



LUDWIG-
MAXIMILIANS-
UNIVERSITÄT
MÜNCHEN

INSTITUT FÜR INTERNATIONALES RECHT
EUROPÄISCHES UND INTERNATIONALES
WIRTSCHAFTSRECHT
PROF. EM. DR. HELMUT KÖHLER



Prof. em. Dr. Helmut Köhler · Ludwigstr. 29/II · 80539 München

Telefon +49 (0)89 2180-2162
H.Koehler@jura.uni-muenchen.de

Nachfragemacht und unlautere Handelspraktiken im Lebensmitteleinzelhandel

Rechtsgutachten
erstellt im Auftrag der Oxfam Deutschland e.V.
durch
Prof. Dr. Helmut Köhler

Zusammenfassung

A. Zur gegenwärtigen Rechtslage in Deutschland

1. Die Konzentration im Lebensmitteleinzelhandel LEH hat in den letzten Jahren weiter zugenommen und die Nachfragemacht der Großunternehmen des LEH ist weiter gewachsen. Der davon ausgehende Preis- und Konditionendruck auf die Hersteller und Lieferanten im In- und Ausland zwingt diese zu einer Senkung der Produktionskosten mit den bekannten Folgen der Ausbeutung menschlicher Arbeitskraft und Schädigung der Umwelt.

2. Mit den derzeitigen gesetzlichen Regelungen in Deutschland zur Bekämpfung unlauterer Handelspraktiken ließ sich diese Entwicklung nicht aufhalten. Zwar steht eine Reihe von Vorschriften im Kartellrecht (§§ 1, 19, 20 GWB), im Lauterkeitsrecht (§§ 3, Nrn. 1 und 10 UWG) und im Vertragsrecht (§§ 305 ff. BGB) dafür zur Verfügung. Sie haben sich aber als nicht sonderlich wirksam erwiesen.

B. Zur gegenwärtigen Rechtslage in Europa

3. Sieht man von den Grundregeln des Wettbewerbsrechts in den Art. 101, 102 AEUV ab, fehlt es an allgemeinen Regelungen zur Bekämpfung unlauterer Handelspraktiken, insbesondere im Verhältnis von Anbietern zu Nachfragern. Dieser Mangel wird im Grünbuch der Kommission über unlautere Handelspraktiken in der BB-Lieferkette für Lebensmittel und Nichtlebensmittel in Europa“ deutlich aufgezeigt.

C. Vorschläge für eine Neuregelung

I. Allgemeines

4. Unlautere Handelspraktiken sollten vorzugsweise nicht mit den Mitteln des Kartellrechts (Wettbewerbsrechts), sondern mit den Mitteln des Lauterkeitsrechts und des Vertragsrechts bekämpft werden.

5. Dieser Ansatz steht im Einklang mit dem geltenden Unionsrecht. Die VO (EG) 1/2003 lässt es in Erwägungsgrund 9 ausdrücklich zu, dass die Mitgliedstaaten innerstaatliche Rechtsvorschriften anwenden, „mit denen unlautere Handelspraktiken – unabhängig davon, ob diese einseitig ergriffen oder vertraglich vereinbart wurden – untersagt oder geahndet werden. Solche Rechtsvorschriften verfolgen ein spezielles Ziel, das die tatsächlichen oder vermuteten Wirkungen solcher Handlungen auf den Wettbewerb auf dem Markt unberücksichtigt lässt. Das trifft insbesondere auf Rechtsvorschriften zu, mit denen Unternehmen untersagt wird, bei ihren Handelspartnern ungerechtfertigte, unverhältnismäßige oder keine Gegenleistungen umfassende Bedingungen zu erzwingen, zu erhalten oder den Versuch hierzu zu unternehmen.“

6. Zwar ist der nationale Gesetzgeber derzeit noch weitgehend darin frei, Regelungen zur Bekämpfung unlauterer Handelspraktiken zu schaffen. Im Hinblick auf die Bestrebungen der Kommission, die Probleme auf europäischer Ebene zu lösen, sind in absehbarer Zeit keine gesetzgeberischen Maßnahmen auf nationaler Ebene zu erwarten. Regelungsvorschläge sollten daher so gestaltet werden, dass sie mit den vorhandenen unionsrechtlichen Regelungen zum Schutz der Verbraucher vor unlauteren Geschäftspraktiken und vor missbräuchlichen Vertragsklauseln kompatibel sind.

7. Zweckmäßig erscheinen daher Regelungen, die sich an den Aufbau und die Systematik der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken 2005/29/EG (UGP-Richtlinie) und der Klauselrichtlinie 93/13/EWG anlehnen und gegebenenfalls mit diesen verschmolzen werden. Spezielle Regelungen im Kartellrecht, wie derzeit in § 20 Abs. 3 GWB, werden dann entbehrlich.

II. Zusammenschlusskontrolle

8. Eine Verschärfung der allgemeinen Vorschriften über die Fusions- bzw. Zusammenschlusskontrolle erscheint nicht erforderlich. Denn angesichts des derzeitigen Konzentrationsgrads im Lebensmitteleinzelhandel müssen Unternehmen bereits auf der Grundlage der geltenden Vorschriften damit rechnen, dass ein weiterer Zusammenschluss untersagt bzw. eine Genehmigung nur unter strengen Auflagen erteilt würde.

III. Verhaltenskontrolle

1. Aufstellung von Verboten

9. Für eine Verhaltenskontrolle im B2B-Bereich bietet sich, entsprechend dem Art. 5 UGP-Richtlinie ein dreistufiger Verbotsaufbau an. Er besteht aus einer Generalklausel, aus den Beispielstatbeständen der irreführenden und aggressiven Handelspraktiken sowie aus einer Auflistung der unter allen Umständen unlauteren und damit per se verbotenen Handelspraktiken.

10. Die hauptsächlich diskutierten und im Grünbuch angesprochenen Fälle unlauterer Handelspraktiken stellen sich bei dieser Sichtweise als „aggressive Praktiken“ dar. In Anlehnung an die Regelung in Art. 8 i.V. mit Art. 2 lit. j UGP-Richtlinie und die Vorgaben in Erwägungsgrund 9 der VO (EG) Nr. 1/2003 ließe sich dieser Tatbestand wie folgt formulieren:

Aggressive Handelspraktiken

(1) Eine Handelspraktik gilt als aggressiv, wenn sie im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller tatsächlichen Umstände die Entscheidungsfreiheit eines Handelspartners in Bezug auf den Abschluss oder die Durchführung eines Vertrags über Produkte durch Nötigung oder unangemessene Beeinflussung erheblich beeinträchtigt oder beeinträchtigen kann und dieser dadurch veranlasst wird oder veranlasst werden kann, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.

(2) Eine unangemessene Beeinflussung liegt vor, wenn ein Unternehmer eine Machtposition gegenüber einem Handelspartner ausnutzt, um ihn unangemessen zu benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung liegt insbesondere dann vor, wenn dem Handelspartner ungerechtfertigte, unverhältnismäßige oder keine Gegenleistung umfassende Bedingungen auferlegt oder Leistungen abverlangt werden.

11. In eine „Schwarze Liste“ der unter allen Umständen unlauteren Handelspraktiken könnten solche aggressiven Praktiken aufgenommen werden, die den Handelspartner zweifelsfrei unangemessen benachteiligen. Beispiele könnten sein:

Anhang

Unter allen Umständen unlauter ist es, wenn ein Unternehmer

1. einem Handelspartner nachteilige unklare oder mehrdeutige Geschäftsbedingungen stellt;
2. einem Handelspartner missbräuchliche Vertragsklauseln im Sinne der [B2B-Klauselrichtlinie] stellt oder sich ihm gegenüber darauf beruft;

3. einem Handelspartner eine schriftliche Bestätigung getroffener Vereinbarungen verweigert;
4. einem Handelspartner Risiken auferlegt, die in seinem Verantwortungsbereich liegen;
5. von einem Handelspartner ein Entgelt für Leistungen erzwingt oder zu erzwingen versucht, denen keine oder nur eine scheinbare Gegenleistung gegenübersteht;
6. einem Handelspartner die ihm zugesagten Zahlungen einseitig kürzt oder von ihm nicht vereinbarte Leistungen nachträglich abverlangt;
7. vom Handelspartner rückwirkend eine Änderung der Preise oder Konditionen erzwingt oder zu erzwingen versucht, ohne dass dafür ein sachlicher Grund besteht;
8. eine Geschäftsbeziehung zu einem Handelspartner ohne Einhaltung einer angemessenen Kündigungsfrist beendet oder zu beenden droht, es sei denn, dass ein wichtiger Grund vorliegt.

12. Entsprechende Regelungen könnten auch in Verhaltenskodizes niedergelegt werden, zu deren Einhaltung sich die Unternehmen gegenüber bestimmten Verbänden verbindlich unter Abgabe eines Vertragsstrafeversprechens verpflichten. Bei Nichteinhaltung der Verpflichtungen könnten diese Verbände dann Zahlung der Vertragsstrafe verlangen. Die nähere Ausgestaltung der Verhaltenskodizes und die Festlegung der anspruchsberechtigten Verbände wäre durch entsprechende Vereinbarungen zu regeln. Zu den anspruchsberechtigten Verbänden sollten auch NRO (Nichtregierungsorganisationen) gehören, die die Interessen ausländischer Unternehmer und Bauern vertreten (wie etwa Oxfam). Zu beachten bleibt, dass Verhaltenskodizes keine Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne des Art. 101 AEUV und des § 1 GWB bezwecken oder bewirken dürfen.

2. Durchsetzung von Verboten

13. Zur Durchsetzung der Verbote unlauterer Handelspraktiken sollte den Mitgliedstaaten, wie in der UGP-Richtlinie, ein Wahlrecht zwischen verwaltungsrechtlichen („Behörden“-) Lösungen und zivilrechtlichen Lösungen eingeräumt werden. Für Deutschland empfiehlt sich, da bewährt, eine zivilrechtliche Lösung. Sie besteht darin, dass Mitbewerbern und Verbänden Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche gewährt werden. Diese Ansprüche lassen sich außergerichtlich mittels Abmahnung und anschließender „Unterwerfung“ durch Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung sowie gerichtlich mittels Klage oder Antrag auf einstweilige Verfügung und anschließender Verurteilung durchsetzen.

14. Daneben sollte den Unternehmen und Verbänden zur gütlichen außergerichtlichen Streitbeilegung eine Schlichtungsstelle (Ombudsmann) zur Verfügung gestellt werden. Deren Vorteil wäre, dass sie rasch, effizient, unter Ausschluss der Öffentlichkeit und kostengünstig gerade in kleineren Streitigkeiten – sei es vermittelnd, sei es streitentscheidend – tätig werden könnte. Die Schlichtungsstelle sollte nach Möglichkeit in der Besetzung mit je einem Vertreter des Handels und der Lieferanten sowie einem unabhängigen Vorsitzenden tätig werden. Zur Anrufung der Schlichtungsstelle sollten auch NRO (Nichtregierungsorganisationen) berechtigt sein, die die Interessen ausländischer Unternehmer und Bauern vertreten (wie etwa Oxfam).

3. „Ross-und-Reiter“-Problem („Angstfaktor“)

15. Das sog. „Ross-und-Reiter“-Problem (im Grünbuch „Angstfaktor“ genannt) besteht darin, dass betroffene Lieferanten sich scheuen, als Beschwerdeführer oder Zeugen aufzutreten, weil sie mit offenen oder verdeckten Sanktionen des Handelsunternehmens rechnen müssen. Dieses Problem würde sich – anders als bei einem Ermittlungs- und Untersagungsverfahren einer Kartellbehörde – bei einem Schlichtungsverfahren vor einem Ombudsmann von vornherein kaum stellen. Bei einem Vorgehen beispielsweise eines Verbands mittels Abmahnung und Klage bzw. Verfü-

gungsantrag ließe sich das Problem durch Gewährung von Beweiserleichterungen lösen, die es ermöglichen, dass betroffene Lieferanten anonym bleiben und auch nicht als Zeugen auftreten müssen.

IV. Vertragskontrolle

1. Einführung von Klauselverboten

16. Parallel zur Verhaltenskontrolle sollte auf europäischer Ebene eine Vertragskontrolle im Verhältnis B2B eingeführt werden. Sie sollte sich an die für das Verhältnis B2C geltende Klauselrichtlinie und die Regelungsvorschläge für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (CESL = GEKR) anlehnen. Dementsprechend sollte sie sich auf eine Regelung für nicht im Einzelnen ausgehandelte Vertragsbestimmungen (AGB) beschränken.

17. Sie sollte eine Generalklausel aufweisen, etwa wie folgt:

(1) Eine nicht individuell ausgehandelte Vertragsbestimmung, die ein Unternehmer gegenüber einem anderen Unternehmer verwendet, ist unfair und damit diesem gegenüber nicht bindend, wenn sie entgegen dem Gebot von Treu und Glauben und des redlichen Geschäftsverkehrs gröblich von der guten Handelspraxis abweicht.

(2) Bei der Prüfung der Unfairness einer Vertragsbestimmung ist zu berücksichtigen:

- (a) das Wesen des Vertragsgegenstands,
- (b) die Umstände des Vertragsschlusses,
- (c) die übrigen Vertragsbestimmungen und
- (d) die Bestimmungen sonstiger Verträge, von denen der Vertrag abhängt.

18. Die Generalklausel sollte durch eine Liste von einzelnen Klauselverböten ergänzt werden. Dabei wäre wiederum in Anschluss an die Regelungstechnik im Entwurf eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts zwischen Klauseln zu unterscheiden, die per se unfair sind und solchen, bei denen dies nur vermutet wird, also eine Widerlegung möglich ist.

19. Speziell im Hinblick auf „Allgemeine Einkaufsbedingungen“, die Handelsunternehmen ihren Lieferanten stellen, könnten bestimmte Klauseln in Anlehnung an die Regelungen für Verträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern (Art. 84 und 85 GEKR) verboten werden.

20. Beispiele für per se unfaire Klauseln könnten sein:

Eine Vertragsbestimmung ist unter allen Umständen unfair, wenn deren Zweck oder Wirkung darin besteht,

- x) dem Unternehmer das ausschließliche Recht einzuräumen, die fehlende Vertragsmäßigkeit der gelieferten Waren festzustellen;
- y) vom Lieferanten die Bezahlung von nicht erbrachten Dienstleistungen zu verlangen;

21. Beispiele für die vermutete Unfairness von Klauseln könnten sein:

Es wird vermutet, dass eine Vertragsbestimmung unfair ist, wenn deren Zweck oder Wirkung darin besteht,

- x) es dem Unternehmer, außer bei Vorliegen schwerwiegender Gründe, zu ermöglichen, einen unbefristeten Vertrag ohne angemessene Frist zu beenden;
- y) den Vertragspartner ohne Grund daran zu hindern, andere Unternehmer zu beliefern;

z) unangemessen lange Zahlungsziele oder unangemessen hohe Skonti zu erlangen.

3. Durchsetzung von Klauselverboten

22. Die von der Verwendung unwirksamer Klauseln betroffenen Lieferanten sind meist nicht willens oder wirtschaftlich in der Lage, sich gegen die Verwendung unwirksamer Vertragsklauseln zu wehren, weil sie Sanktionen befürchten müssen. Umso wichtiger ist es, dass Mitbewerber und Verbände gegen die Verwendung solcher Klauseln mit der Unterlassungsklage vorgehen können. Das ist nach dem oben (bei Tz. 8 Anhang Nr. 2) unterbreiteten Vorschlag ohne Weiteres möglich, stellt doch die Verwendung unwirksamer Vertragsklauseln eine per se verbotene aggressive Handelspraktik dar.

4. Dokumentation längerfristiger Verträge

23. Die Einführung einer Dokumentationspflicht für längerfristige Verträge zum Schutze der Lieferanten vor der Nichterfüllung von nur mündlichen Zusagen schränkt den zivilrechtlichen Grundsatz der Formfreiheit von Verträgen ein. Sie könnte auch zum Nachteil eines Lieferanten ausschlagen, weil er sich dann auf formlos gegebene Zusagen nicht berufen könnte. Sinnvoller erscheint es, dem in Beweisnot befindlichen Lieferanten auf andere Weise zu helfen: Wie oben (bei Tz. 8 Anhang Nr. 3) dargelegt, könnte es als per se unlautere Handelspraktik gewertet werden, wenn ein Unternehmer einem Handelspartner die schriftliche Bestätigung getroffener Vereinbarungen verweigert. Damit wäre dem Lieferanten weit eher gedient.

Inhaltsübersicht

Teil 1. Gutachtauftrag

- I. Hintergrund
- II. Zielvorgaben

Teil 2. Begriff der Nachfragemacht und der unlauteren Handelspraktiken

- I. Begriff der Nachfragemacht

1. Die Auffassung der Monopolkommission
2. Kritik
3. Eigene Auffassung

II. Begriff der unlauteren Handelspraktiken

1. Die Auffassung der Europäischen Kommission
2. Stellungnahme

Teil 3. Die Kontrolle von Nachfragemacht und unlauteren Handelspraktiken im geltenden Recht

I. Kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht

1. Zusammenschlusskontrolle
2. Kartellverbot
3. Marktmachtkontrolle
 - a) Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 102 AEUV; § 19 Abs. 4 GWB)
 - b) Verbot der Aufforderung oder Veranlassung zur Vorteilsgewährung (§ 20 Abs. 3 GWB)
 - aa) Inhalt der Vorschrift
 - bb) Auslegung der Vorschrift
 - cc) Anwendung der Vorschrift
 - dd) Rechtspolitische Kritik der Vorschrift

II. Lauterkeitsrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht

1. Zulässigkeit einer lauterkeitsrechtlichen Kontrolle
2. Lauterkeitsrechtliche Kontrolle nach den §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 1 UWG
3. Lauterkeitsrechtliche Kontrolle nach den §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 10 UWG
4. Rechtspolitische Kritik

III. Vertragsrechtliche Kontrolle

Teil 4. Möglichkeiten zur Verbesserung der Kontrolle von Nachfragemacht und unlauteren Handelspraktiken

I. Verschärfung der Zusammenschlusskontrolle?

II. Verbesserung der Verhaltenskontrolle

1. Kartellrechtliche oder lauterkeits- und vertragsrechtliche Lösungsansätze?
2. Zulässigkeit lauterkeitsrechtlicher Regelungen neben dem Kartellrecht
3. Lösungsansätze auf europäischer Ebene („Grünbuch über unlautere Handelspraktiken“)

III. Ergänzende vertragsrechtliche Lösungen

IV. Schlussfolgerungen

Teil 5. Vorschläge für gesetzliche Regelungen

I. Allgemeines

II. Vorschlag für eine B2B-UGP-Richtlinie

1. Aufbau und Systematik
2. Allgemeines Verbot unlauterer Handelspraktiken

3. Verbot irreführender Handelspraktiken
4. Verbot aggressiver Handelspraktiken
5. Anhang („Schwarze Liste“ der unter allen Umständen unlauteren Handelspraktiken)

II. Vorschlag für eine B2B-Klauselrichtlinie (Klauselkontrolle)

1. Aufbau und Systematik
2. Allgemeines Verbot missbräuchlicher Vertragsklauseln
3. Einzelne Klauselverbote

Teil 6. Künftige Regelungen zur Rechtsdurchsetzung

I. Bekämpfung unlauterer Handelspraktiken

1. Überblick
2. Generalpräventives Vorgehen
 - a) Verwaltungsrechtliche Lösung
 - b) Zivilrechtliche Lösung
3. Spezialpräventives Vorgehen?
4. Die Bewältigung des „Angstfaktors“ („Ross- und Reiter“-Problem)
 - a) Problem
 - b) Beweiserleichterung durch Anscheinsbeweis als Lösungsvorschlag
5. Sanktionen
 - a) Allgemeines
 - b) Durchsetzung von Unterlassungsansprüchen
 - c) Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen
 - aa) Geschäftspartner als Geschädigte
 - bb) Mitbewerber als Geschädigte

II. Bekämpfung missbräuchlicher Vertragsklauseln

III. Außergerichtliche Konfliktlösung

1. Individuell vereinbarte Streitschlichtung
2. Institutionalisierte Streitschlichtung
 - a) Einigungsstellen gemäß § 15 UWG
 - b) Zentrale Schlichtungsstelle (Ombudsmann)
 - aa) Verfahrenseinleitung
 - bb) Aufgaben und Kompetenzen einer zentralen Schlichtungsstelle
 - cc) Verfahren
3. Streitschlichtungsstelle für anonym eingereichte Beschwerden?

IV. Regelungen in Verhaltenskodizes

1. Gegenstand von Verhaltenskodizes
2. Durchsetzung von Verhaltenskodizes

Teil 1

A. Gutachtauftrag

I. Hintergrund

Nach den Angaben des Oxfam Deutschland e.V. (im Folgenden: Oxfam) ist in den letzten Jahren die Konzentration im deutschen Lebensmitteleinzelhandel noch weiter angestiegen. Gegenwärtig teilen sich vier Supermarktketten 85 Prozent des Absatzmarktes. Sie bilden ein Nadelöhr für den Absatz der Lieferanten. Das Bundeskartellamt hat in verschiedenen Befragungen festgestellt, dass Lieferanten mit zunehmender Konzentration immer schlechteren Einkaufskonditionen ausgesetzt sind. Ebenso hat Oxfam in verschiedenen Studien den Einsatz unlauterer Handelspraktiken sowie die Weitergabe des Preis-

und Konditionendrucks auf Zulieferer der Hersteller mit den nachteiligen Folgen für Arbeitnehmer/innen und für die Umwelt in Erzeugerländern recherchiert. Trotz der Möglichkeit der Marktmachtkontrolle nach den §§ 19, 20 GWB gibt es wenige Beschwerden an das Bundeskartellamt, da die Lieferanten Sanktionen der Handelsunternehmen bis hin zur Auslistung befürchten.

II. Zielvorgaben

Das von Oxfam erbetene Gutachten soll geeignete gesetzliche und privatrechtliche Lösungsmöglichkeiten *de lege lata* und *de lege ferenda* für den Missbrauch von Marktmacht in Form von unfairen Handelspraktiken gegenüber Lieferanten aufzeigen. Insbesondere soll es eingehen auf

- die Angemessenheit bestehender Schwellenwerte für die Fusionskontrolle nach dem GWB und andere Möglichkeiten der Eindämmung von Markt- und Nachfragemacht der Einzelhändler;
- Möglichkeiten der Verbesserung der Missbrauchskontrolle im Hinblick auf die Sanktionierung des Einsatzes unlauterer Handelspraktiken und eine geeignete Lösung der Ross- und Reiterproblematik (z. B. Aufnahme Beispielskatalog typischer unfairer Handelspraktiken gegenüber Herstellern in das Wettbewerbsrecht?);
- die Einrichtung einer Streitschlichtungsstelle für anonym eingereichte Beschwerden und die Ermittlung und Überwachung des Einsatzes unfairer Handelspraktiken;
- die Möglichkeit der Einreichung von Beschwerden gegenüber dem Bundeskartellamt und der Streitschlichtungsstelle für Erzeuger und Lieferanten aus dem Ausland;
- die Geeignetheit eines privatrechtlichen Verhaltenskodexes zu unlauteren Handelspraktiken einschließlich eines effektiven Durchsetzungssystems;
- wirksame Sanktionen für den Einsatz unfairer Handelspraktiken;
- eine Dokumentationspflicht für längerfristige Lieferverträge, um den Nachweis missbräuchlicher Verhaltensweisen zu vereinfachen.

Teil 2. Begriff der Nachfragemacht und der unlauteren Handelspraktiken

I. Begriff der Nachfragemacht

Was ist Nachfragemacht und worin liegt der Unterschied zur Angebotsmacht? Die Klärung des Begriffs ist deshalb so wichtig, weil davon die rechtliche und ökonomische Bewertung und die daraus zu ziehenden politischen Schlussfolgerungen abhängen. Das spielt insbesondere für die Stellung des Handels gegenüber den Lieferanten (Herstellern, Importeuren) eine Rolle.

1. Die Auffassung der Monopolkommission

Vielfach wird Nachfragemacht spiegelbildlich zur Angebotsmacht gesehen: Wo keine Angebotsmacht, da auch keine Nachfragemacht eines Unternehmens. Beispielhaft dafür ist die Auffassung der deutschen *Monopolkommission*. Die *Monopolkommission*¹ definiert Nachfragemacht als einen durch Wettbewerb nicht hinreichend kontrollierten Verhaltensspielraum von Nachfragern gegenüber anbietenden Unternehmen. Eine solche Machtstellung liege aber im Handel nicht vor. Denn den Herstellern stünden adäquate Ausweichmöglichkeiten zur Verfügung und außerdem bestehe auf den Beschaffungsmärkten des deutschen Einzelhandels intensiver Nachfragewettbewerb. Die hohe Wettbewerbsintensität auf den Angebotsmärkten des Handels wirke sich nämlich auf die Be-

¹ *Monopolkommission*, Sondergutachten über „Preiskontrollen in Energiewirtschaft und Handel? Zur Novellierung des GWB“, 2006, Tz. 78 – 81.

schaffungsmärkte insoweit aus, als die Handelsunternehmen dort im Wettbewerb um die günstigsten Einkaufskonditionen stünden.

2. Kritik

Der Auffassung der *Monopolkommission* ist nicht zuzustimmen.² Die *Monopolkommission* beachtet nicht, dass Lieferanten von Händlern „abhängig“ i.S. von fehlenden Ausweichmöglichkeiten auf andere Abnehmer sein können, auch wenn die Händler auf der Angebotsseite keine eigentliche Marktmacht besitzen. Dies ist auch in der Entscheidungspraxis des Bundeskartellamts (BKartA) und der Rspr.³ anerkannt. Der Streit geht nur darüber, unter welchen Voraussetzungen im Einzelnen (Anteil des Händlers an der Absatzmenge des Herstellers) eine Abhängigkeit anzunehmen ist.⁴

Was die angeblichen Absatzalternativen im Handel angeht, fehlt jeglicher Nachweis dafür. Angesichts des Überangebots („Käufermarkt“) im Konsumgüterbereich vermag ein Hersteller, der von einem Händler wegen Nichteingehens auf bestimmte Forderungen ausgelistet wird, schwerlich einen Ersatz zu finden. Auslistungen können gerade für kleine und mittlere Hersteller Existenz bedrohend wirken.

Was aber den Aufbau eigener Vertriebsstrukturen betrifft – gemeint könnte ein Direktvertrieb über eigene Geschäfte oder über das Internet sein – dürfte dies wegen der damit verbundenen Kosten und logistischen Probleme allenfalls in wenigen Branchen im Grundsatz möglich sein. Abgesehen davon würde gerade der Handel eine solche Konkurrenz mit allen Mitteln bekämpfen.

Nicht zu folgen ist der *Monopolkommission*⁵ auch in ihrem Schluss vom Bestehen lebhaften Wettbewerbs auf den Absatzmärkten des Handels auf das Bestehen entsprechenden Wettbewerbs auf den Beschaffungsmärkten, nämlich eines Wettbewerbs um die günstigsten Einkaufskonditionen. Hierin offenbart sich ein grundlegendes Missverständnis von der Eigenart und Funktion des Nachfragewettbewerbs. Richtig ist zwar, dass jeder Nachfrager nach möglichst günstigen Einkaufskonditionen strebt. An der Durchsetzung seiner Forderungen wird er aber durch das Vorhandensein anderer Nachfrager, auf die die Anbieter ausweichen können, gehindert. Gerade, wenn man mit der *Monopolkommission* Nachfragemacht definiert als einen durch Wettbewerb nicht hinreichend kontrollierten Verhaltensspielraum von Nachfragern gegenüber Anbietern, hat ein Handelsunternehmen Nachfragemacht, wenn Hersteller von ihm abhängig sind, also keine ausreichenden und zumutbaren Möglichkeiten des Ausweichens auf andere Handelsunternehmen haben. Es kann in diesem Fall seine Forderungen nach günstigen Einkaufskonditionen durchsetzen, ohne durch das Vorhandensein anderer Nachfrager daran gehindert zu sein. Dementsprechend ist es häufig der Hauptzweck der Gründung oder Erweiterung von Einkaufsgemeinschaften, nicht nur die Voraussetzungen zur Erlangung von Mengenrabatten zu erfüllen, sondern die Ausweichmöglichkeiten von Herstellern einzuengen und die

² Vgl. dazu auch die eingehende Untersuchung durch die österreichische Bundeswettbewerbsbehörde unter dem Titel „Allgemeine Untersuchung des österreichischen Lebensmittelhandels unter besonderer Berücksichtigung des Aspekts der Nachfragemacht“ vom Juni 2007. Vgl. ferner Kommission, Entsch. v. 3.2.1999, IV/M.1221 – REWE/Meinl, Rdn. 86; Entsch. v. 25.1.2000, M.1684 – Carrefour/Promodes.

³ Vgl. BGHZ 152, 97, 107 ff.

⁴ Abhängigkeit setzt im deutschen Recht per definitionem voraus, dass ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen“ (§ 20 Abs. 2 S. 1 GWB). In § 20 Abs. 2 S. 2 GWB hat der Gesetzgeber sogar eine Vermutung für das Bestehen einer Abhängigkeit aufgestellt. Danach wird vermutet, dass ein Anbieter einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen von einem Nachfrager abhängig im Sinne des Satzes 1 ist, wenn dieser Nachfrager bei ihm zusätzlich zu den verkehrsüblichen Preisnachlässen oder sonstigen Leistungsentgelten regelmäßig besondere Vergünstigungen erlangt, die gleichartigen Nachfragern nicht gewährt werden. Es ist nicht davon auszugehen, dass der deutsche Gesetzgeber damit nur eine rein theoretische, aber in der Praxis nicht vorkommende Fallgestaltung regeln wollte.

⁵ *Monopolkommission* a.a.O. Tz. 79 a.E.

Nachfragemacht zu erhöhen. Dies kann, wie dargelegt, den Kartelltatbestand erfüllen, und dann nur unter den Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV oder des § 2 Abs. 1 GWB zulässig sein.

Nach Auffassung der *Monopolkommission*⁶ besteht keine Gefahr für eine Vermachtung auf der Handelsebene, die erst die Voraussetzungen für eine missbräuchliche Gestaltung der Konditionen schaffen würde. Auch dem ist nicht zu folgen. Zunächst spiegelt sich darin der unzulässige Schluss von einem intensiven Wettbewerb auf der Absatzebene auf einen entsprechenden Wettbewerb auf der Beschaffungsebene wider. Vor allem ist aber darauf hinzuweisen, dass die Konzentration im Lebensmittelhandel in den letzten Jahren und Jahrzehnten immer mehr zugenommen hat und schon dies allein ein Indiz für eine zunehmende Veränderung der Marktstrukturen ist, die sich gerade auch in einer Vermachtung der Beschaffungsmärkte niederschlägt. Wenn die Monopolkommission es als Indiz für intensiven Wettbewerb im Lebensmitteleinzelhandel ansieht, dass die Margen deutlich niedriger seien als bei der Produktion entsprechender Markenartikel, übersieht sie dabei, dass diese Margen durch eine entsprechende gesellschaftsrechtliche Gestaltung künstlich gedrückt werden können (Grundmuster: Aufspaltung in Betriebs- und Verwaltungsgesellschaften verbunden mit hohen Miet/Pachtzahlungen an die Verwaltungsgesellschaften). Dass gerade die großen Handelsunternehmen per saldo hohe Gewinne erzielen, geht schon aus einer **Auflistung der reichsten Unternehmer Deutschlands** hervor. Darin stehen die Inhaber von Einzelhandelsunternehmen, allen voran die Inhaber von Aldi, weit vor den Inhabern von Herstellerunternehmen. Hinzu kommt die seit Jahrzehnten zunehmende Konzentration im Handel, konkret: der Aufkauf von Wettbewerbern, wie zuletzt der Kauf der Plus-Filialen von Tengelmann durch EDEKA (dazu unten). Diese Konzentration wäre gewiss nicht möglich gewesen wäre, wenn nicht entsprechende Gewinne erzielt worden wären und noch immer erzielt werden.

Nicht zu folgen ist der *Monopolkommission*⁷ ferner in ihrer Annahme, Nachfragemacht könne nur in der Form ausgeübt werden, dass das Handelsunternehmen einem Hersteller mit der Beendigung der Geschäftsbeziehung drohe. Um nachhaltigen Druck auf einen Hersteller auszuüben, genügt es bereits, die Abnahmemengen empfindlich zu reduzieren. Dies kann schon durch eine entsprechende Preispolitik und Werbung auf der Absatzebene erreicht werden (Beispiel: Hoher Abgabepreis für Herstellermarkenartikel, niedriger Preis für Eigenmarkenartikel). Wenn die Monopolkommission annimmt, eine Auslistungsandrohung sei nur dann glaubhaft, wenn dem Handelsunternehmen alternative Bezugsquellen zu gleichen oder besseren Konditionen zur Verfügung, und eine Auslistung hätte daher nur das Ausscheiden eines weniger effizienten Lieferanten zur Folge, so ist dies nur in der Theorie richtig. Denn ein Einzelhandelsunternehmen hat in der Regel mehrere Tausend Artikel im Sortiment und kann daher den Verkauf des oder der Artikel eines Herstellers ohne größere Einbußen im Gesamtumsatz „zurückfahren“, ohne deswegen andere Hersteller mit günstigeren Konditionen an der Hand haben zu müssen.⁸

3. Eigene Auffassung

Nachfragemacht ist, ganz allgemein gesprochen, die **Macht von Nachfragern gegenüber Anbietern, die eigenen Interessen durchzusetzen**.⁹ Bezogen auf den Einkauf von Waren oder Dienstleistungen äußert sich diese Macht darin, dass Nachfrager von Anbietern günstigere Bedingungen (Preise und Konditionen) durchsetzen können, als dies sonst der Fall wäre. Nachfragemacht äußert sich daher in **Verhandlungsmacht**. Indiz dafür ist, dass der Anbieter sich nur deshalb auf die Forderungen des Nachfragers ein-

⁶ *Monopolkommission* a.a.O. Tz. 80.

⁷ *Monopolkommission* a.a.O. Tz. 81

⁸ An anderer Stelle, nämlich bei Tz. 101 - 103, räumt die *Monopolkommission* ein, dass es sehr wohl zu „Sanktionen“ von Handelsunternehmen gegenüber Herstellern unterhalb der Schwelle der Auslistung kommen kann.

⁹ Vgl. Köhler, Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht, 1979, S.9.

geht, weil das Nichtzustandekommen des Geschäfts zu den vom Anbieter vorgeschlagenen Bedingungen für ihn noch größere wirtschaftliche Nachteile brächte.

Die für den Konsumgütermarkt typische **Käufermarktsituation** (Überhang des Angebots gegenüber der Nachfrage) gibt dem Nachfrager naturgemäß mehr Ausweichmöglichkeiten auf andere Anbieter als umgekehrt. Je mehr ein Anbieter auf eine Geschäftsbeziehung zu einem Nachfrager angewiesen ist, desto schwächer ist seine Verhandlungsposition. Ein Unternehmen besitzt jedenfalls dann Nachfragemacht, wenn ein Anbieter von ihm **abhängig** ist, der Anbieter also keine ausreichenden und zumutbaren Möglichkeiten hat, auf den ihm angesonnenen Geschäftsabschluss zu verzichten, insbesondere durch Ausweichen auf andere Nachfrager. Dabei ist kein bestimmter Marktanteil des Nachfragers auf dem jeweiligen Beschaffungsmarkt für bestimmte Waren oder Dienstleistungen erforderlich. Vielmehr spielt – neben anderen Faktoren – in erster Linie der Anteil eines Nachfragers am Absatz eines bestimmten Anbieters eine Rolle (Beschaffungsanteil).

II. Begriff der unlauteren Handelspraktiken

1. Die Auffassung der Europäischen Kommission

Unter dem Begriff der **unlauteren (= unfairen) Handelspraktiken** versteht die Kommission in ihrem „Grünbuch über unlautere Handelspraktiken in der B2B-Lieferkette für Lebensmittel und Nicht-Lebensmittel in Europa“¹⁰ solche **Geschäftspraktiken, welche erheblich von gutem kommerziellem Verhalten abweichen und im Gegensatz zu gutem Glauben und lauterem Geschäftsverhalten stehen**. Typischerweise würden solche Praktiken in einer Situation des Ungleichgewichts zulasten der jeweils schwächeren Partei eingesetzt und zwar vor, bei und nach Abschluss eines Handelsgeschäfts.

2. Stellungnahme

Diese – etwas tautologische und sehr allgemein gehaltene – Begriffsbestimmung weist Parallelen zur Definition der „beruflichen Sorgfalt“ im Sinne des Art. 5 Abs. 2 und des Art. 2 lit. j der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken im Verhältnis von Unternehmen zu Verbrauchern 2005/29/EG (UGP-Richtlinie) auf. Diese knüpft an den „Grundsatz von Treu und Glauben“ und an die „anständige Marktgepflogenheiten“ an.

Die Kommission hat dazu sieben „Lauterkeitsprinzipien“ entwickelt. Sie bestehen allerdings im Wesentlichen aus Vorschlägen für **gerechte vertragliche Vereinbarungen** zwischen Handelsunternehmen und Lieferanten. Damit ist es aber nicht getan. Vielmehr sollten – entsprechend dem Vorbild der UGP-Richtlinie – verbindliche **Regeln für das Verhalten** von Handelsunternehmen zu Lieferanten vor, bei und nach einem Geschäftsabschluss entwickelt werden. Denn es ist auch den Fällen Rechnung zu tragen, in denen Lieferanten außerhalb bestehender Vertragsbeziehungen ausgebeutet werden. Im Interesse der **Rechtssicherheit** für alle Beteiligten sollten daher auch einzelne Tatbestände unlauterer Handelspraktiken herausgearbeitet werden. Dazu soll die nachfolgende Untersuchung einen Beitrag leisten.

Teil 3. Die Kontrolle von Nachfragemacht und unlauteren Handelspraktiken im geltenden Recht

I. Kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht

1. Zusammenschlusskontrolle

Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle finden sich sowohl im Unionsrecht, nämlich in der **EG-Fusionskontrollverordnung (FKVO)** Nr. 139/2004, als auch im deutschen Kartellrecht, nämlich in den §§ 35 ff. **GWB**. Maßgebend für die Anwendung

¹⁰ Grünbuch Ziff. 2.1.

des europäischen oder des deutschen Rechts ist, ob der Zusammenschluss gemeinschaftsweite oder nur nationale Bedeutung hat. Ein Zusammenschluss ist grundsätzlich dann zu untersagen, wenn dadurch der Wettbewerb erheblich behindert würde, insbesondere eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt würde (vgl. Art. 2 Abs. 3 FKVO; § 36 Abs. 1 S. 1 GWB neu). Ob diese Stellung auf der Angebotsseite oder auf der Nachfrageseite besteht, ist unerheblich.

In Deutschland hat vor allem das Zusammenschlussvorhaben von EDEKA/Tengelmann in Bezug auf die Übernahme der Plus-Filialen durch EDEKA Aufsehen erregt. U.a. hatte Oxfam Deutschland kritisiert, dass dieser Zusammenschluss die Marktkonzentration verstärke und zu einer Zunahme der Einkaufsmacht führe, die voraussichtlich in einer Verschärfung des Preiswettbewerbs und einer Verschlechterung der Arbeitsbedingungen in den Produktionsländern ende.¹¹

Das *BKartA* hat diesen Zusammenschluss unter bestimmten Auflagen am 1.7.2008 genehmigt. Dabei wurde insbesondere zur Auflage gemacht, dass EDEKA und Tengelman als bisherige Eigentümer der Plus-Filialen auf eine Einkaufskooperation verzichten. Nach Erfüllung dieser Auflagen hat das *BKartA* die Übernahme zum 1.1.2009 endgültig freigegeben.

Im Hinblick auf die weit fortgeschrittene Konzentration im Lebensmitteleinzelhandel (LEH) dürften weitere Zusammenschlüsse, an denen große Unternehmen (Aldi, EDEKA, REWE, Kaufland, LIDL) beteiligt sind, nicht oder jedenfalls nur unter scharfen Auflagen hinsichtlich eines gemeinsamen Einkaufs genehmigt werden. Daher dürften auch weitere Zusammenschlüsse kaum geplant werden. Das hindert jedoch nicht ein weiteres internes Wachstum dieser Unternehmen zu Lasten der verbliebenen kleinen und mittleren Unternehmen des LEH.

2. Kartellverbot

Nach Art. 101 AEUV und § 1 GWB sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Beschränkung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, verboten. Dieses Kartellverbot gilt auch für Nachfrager. Unter das Kartellverbot kann beispielsweise die Vereinbarung von sog. Meistbegünstigungsklauseln fallen, sofern nicht § 2 Abs. 2 i.V. mit Art. 2 Vertikal-GVO eingreift. Echte Nachfragekartelle (Quotenregelungen; Aufteilung von Lieferanten usw.) sind jedoch im Lebensmitteleinzelhandel im Hinblick auf einen tendenziellen Angebotsüberhang praktisch nicht anzutreffen. Das Kartellproblem stellt sich jedoch bei einer **Vergemeinschaftung** des Einkaufs mit dem Ziel, bessere Einkaufsbedingungen zu erlangen. Soweit kein Bezugszwang für die beteiligten Nachfrager besteht und diese einen gemeinsamen Marktanteil von weniger als 15 % besitzen, ist nach Auffassung der *Kommission*¹² zumindest eine Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV wahrscheinlich. Für das GWB dürfte im Ergebnis nicht anders zu entscheiden sein.¹³

3. Marktmachtkontrolle

a) Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 102 AEUV; § 19 Abs. 4 GWB)

Das auch für Nachfrager geltende Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 102 AEUV; § 19 GWB) erfasst grundsätzlich auch den Missbrauch beim Fordern von Preisen und Geschäftsbedingungen. So spricht Art 102 S 2 lit a AEUV von der „Erzwingung von unangemessenen Einkaufspreisen“ und § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB vom Fordern von Entgelten und sonstigen Geschäftsbedingungen, die von denjenigen abwei-

¹¹ Vgl. Spiegel ONLINE

¹² Vgl. Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 EG auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, AB-IEG 2001 Nr. C 3/2.

¹³ Vgl. dazu Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht GWB, 4. Aufl., 2007, § 1 Rn. 263 – 274.

chen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden.

In der Praxis dürfte das Missbrauchsverbot für den LEH aber derzeit kaum eine Rolle spielen, weil es am Nachweis einer marktbeherrschenden Stellung der großen Unternehmen des LEH fehlt. Abgesehen davon dürfte eine Kontrolle der Preise durch die Kartellbehörde schwierig sein, weil dazu die Ermittlung des hypothetischen Wettbewerbspreises erforderlich wäre.¹⁴

b) Verbot der Aufforderung oder Veranlassung zur Vorteilsgewährung (§ 20 Abs. 3 GWB)

aa) Inhalt der Vorschrift

Anders als das europäische enthält das deutsche Kartellrecht in § 20 Abs. 3 GWB noch eine speziell auf die Nachfragemacht von Unternehmen zugeschnittene Bestimmung in **§ 20 Abs. 3 GWB**. (Diese Bestimmung ist durch die 8. GWB-Novelle geändert worden, jedoch ist die Gesetzesänderung noch nicht erfolgt. Die künftig maßgeblichen Bestimmungen sind in **§ 19 Abs. 2 Nr. 5, Abs. 3 S. 1, § 20 Abs. 2 GWB 2013** enthalten.)

Nach § 20 Abs. 3 S. 1 GWB dürfen marktbeherrschende Unternehmen ihre Marktstellung nicht dazu ausnutzen, andere Unternehmen im Geschäftsverkehr dazu aufzufordern oder zu veranlassen, ihnen ohne sachlichen Grund Vorteile zu gewähren. Nach S. 2 dieses Absatzes gilt dies auch für Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen im Verhältnis zu den von ihnen abhängigen Unternehmen. Die Abhängigkeit von Unternehmen wird in § 20 Abs. 2 S. 1 GWB definiert: es geht um kleine oder mittlere Unternehmen, die als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen in der Weise von einem Unternehmen oder einer Vereinigung von Unternehmen abhängig sind, dass ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen.

Die Regelung des § 20 Abs. 3 GWB verstößt nicht gegen höherrangiges Unionsrecht, insbesondere nicht gegen Art. 102 AEUV. Denn nach Art. 3 Abs. 2 S. 3 VO (EG) 1/2003 ist es den Mitgliedstaaten nicht verwehrt, in ihrem Hoheitsgebiet strengere innerstaatliche Vorschriften zur Unterbindung oder Ahndung einseitiger Handlungen von Unternehmen zu erlassen oder anzuwenden.

bb) Auslegung der Vorschrift

§ 20 Abs. 3 GWB weist eine Reihe von unbestimmten Rechtsbegriffen auf, deren Bedeutung und Reichweite von der Rspr.¹⁵ noch wenig erklärt sind. Auch besteht noch keine Einigkeit über den eigentlichen Schutzzweck der Norm, der im Rahmen der teleologischen Auslegung von maßgeblicher Bedeutung ist.

Nach verbreiteter Ansicht¹⁶ regelt § 20 Abs. 3 GWB nur die „*passive Diskriminierung*“. Mit diesem nicht sonderlich geglückten Begriff soll offenbar zum Ausdruck gebracht werden, dass ein Nachfrager einen Anbieter veranlasst, seine Mitbewerber in der Nachfrage dadurch zu diskriminieren, dass er sich ihnen gegenüber Vorteile im Einkauf verschafft. Daran ist richtig, dass ein nach § 20 Abs. 3 GWB verbotenes Verhalten zu einer Beeinträchtigung der Wettbewerbsfähigkeit von Mitbewerbern des marktmächtigen Nachfragers führen kann, weil und soweit ihnen der Anbieter schlechtere Konditionen einräumt.

¹⁴ Vgl. Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht GWB, 4. Aufl., 2007, § 19 Rn. 175 ff.

¹⁵ Zu erwähnen ist immerhin die Entscheidung BGH GRUR 2003, 80 – *Konditionenanpassung*.

¹⁶ Vgl. Loewenheim, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Bd. 2 GWB, 2006, § 20 Rdn. 109; Säcker/Mohr, WRP 2010, 1, 18 ff.

Die eigentliche Frage, ob die Vorschrift zumindest auch den Schutz der Anbieter vor Ausbeutung durch marktmächtige Nachfrager bezweckt, ist dagegen immer noch ungeklärt.

cc) Anwendung der Vorschrift

Die Anwendung des § 20 Abs. 3 GWB in der Praxis durch das BKartA hat sich als sehr schwierig herausgestellt. Offenbar ist in den letzten Jahren keine einzige auf § 20 Abs. 3 GWB gestützte Untersagungsverfügung ergangen. Das hängt mit der Notwendigkeit umfangreicher Ermittlungen in jedem Einzelfall und mit dem sog. „Ross-und-Reiter“-Problem (dazu unten) zusammen.¹⁷

dd) Rechtspolitische Kritik der Vorschrift

Die *Monopolkommission*¹⁸ hat sich in ihrem Sondergutachten über „Preiskontrollen in Energiewirtschaft und Handel? Zur Novellierung des GWB“, nicht nur gegen eine Verschärfung des § 20 Abs. 3 GWB ausgesprochen, sondern diese Norm selbst als wettbewerbspolitisch verfehlt kritisiert. Ob diese Kritik im Einzelnen zutrifft, mag hier dahinstehen.

So ist der Monopolkommission nicht darin zuzustimmen, dass durch behördliche Eingriffe in die Konditionengestaltung vor allem der Wettbewerb zwischen den Handelsunternehmen reduziert werde und negative Auswirkungen in Form höherer Preise für die Verbraucher zu befürchten seien; ferner, dass Preisvorteile beim Warenbezug, die in aller Regel an die Verbraucher weitergegeben würden, vom Handel nur noch in begrenztem Ausmaß erzielt werden könnten. Bei dieser Sichtweise wird nämlich das Problem der Handelskonzentration und damit der Vermachtung der Märkte völlig ausgeblendet. Eine der wesentlichen Ursachen der Konzentration im Handel ist gerade die Ausnutzung von Nachfragemacht zur Erzielung von finanziellen Vorteilen. Dass diese Vorteile im Einkauf „in aller Regel an die Verbraucher weitergegeben werden“, wie die Monopolkommission meint, ist nicht belegt. Eine Weitergabe von Einkaufsvorteilen wird zwar bei so genannten „Aktionen“ in Betracht kommen. Um diese mit den Lieferanten abgestimmten Maßnahmen geht es aber bei der Anwendung des § 20 Abs. 3 GWB gerade nicht. Im Blickfeld der Vorschrift stehen vielmehr in der Regel Forderungen von Handelsunternehmen aus Anlass der Übernahme konkurrierender Unternehmen. Die auf diese Weise erzielten finanziellen Vorteile werden aber in aller Regel zur Finanzierung des Erwerbs der konkurrierenden Unternehmen eingesetzt und gerade nicht an den Verbraucher weitergegeben. Die Monopolkommission beschäftigt sich auch nicht damit, dass die Handelskonzentration jedenfalls längerfristig zu erheblichen Nachteilen für den Verbraucher führen kann und teilweise auch schon geführt hat (Stichworte: Verschwinden kleiner und mittlerer Handelsunternehmen; Ausdünnung der Nahversorgung; Preisanstieg in den Fällen, in denen Großbetriebsformen des Handels keinen unmittelbaren Wettbewerber mehr haben; Qualitätsverschlechterung bei den Produkten infolge übermäßigen Preisdrucks; Verschwinden von Herstellermarken). Ferner wird völlig ausgeblendet, dass Lieferanten den Preis- und Konditionendruck von Handelsunternehmen ihrerseits auf ihre Produzenten weitergeben mit den bekannten Folgen schlechter Arbeitslöhne und Produktionsbedingungen zum Nachteil von Mensch und Natur.

Richtig ist allerdings, dass sich mit Hilfe des § 20 Abs. 3 GWB das Problem der Ausnutzung von Nachfragemacht und des Einsatzes unlauterer Handelspraktiken nicht befriedigend lösen lässt. So ist der wettbewerbspolitische Ansatz, nämlich Schutz der Mitbewerber des Nachfragers statt Schutz der Anbieter vor Ausbeutung, fragwürdig. Die Ausgestaltung der Norm ist zu unbestimmt. Eine Behörde ist rein personell nicht in der Lage,

¹⁷ Allerdings hat das BKartA offenbar in einzelnen Fällen erfolgreich darauf hingewirkt, dass bestimmte Verhaltensweisen nicht mehr praktiziert werden.

¹⁸ *Monopolkommission*, Sondergutachten über „Preiskontrollen in Energiewirtschaft und Handel? Zur Novellierung des GWB“, 2006, Tz. 73 – 99 = S. 32 – 41). Vgl. auch noch *Mestmäcker*, Der verwaltete Wettbewerb, 1984, S. 1 ff., 14 ff.;

die Fülle von Einzelfällen unlauterer Handelspraktiken zu bewältigen. Das „Ross-und-Reiter“-Problem ist letztlich, nämlich wenn eine Untersagungsverfügung erlassen werden soll, nicht lösbar. Auch ist nicht unbedenklich, dass Verstöße gegen § 20 Abs. 3 GWB als Ordnungswidrigkeit geahndet werden können, obwohl die Grenzziehung zwischen erlaubtem „hard bargaining“ und verbotenem Veranlassen einer Vorteilsgewährung schwer zu ziehen ist.

Die Problemlösung sollte daher nicht so sehr im Kartellrecht und den Kartellbehörden, sondern vorzugsweise im Lauterkeits- und Vertragsrecht gesucht werden.

II. Lauterkeitsrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht

1. Zulässigkeit einer lauterkeitsrechtlichen Kontrolle

a) Die Rechtsentwicklung

Auf europäischer Ebene war die Bekämpfung von Nachfragemacht und unlauterer Handelspraktiken bis vor kurzem kein Thema. In Deutschland hat dagegen die Diskussion über die Zulässigkeit einer lauterkeitsrechtlichen Kontrolle der Nachfragemacht neben der kartellrechtlichen schon in den 70er Jahren des vergangenen Jahrhunderts eingesetzt.¹⁹ Die Rspr. hat dies uneingeschränkt bejaht. So hat der BGH in der zu § 1 UWG 1909 ergangenen Entscheidung „*Eintrittsgeld*“²⁰ festgehalten:

„Fordert ein Einzelhändler von einem Lieferanten als Vorbedingung für die Aufnahme der Ware in sein Sortiment eine vom Einkaufspreis unabhängige Geldleistung, so verstößt er gegen die guten Sitten im Wettbewerb.“

Dem lag das vom BMWi am 15.11.1974 veröffentlichte „Sündenregister“²¹ und die von ihm initiierte sog. „*Gemeinsame Erklärung von Organisationen der gewerblichen Wirtschaft zur Sicherung des Leistungswettbewerbs*“²² zu Grunde. Darin werden in zwölf Tatbeständen Verhaltensweisen umschrieben, die den Leistungswettbewerb gefährden und damit wettbewerbsverzerrend wirken. Damit wird die Erwartung verbunden, dass die Erklärung freiwillig befolgt wird, Konflikte vor Einigungsstellen beigelegt werden oder ggf. vor den Gerichten unter Anwendung des UWG oder GWB ausgetragen werden. Das BKartA hat die betreffenden Grundsätze für eine Reihe von Verbänden als Wettbewerbsregeln i.S. des damaligen § 28 Abs. 1 GWB eingetragen.²³

Das Unlauterkeitsurteil über bestimmte Maßnahmen des „Anzapfens“ (Verlangen einer „Regalmiete“ usw.) wurde seinerzeit mit der **Funktionswidrigkeit des Händlerverhaltens** begründet.²⁴ (Dahinter stand die Erwägung, der Verbraucher erwarte vom Händler, dass er die Auswahl der Waren und Lieferanten unter dem Aspekt des Verbraucherinteresses trifft und solche Waren bevorzugt, die nach Art, Qualität und Preis für den Verbraucher vorteilhaft sind; der Händler handle daher funktionswidrig, wenn er die Auswahl unter dem Aspekt der Erzielung von Sondervorteilen treffe. Im Schrifttum²⁵ wurde dagegen heftige Kritik vorgebracht, weil damit unter dem Deckmantel des „leistungsge rechten Wettbewerbs“ letztlich der freie Wettbewerb beschränkt und notwendige Anpassungen an veränderte Wirtschaftsbedingungen verhindert würden. (Die These vom funk-

¹⁹ Dazu zuletzt *Säcker/Mohr* WRP 2010, 1, 7 ff.

²⁰ BGH NJW 1977, 1242 - Eintrittsgeld; vgl. weiter BGH WuW/E BGH 1485 – Schaufensteraktion.

²¹ Abgedruckt in WRP 1975, 24.

²² Abgedruckt in WRP 1976, 9. Dazu Hinz WRP 1976, 4.

²³ Vgl. BKartA, Tätigkeitsbericht 1978, 37.

²⁴ Vgl. BGH GRUR 1977, 257 – Schaufensteraktion; BGH GRUR 1977, 619 – Eintrittsgeld; BGH GRUR 1982, 737 – Eröffnungsrabatt; OLG Köln WRP 1989, 193; OLG München GRUR 1992, 712; vgl. auch noch OLG Zweibrücken GRUR-RR 2003, 17, 18: Funktionswidrigkeit angesprochen, aber im Ergebnis verneint).

²⁵ Vgl. Mestmäcker, Der verwaltete Wettbewerb, 1984, S. 10 ff.

tionswidrigen Verhalten ist freilich heute überholt.²⁶ Sie widerspricht dem Verständnis vom freien Wettbewerb: Im System eines freien Wettbewerbs kann es keine feststehenden Funktionen von Unternehmen im Wirtschaftsprozess geben; vielmehr ist es dem Wettbewerb überlassen, ob und welche Funktionen von einzelnen Unternehmen wahrgenommen werden.)

In der Folgezeit ebte der Meinungsstreit wieder ab, zumal der „Gemeinsamen Erklärung“ kein Erfolg beschieden war. Die ganze Problematik geriet mehr oder weniger in Vergessenheit. Stattdessen konzentrierte sich die Diskussion auf die Anwendung des § 20 Abs. 3 GWB.

Erst seit etwa 2009 wurde die Problematik erneut auf europäischer Ebene unter dem Stichwort „unlautere Handelspraktiken“ aufgegriffen. Es sollte nicht wundern, wenn die damaligen Argumente auch heute wieder Verwendung finden.

b) Heutige Rechtslage

Auf europäischer Ebene besteht auch derzeit noch keine umfassende Regelung außerhalb des Wettbewerbsrechts (Kartellrechts) zur Kontrolle von Nachfragemacht und zur Bekämpfung unlauterer Handelspraktiken. Sie wird aber jedenfalls für die Mitgliedstaaten nicht ausgeschlossen. Dies geht in aller Deutlichkeit aus dem – bisher kaum wahrgenommenen – Erwägungsgrund 9 der VO (EG) 1/2003 hervor: Er lässt es ausdrücklich zu, dass die Mitgliedstaaten innerstaatliche Rechtsvorschriften anwenden,

„mit denen unlautere Handelspraktiken – unabhängig davon, ob diese einseitig ergriffen oder vertraglich vereinbart wurden – untersagt oder geahndet werden. Solche Rechtsvorschriften verfolgen ein spezielles Ziel, das die tatsächlichen oder vermuteten Wirkungen solcher Handlungen auf den Wettbewerb auf dem Markt unberücksichtigt lässt. Das trifft insbesondere auf Rechtsvorschriften zu, mit denen Unternehmen untersagt wird, bei ihren Handelspartnern ungerechtfertigte, unverhältnismäßige oder keine Gegenleistungen umfassende Bedingungen zu erzwingen, zu erhalten oder den Versuch hierzu zu unternehmen.“

In Deutschland kann die Ausübung von Nachfragemacht zur Erzielung besonderer Einkaufsvorteile unter bestimmten Voraussetzungen den Tatbestand der §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 1 UWG und der §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 10 UWG erfüllen.²⁷

2. Lauterkeitsrechtliche Kontrolle nach den §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 1 UWG

Die §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 1 UWG verbieten es Unternehmern, geschäftliche Handlungen vorzunehmen, die geeignet sind, die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher oder sonstiger Marktteilnehmer durch Ausübung von Druck oder durch sonstigen unangemessenen Einfluss zu beeinträchtigen. Die Vorschrift gilt für alle Wirtschaftsstufen und für Absatz- und Beschaffungsmärkte gleichermaßen. Sie ist daher auch auf die Ausübung von **Nachfragemacht** im Verhältnis der Händler zu den Herstellern anwendbar.²⁸ Diese Vorschrift gilt auch für das Verhältnis von Handelsunternehmen zu Lieferanten. Sie lässt sich daher auch für das sog. „Anzapfen“, also das einseitige Erzwingen von irgendwelchen Vergünstigungen, denen keine echte Gegenleistung gegenübersteht, unter offener oder versteckter Androhung der Beendigung oder Einschränkung bestehender Geschäftsbeziehungen, heranziehen. Für die Verwirklichung des Tatbestands des § 4 Nr. 1 UWG reicht indessen die Drohung, weniger, nichts oder nichts mehr zu kaufen, falls

²⁶ Fallen gelassen bereits in BGH GRUR 1982, 677 – *Unentgeltliche Übernahme der Preisauszeichnung*; anders noch OLG München GRUR 1992, 712, 713; vgl. auch BGH WuW/E BGH 1943, 1945 – *Markenverband-Deschauer*. Dazu auch *Säcker/Mohr* WRP 2010, 1, 8 ff.

²⁷ Davon geht auch die Begründung zum RegE UWG 2004 (zu § 4 Nr. 10, BT-Drucks 15/1487 S. 19) aus.

²⁸ Vgl. *Köhler* WRP 2005, 645, 648 und WRP 2006, 139, 145 f; vgl. auch BGH GRUR 1982, 737, 738 – *Eröffnungsrabatt*; MünchKommUWG/Heermann § 4 Nr. 1 Rn 74 ff.

keine Vorteile gewährt werden, nicht ohne Weiteres aus. Denn dies ist noch Ausfluss der Vertragsfreiheit des Nachfragers. Harte Verhandlungen („hard bargaining“) mit dem Ziel, möglichst günstige Einkaufsbedingungen zu erreichen, sind wettbewerbskonform. Auch hat grundsätzlich kein Anbieter Anspruch auf die Aufnahme oder Fortsetzung von Lieferbeziehungen mit einem bestimmten Nachfrager²⁹, zumal diesen das Absatzrisiko trifft. Die Drohung mit dem Abbruch oder der Nichtaufnahme von Geschäftsbeziehungen ist daher lauterkeitsrechtlich grundsätzlich nicht zu beanstanden.³⁰, es sei denn, sie geht von einem marktbeherrschenden oder marktstarken Unternehmen im Sinne des § 20 Abs. 3 GWB aus. Denn ein Verstoß gegen §§ 20 Abs. 3 GWB ist grundsätzlich auch eine unlautere Druckausübung im Sinne des § 4 Nr. 1 UWG. Andererseits setzt § 4 Nr. 1 UWG – anders als § 20 Abs. 3 GWB – tatbestandlich keine bestimmte Marktmacht des „Anzapfers“ voraus. Beim Fehlen von Marktmacht müssen allerdings noch **weitere Umstände** hinzukommen, um eine Ausübung von Druck oder eine sonstige unangemessene unsachliche Beeinflussung im Sinne des § 4 Nr. 1 UWG zu begründen,³¹ da es sonst zu einem Wertungswiderspruch zu § 20 Abs. 3 GWB käme. Das bloße Fordern von sachlich nicht gerechtfertigten Vorteilen (z.B. Verlangen von Einmalzahlungen aus beliebigen Anlässen) durch ein Unternehmen, das über keine absolute oder relative Marktmacht verfügt, reicht daher nicht aus, um den Tatbestand des § 4 Nr. 1 UWG zu erfüllen. Der Tatbestand des § 4 Nr. 1 UWG ist jedoch erfüllt, wenn dem Lieferanten mit anderen empfindlichen Nachteilen gedroht wird als der Nichtaufnahme, Beendigung oder Einschränkung einer Lieferbeziehung. Dazu gehören etwa die Drohung gegenüber dem Lieferanten, bestehende **Verträge zu brechen**, ihn bei Dritten **anzuschwärzen**, **Vertragsin-terna** bekannt zu geben oder die Drohung mit einer **Schädigung des Markenimages**, etwa durch ein Anbieten der Waren des Lieferanten zu Tiefstpreisen³² oder in beschädigtem oder verschmutztem Zustand. Weiter gehört hierher die Drohung, eine berechtigte Forderung des Lieferanten **nicht zu erfüllen**, etwa Rechnungen des Lieferanten eigenmächtig zu kürzen oder einseitig Zahlungsziele zu verlängern.³³ – Für die lauterkeitsrechtliche Bewertung spielt es keine Rolle, ob der Nachfrager die Einkaufsvorteile an die Verbraucher weitergibt, in den Betrieb investiert oder seinem Privatvermögen zuführt.³⁴

3. Lauterkeitsrechtliche Kontrolle nach den §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 10 UWG

Die §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 1 UWG verbieten es Unternehmern, Mitbewerber gezielt zu behindern. Als Maßnahme des Behinderungswettbewerbs gegenüber Mitbewerbern lässt sich dieses Marktverhalten aber nur begreifen, wenn man es unter dem Blickwinkel der unlauteren Verschaffung eines Wettbewerbsvorsprungs vor den Mitbewerbern im Absatz betrachtet.³⁵ Ein Verstoß gegen die wettbewerbs- und mitbewerberschützenden Normen der §§ 19, 20 GWB begründet stets auch die Unlauterkeit nach § 4 Nr. 10 UWG. Umgekehrt dürfen mittels § 4 Nr. 10 UWG die kartellrechtlichen Verbotsschranken aber auch nicht beiseite geschoben werden. Bei fehlender Marktmacht des Anzapfers kann daher § 4 Nr. 10 UWG nur zur Anwendung kommen, wenn besondere Umstände hinzutreten. Das kann der Fall sein, wenn der „Anzapfer“ unter Druckausübung Einkaufsvorteile **zum Nachteil der Mitbewerber** durchzusetzen versucht, insbesondere vom Lieferanten eine **exklusive** Bevorzugung fordert.

4. Rechtspolitische Kritik

Die Regelungen im deutschen UWG ermöglichen zwar grundsätzlich die Bekämpfung unlauterer Handelspraktiken im Verhältnis auch von Nachfragern gegenüber Anbietern. Jedoch sind die Regelungen zu unbestimmt und aus ihnen gehen auch nicht die eigentli-

²⁹ So bereits BGH GRUR 1977, 619, 621 – *Eintrittsgeld*.

³⁰ BGH GRUR 1982, 737, 738 – *Eröffnungsrabatt*; BGH WuW/E BGH 1943, 1945f – *Markenverband-Deschauer*.

³¹ Vgl. auch BGH GRUR 1977, 619, 621 – *Eintrittsgeld*; BGH WuW/E BGH 1943, 1945f – *Markenverband-Deschauer*.

³² Vgl. OLG Hamburg GRUR-RR 2002, 39.

³³ Vgl. OLG Hamm WRP 2002, 747; OLG Zweibrücken GRUR-RR 2003, 17, 18; *Köhler* WRP 2005, 645, 649.

³⁴ Vgl. BGH GRUR 1977, 619, 621f – *Eintrittsgeld*.

³⁵ Vgl. OLG Hamm GRUR-RR 2003, 288; *Köhler/Bornkamm*, UWG, 31. Aufl. (2013) § 4 Rn. 10.132.

chen Wertmaßstäbe zur Beurteilung der Ausnutzung von Nachfragemacht, nämlich die Sicherstellung eines angemessenen Ausgleichs der Interessen von Nachfragern und Anbietern beim Aushandeln von Preisen und Konditionen, hervor. Darüber hinaus fehlt es an einer Abstimmung mit den kartellrechtlichen Regelungen, insbesondere mit § 20 Abs. 3 GWB.

III. Vertragsrechtliche Kontrolle

Ein europäisches Vertragsrecht wird zwar vorbereitet, wobei insbesondere an den Vorschlag zu einem Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht zu erinnern ist. Das deutsche Vertragsrecht, geregelt im BGB, sichert zumindest ein Mindestmaß an materialer Vertragsgerechtigkeit durch das **Wucherverbot** des § 138 Abs. 2 BGB und – im Fall einseitiger Festsetzung von Entgelten – flankierend die richterliche Kontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB zur Verfügung. Für die Kontrolle von **Allgemeinen Geschäftsbedingungen**, die gegenüber einem Unternehmen verwendet werden, gelten die §§ 305 bis 307 sowie § 310 BGB. Eine Inhaltskontrolle nach § 307 BGB, der als Maßstab die unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners vorsieht, finden zwar nicht hinsichtlich der eigentlichen Preisvereinbarung statt, wohl aber hinsichtlich sog. **Preisnebenabreden**.³⁶ Die Verwendung unwirksamer AGB gegenüber Unternehmern kann mittels einer Unterlassungsklage, gestützt auf den Rechtsbruchtatbestand der §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 11 UWG, bekämpft werden. Fälle aus der Praxis gibt es aber, soweit ersichtlich, bisher noch nicht.

Teil 4. Möglichkeiten zur Verbesserung der Kontrolle von Nachfragemacht und unlauteren Handelspraktiken

I. Verschärfung der Zusammenschlusskontrolle?

Wie bereits dargelegt, dürften im Hinblick auf die weit fortgeschrittene Konzentration im Lebensmitteleinzelhandel (LEH) weitere Zusammenschlüsse, an denen große Unternehmen (Aldi, EDEKA, REWE, Kaufland, LIDL) beteiligt sind, ohnehin nicht oder jedenfalls nur unter scharfen Auflagen hinsichtlich eines gemeinsamen Einkaufs genehmigt werden. Eine Verschärfung der Regelungen über die Zusammenschlusskontrolle (Fusionskontrolle) in der Fusionskontrollverordnung bzw. in den §§ 35 ff. GWB durch Absenkung der Marktanteilsschwellen speziell zu dem Zweck, dadurch das Entstehen oder Anwachsen von Nachfragemacht im LEH zu verhindern, erscheint daher nicht erforderlich. Auch dürfte es politisch kaum durchsetzbar sein, vom Erfordernis der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung (vgl. § 36 GWB) abzugehen, solange der Missbrauch von Nachfragemacht mit den Mitteln einer – ggf. zu verbessernden – Verhaltenskontrolle bekämpft werden kann.

II. Verbesserung der Verhaltenskontrolle

1. Kartellrechtliche oder lauterkeits- und vertragsrechtliche Lösungsansätze?

In der Vergangenheit war, wie gezeigt, die Bekämpfung unlauterer Handelspraktiken in Deutschland zunächst eine Aufgabe des Lauterkeitsrechts (§ 1 UWG 1909). Später wurde diese Aufgabe dem Kartellrecht (GWB) zugewiesen. Nunmehr bahnt sich eine Rückkehr zu lauterkeitsrechtlichen Lösungsansätzen an, weil sich das kartellrechtliche Instrumentarium als wenig ergiebig erwiesen hat. Der Anwendung des deutschen Kartellrechts, vornehmlich des § 20 Abs. 3 GWB, stehen – wie gezeigt – zum einen grundsätzliche wettbewerbspolitische Bedenken,³⁷ zum anderen erhebliche Schwierigkeiten der Normauslegung und –anwendung entgegen. Unlautere Handelspraktiken sollten nicht mit den Mitteln des Kartellrechts (Wettbewerbsrechts), sondern mit den Mitteln des Lauterkeitsrechts und des Vertragsrechts bekämpft werden. Der mit einer Verhaltenskontrolle

³⁶ Zu Einzelheiten vgl. etwa Palandt/Grüneberg, BGB, 72. Aufl. (2013) § 307 Rn. 46 – 49.

³⁷ Vgl. Mestmäcker, Der verwaltete Wettbewerb, 1984, S. 1 ff., 14 ff.; Monopolkommission, Hauptgutachten xxx.

verbundene **Eingriff in die Wettbewerbs- und Vertragsfreiheit** rechtfertigt sich aus übergeordneten gesellschaftspolitischen Zwecken und entspricht letztlich dem Grundsatz der „**sozialen Marktwirtschaft**“.

Bei der Bekämpfung unlauterer Handelspraktiken geht es nämlich um **Ziele außerhalb des bloßen Schutzes der Wettbewerbsfreiheit von Unternehmen und der Interessen der Verbraucher an möglichst niedrigen Preisen**: Es geht vor allem um den **Schutz vor den Folgen eines unangemessenen Preis- und Konditionendrucks von Handelsunternehmen auf Hersteller**, nämlich dem damit verbundenen Zwang, die **Produktionskosten zum Nachteil von Mensch und Umwelt zu senken**. Dieses Schutzziel entspricht der **globalen gesellschafts- und umweltpolitischen Verantwortung** der Mitgliedstaaten der Europäischen Union und zugleich dem wohlverstandenen Interesse der **Verbraucher**, die sich ihrer **Mitverantwortung** für die Begleitumstände der Güterproduktion bewusst sind. Allerdings dürfen die Eingriffe nicht so weit gehen, dass der vom Wettbewerb ausgehende Druck auf die Hersteller, sich an veränderte Rahmenbedingungen anzupassen, ausgeschaltet wird.

2. Zulässigkeit lauterkeitsrechtlicher Regelungen neben dem Kartellrecht

Dass lauterkeitsrechtliche Regelungen zur Bekämpfung „unlauterer Handelspraktiken“ neben dem Kartellrecht grundsätzlich zulässig sind, ergibt sich aus dem bereits erwähnten Erwägungsgrund 9 der VO (EG) 1/2003.

3. Lösungsansätze auf europäischer Ebene („Grünbuch über unlautere Handelspraktiken“)

Der lauterkeitsrechtliche Lösungsansatz wird auch auf europäischer Ebene verfolgt. Dies ergibt sich aus dem **„Grünbuch über unlautere Handelspraktiken in der B2B-Lieferkette für Lebensmittel und Nicht-Lebensmittel in Europa“** vom 31.01.2013. Darauf bauen auch die nachfolgenden Gesetzgebungsvorschläge in Teil 5 auf.

III. Ergänzende vertragsrechtliche Lösungen

Aufgabe des Lauterkeitsrechts ist es, einseitige Verhaltensweisen von Unternehmen zu verbieten, nicht dagegen, den Inhalt von Verträgen zu regeln. Eine effektive Kontrolle des Missbrauchs von Nachfragemacht muss daher durch eine **Inhaltskontrolle von Verträgen** zwischen Unternehmen, insbesondere von Verträgen zwischen Händlern und Herstellern, ergänzt werden. Mit Blick auf die Nachfragemacht sollte dabei besonders die Kontrolle von **Einkaufsbedingungen** der Händler geregelt werden.

Die Einführung einer **Dokumentationspflicht für längerfristige Verträge** zum Schutze der Lieferanten vor der Nichterfüllung von nur mündlichen Zusagen schränkt den zivilrechtlichen Grundsatz der Formfreiheit von Verträgen ein. Sie könnte auch zum Nachteil eines Lieferanten ausschlagen, weil er sich dann auf formlos gegebene Zusagen nicht berufen könnte. Sinnvoller erscheint es, dem in Beweisnot befindlichen Lieferanten auf andere Weise zu helfen: Wie dargelegt, könnte es als per se unlautere Handelspraktik gewertet werden, wenn ein Unternehmer einem Handelspartner die schriftliche Bestätigung getroffener Vereinbarungen verweigert. Damit wäre dem Lieferanten weit eher gedient.

IV. Schlussfolgerungen

Solange auf Unionsebene keine einheitliche Regelung zur Bekämpfung unlauterer Handelspraktiken einschließlich des Verbots missbräuchlicher Vertragsklauseln getroffen ist, sind die Mitgliedstaaten befugt, entsprechende lauterkeitsrechtliche und vertragsrechtliche Regelungen zu erlassen. Da die Kommission nach dem Grünbuch, wie erwähnt, eine europäische Regelung in Gestalt einer Richtlinie anstrebt, sind nationale Alleingänge allerdings vorerst nicht zu erwarten. Ob und wann es zu einer europäischen Lösung, vermutlich in Gestalt von Richtlinien, kommen wird, ist andererseits ebenfalls ungewiss.

Wegen des Vorrangs des Unionsrechts vor dem nationalen Recht sollten Gesetzgebungsvorschläge so gestaltet werden, dass sie sowohl in das Unionsrecht als auch in das nationale Recht übernommen werden könnten. Insbesondere sollten sie sich in die Regelungsstrukturen des bestehenden Unionsrechts einfügen lassen. Nationale Regelungen könnten dabei Schrittmacherfunktionen für entsprechende Regelungen auf europäischer Ebene haben und jedenfalls für die Zeit bis zum Inkrafttreten einer unionsrechtlichen Regelung Abhilfe schaffen. Insofern richten sich die nachfolgenden Gesetzgebungsvorschläge zwar vorrangig an den Unionsgesetzgeber, daneben aber auch – mutatis mutandis – an den nationalen Gesetzgeber.

Teil 5. Vorschläge für gesetzliche Regelungen

I. Allgemeines

Ausgangspunkt sollten die beiden für das Verhältnis Unternehmer zu Verbraucher (B2C) geltenden Richtlinien sein: Mit Bezug auf das Lauterkeitsrecht die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken 2005/29/EG (UGP-Richtlinie) und mit Bezug auf das Vertragsrecht die Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen 93/13/EWG (Klauselrichtlinie) sein.

Darauf aufbauend lassen sich entsprechende Richtlinien für das Verhältnis von Unternehmen zu Unternehmen (B2B) entwickeln. Die Arbeitstitel für die beiden neu zu schaffenden Richtlinien sollen sein: „*B2B-UGP-Richtlinie*“ und „*B2B-Klauselrichtlinie*“.

II. Vorschlag für eine B2B-UGP-Richtlinie

1. Aufbau und Systematik

Eine B2B-UGP-Richtlinie sollte zweckmäßigerweise dem Aufbau und der Systematik der UGP-Richtlinie folgen und soweit wie möglich deren Terminologie übernehmen, weil die Mitgliedstaaten damit bereits vertraut sind und Erfahrungen sammeln konnten.

Entsprechend dem Vorbild des Art. 5 UGP-Richtlinie sollte auch eine B2B-UGP-Richtlinie einen dreistufigen Verbotsaufbau vorsehen: Als Grundtatbestand sollte ein allgemeines Verbot unlauterer Handelspraktiken eingeführt werden, um eine lückenlose und europaweit einheitliche Erfassung aller denkbaren unlauteren Handelspraktiken zu gewährleisten. Hinzukommen sollten als Beispielstatbestände konzipierte Verbote irreführender und aggressiver Handelspraktiken sowie auf einer dritten Stufe eine „Schwarze Liste“ von unter allen Umständen unlauteren Handelspraktiken. Von den Tatbeständen der „Schwarzen Liste“ abgesehen, sollten die Verbotstatbestände vorsehen, dass die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind, um die notwendige Flexibilität in der Normanwendung zu ermöglichen.

Zu bedenken ist allerdings, dass eine derartige Richtlinie – anders als die UGP-Richtlinie – nicht nur „downstream“ für Unternehmer als Anbieter von Waren oder Dienstleistungen, sondern auch– und insbesondere – „upstream“ für Unternehmer als Nachfrager nach Waren oder Dienstleistungen gelten muss. Nur so lässt sich das Machtgleichgewicht zwischen einem Handelsunternehmen und seinen Lieferanten erfassen.

2. Allgemeines Verbot unlauterer Handelspraktiken

Ein allgemeines Verbot unlauterer Handelspraktiken in Gestalt einer Generalklausel sollte den Rahmen einer lauterkeitsrechtlichen Kontrolle abstecken und gleichzeitig als Auffangtatbestand fungieren. Damit ließen sich Verhaltensweisen von Unternehmen gegenüber Handelspartnern erfassen, die für sich gesehen weder als irreführend noch als aggressiv anzusehen sind, aber gleichwohl zu einer unangemessenen Benachteiligung von Handelspartnern führen.

Dieses allgemeine Verbot ließe sich im Anschluss an Art. 5 Abs. 1 und 2 UGP-Richtlinie wie folgt regeln:

Verbot unlauterer Handelspraktiken

- (1) Unlautere Handelspraktiken von Unternehmern gegenüber Handelspartnern sind verboten.
- (2) Eine Handelspraktik ist unlauter, wenn
- a) sie den Erfordernissen der unternehmerischen Sorgfaltspflicht widerspricht und
 - b) sie geeignet ist, das wirtschaftliche Verhalten eines Handelspartners vor, bei oder nach einem Abschluss eines auf ein Produkt bezogenen Handelsgeschäfts wesentlich zu beeinflussen.

Der Begriff der unternehmerischen Sorgfalt ließe sich in Anlehnung an die Definition in Art. 2 lit. h UGP-Richtlinie wie folgt umschreiben:

Definitionen

Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck „unternehmerische Sorgfalt“ der Standard an Fachkenntnissen und Rücksicht, bei dem billigerweise davon ausgegangen werden kann, dass der Unternehmer ihn gegenüber dem Handelspartner gemäß den anständigen Marktgepflogenheiten und/oder dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben in seinem Tätigkeitsbereich anwendet.

3. Das Verbot irreführender Handelspraktiken

Das Verbot irreführender Handelspraktiken könnte in Anlehnung an Art. 2 lit. a und b der Richtlinie 2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung gestaltet werden. Jedoch sollte dieses Verbot auf Handelspraktiken bei und nach einem Vertragsschluss erstreckt werden. Vor allem aber sollte das Verbot so konzipiert werden, dass es auch auf die Nachfragetätigkeit von Unternehmen anwendbar ist. Denn die Regelung in der genannten Werberichtlinie ist auf den **Absatz** von Waren und Dienstleistungen bezogen. Als Beispiel für die Irreführung durch einen Nachfrager mag die unwahre Behauptung eines Händlers, die ihm gelieferten Waren seien schon bei Auslieferung mangelhaft gewesen, dienen.

4. Das Verbot aggressiver Handelspraktiken

Um die Ausnutzung von (Angebots- oder) Nachfragemacht bei der Anbahnung, dem Abschluss und der Durchführung von Verträgen sachgerecht zu erfassen, bietet sich ein Verbot aggressiver Handelspraktiken an. Seine Ausgestaltung könnte sich an Art. 8 und Art. 2 lit. j UGP-RL sowie an Art. 3 KlauselRL orientieren.

Aggressive Handelspraktiken

- (1) Eine Handelspraktik gilt als aggressiv, wenn sie im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller tatsächlichen Umstände die Entscheidungsfreiheit eines Handelspartners in Bezug auf den Abschluss oder die Durchführung eines Vertrags über Produkte durch Nötigung oder unangemessene Beeinflussung erheblich beeinträchtigt oder beeinträchtigen kann und dieser dadurch veranlasst wird oder veranlasst werden kann, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.
- (2) Eine unangemessene Beeinflussung liegt vor, wenn ein Unternehmer eine Machtposition gegenüber einem Handelspartner ausnutzt, um ihn unangemessen zu benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung liegt insbesondere dann vor, wenn dem Handelspartner ungerechtfertigte, unverhältnismäßige oder keine Gegenleistung umfassende Bedingungen oder Leistungen auferlegt werden.

Mit dem Begriff der „**Machtposition gegenüber einem Handelspartner**“ wird jede Form der Überlegenheit, insbesondere auch die Nachfragemacht erfasst.

Das Erfordernis der „**Nötigung oder unangemessenen Beeinflussung**“ ist unerlässlich, um einen gesetzlichen Eingriff in die Vertragsfreiheit zu rechtfertigen und eine Abgrenzung zum zulässigen „hard bargaining“ zu ermöglichen.

Ob eine „**unangemessene Benachteiligung**“ vorliegt, beurteilt sich nach den Maßstäben, wie sie in Erwägungsgrund 9 der VO (EG) Nr. 1/2003 aufgestellt sind. Es versteht sich von selbst, dass dabei die gesamten Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind. Soweit der Händler das Absatzrisiko trägt, kann ihm kein mittelbarer Kontrahierungszwang zu bestimmten Preisen auferlegt werden. Vielmehr muss er grundsätzlich darin frei bleiben, einen Vertrag abzulehnen, wenn er die ihm angebotenen Konditionen als unzureichend ablehnt (Grundsatz der negativen Vertragsfreiheit).

5. Anhang („Schwarze Liste“ der unter allen Umständen unlauteren Handelspraktiken)

Entsprechend den Regelungen im Anhang I der UGP-Richtlinie sollte auch eine „Schwarze Liste“ der unter allen Umständen unlauteren Handelspraktiken aufgestellt werden. Dafür kommen – in Anlehnung an die Vorschläge aus dem Grünbuch – insbesondere folgende aggressiven Handelspraktiken in Betracht.

Anhang

Unter allen Umständen unlauter ist es, wenn ein Unternehmer

1. einem Handelspartner nachteilige unklare oder mehrdeutige Geschäftsbedingungen stellt;
2. einem Handelspartner missbräuchliche Vertragsklauseln im Sinne der Art. x der B2B-Klauselrichtlinie stellt oder sich ihm gegenüber darauf beruft;
3. einem Handelspartner eine schriftliche Bestätigung getroffener Vereinbarungen verweigert;
4. einem Handelspartner Risiken auferlegt, die in seinem Verantwortungsbereich liegen;
5. von einem Handelspartner ein Entgelt für Leistungen erzwingt oder zu erzwingen versucht, denen keine oder nur eine scheinbare Gegenleistung gegenübersteht;
6. einem Handelspartner die ihm zugesagten Zahlungen einseitig kürzt oder von ihm nicht vereinbarte Leistungen nachträglich abverlangt;
7. vom Handelspartner rückwirkend eine Änderung der Preise oder Konditionen erzwingt oder zu erzwingen versucht, ohne dass dafür ein sachlicher Grund besteht;
8. eine Geschäftsbeziehung zu einem Handelspartner ohne Einhaltung einer angemessenen Kündigungsfrist beendet oder zu beenden droht, es sei denn, dass ein wichtiger Grund vorliegt.

Den Vorschlägen zu Nr. 3, 4 und 5 liegt die im Grünbuch unter Nr. 5.4. behandelte „*Unbillige Übertragung des kommerziellen Risikos*“³⁸ zu Grunde:

„Eine faire Praxis könnte sich dadurch auszeichnen, dass die Vertragsparteien vereinbaren, dass jeder Beteiligte die Verantwortung für seine eigenen Risiken übernimmt und nicht in ungebührlicher Weise versucht, Risiken auf andere Parteien zu übertragen. Die Vertragsparteien sollten sich über die Bedingungen verständigen, die für den Beitrag zu eigengeschäftlichen Tätigkeiten und/oder Werbetätigkeiten der Parteien gelten. Entgelte für legitime Dienstleistungen sollten deren Wert entsprechen. Die Weiteren könnte festgelegt werden, dass in dem Fall, in dem zwischen beiden Parteien Listungsgelder vereinbart werden, diese dem Risiko angemessen sein sollten. Die Vertragsparteien sollten in keinem Fall Zahlungen für nicht erbrachte Dienstleistungen oder nicht gelieferte Waren oder Zahlungen, die offenkundig nicht dem Wert / den Kosten der erbrachten Dienstleistung entsprechen, verlangen dürfen.“

³⁸ Grünbuch S. 21 Nr. 5.4.

II. Vorschlag für eine B2B-Klauselrichtlinie (Klauselkontrolle)

1. Aufbau und Systematik

Eine B2B-Klauselrichtlinie sollte zweckmäßigerweise dem Aufbau und der Systematik der Klauselrichtlinie 93/13/EWG folgen und soweit wie möglich deren Terminologie übernehmen, weil die Mitgliedstaaten damit bereits vertraut sind und Erfahrungen sammeln konnten. In einem Anhang ließe sich eine „Schwarze Liste“ missbräuchlicher (und damit unwirksamer) Vertragsklauseln aufstellen, deren Verwendung nach Anhang Nr. 2 der B2B-UGP-Richtlinie zugleich eine unter allen Umständen unlautere Handelspraktik darstellt. Damit würde eine Verknüpfung beider Richtlinien hergestellt. Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf missbräuchliche Klauseln in *Einkaufsbedingungen* von Handelsunternehmen gegenüber Lieferanten beziehen.

Der Vorschlag der Kommission³⁹ für eine Verordnung zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht (GEKR = CESL) enthält in Kap. 8 Regelungen über „Unfaire Vertragsbestimmungen“, die in Art. 86 auch Verträge zwischen Unternehmern einbezieht. Es liegt nahe, darauf auch bei einer B2B-Klauselrichtlinie zurückzugreifen. Diese Richtlinie könnte insbesondere eine Generalklausel und eine Liste von einzelnen Klauselverböten enthalten.

2. Allgemeines Verbot missbräuchlicher Vertragsklauseln

Die Generalklausel könnte ein allgemeines Verbot missbräuchlicher Vertragsklauseln im B2B-Geschäftsverkehr enthalten und im Anschluss an Art. 86 GEKR wie folgt lauten:

Allgemeines Verbot missbräuchlicher Vertragsklauseln

(1) Eine nicht individuell ausgehandelte Vertragsbestimmung, die ein Unternehmer gegenüber einem anderen Unternehmer verwendet, ist unfair und damit diesem gegenüber nicht bindend, wenn sie entgegen dem Gebot von Treu und Glauben und des redlichen Geschäftsverkehrs gröblich von der guten Handelspraxis abweicht.

(2) Bei der Prüfung der Unfairness einer Vertragsbestimmung ist zu berücksichtigen:

- (a) das Wesen des Vertragsgegenstands,
- (b) die Umstände des Vertragsschlusses,
- (c) die übrigen Vertragsbestimmungen und
- (d) die Bestimmungen sonstiger Verträge, von denen der Vertrag abhängt.

Festzuhalten bliebe allerdings, dass die Klauselkontrolle sich nicht auf die eigentliche Preisvereinbarung erstrecken darf, sofern der Unternehmer das Absatzrisiko trägt. Die Grenzen der Vertragsfreiheit werden insoweit durch das allgemeine Vertragsrecht (in Deutschland durch § 138 Abs. 2 BGB: „auffälliges Missverhältnis“) und das Kartellrecht (in Deutschland § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB) gezogen.

3. Einzelne Klauselverböte

Die Generalklausel sollte durch eine Liste von einzelnen Klauselverböten ergänzt werden. Dabei wäre wiederum in Anschluss an die Regelungstechnik im GEKR zwischen Klauseln zu unterscheiden, die per se unfair sind und solchen, bei denen dies nur vermutet wird, also eine Widerlegung möglich ist.

Speziell im Hinblick auf „**Allgemeine Einkaufsbedingungen**“, die Lieferanten auferlegt werden, könnten bestimmte Klauseln in Anlehnung an die Regelungen für Verträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern (Art. 84 und 85 GEKR) verboten werden. Dies soll hier anhand von einigen Beispielen dargelegt werden:

³⁹ KOM (2011) 635 endg., 11.10.2011. Dazu zuletzt *Drygala* JZ 2012, 983 mit weit. Nachw.

Eine Vertragsbestimmung ist unter allen Umständen unfair, wenn deren Zweck oder Wirkung darin besteht,

x) dem Unternehmer das ausschließliche Recht einzuräumen, die fehlende Vertragsmäßigkeit der gelieferten Waren festzustellen;

y) vom Lieferanten die Bezahlung von nicht erbrachten Dienstleistungen zu verlangen;

Es wird vermutet, dass eine Vertragsbestimmung unfair ist, wenn deren Zweck oder Wirkung darin besteht,

x) es dem Unternehmer, außer bei Vorliegen schwerwiegender Gründe, zu ermöglichen, einen unbefristeten Vertrag ohne angemessene Frist zu beenden;

y) den Vertragspartner ohne Grund daran zu hindern, andere Unternehmer zu beliefern;

z) unangemessen lange Zahlungsziele oder unangemessen hohe Skonti zu erlangen.

Teil 6. Künftige Regelungen zur Rechtsdurchsetzung

I. Bekämpfung unlauterer Handelspraktiken

1. Überblick

Die vorbeugende Bekämpfung unlauterer Handelspraktiken sollte auf zwei Wegen erfolgen: generalpräventiv durch Mitbewerber des Handelnden und Verbände oder durch Behörden und spezialpräventiv durch den betroffenen Handelspartner. Dabei sollte auch das „Ross-und-Reiter“-Problem angegangen werden.

2. Generalpräventives Vorgehen

Ein generalpräventives Vorgehen sollte nach dem Vorbild der Art. 11 bis 13 UGP-Richtlinie ermöglicht werden. Es sollte daher jedem Mitgliedstaat freigestellt werden, ob dazu die Rechtsbehelfe des Zivilrechts oder des Verwaltungsrechts herangezogen werden. Beide Modelle haben ihre Vorzüge und Nachteile.

Generalpräventiv bedeutet in diesem Zusammenhang, dass einem Unternehmen eine bestimmte unlautere Handelspraktik gegenüber allen (aktuellen und potentiellen) Handelspartnern verboten wird und nicht nur gegenüber dem oder den Handelspartnern, die konkret davon betroffen waren. Die konkret festgestellte Handlung bildet vielmehr nur den Anknüpfungspunkt für ein generelles Verbot. Dies setzt natürlich voraus, dass die betreffende Handelspraktik mindestens grundsätzlich auch gegenüber anderen Handelspartnern eingesetzt werden kann.

a) Verwaltungsrechtliche Lösung

Eine verwaltungsrechtliche oder „Behördenlösung“, wie sie im *„Grünbuch über unlautere Handelspraktiken in der B2B-Lieferkette für Lebensmittel und Nicht-Lebensmittel in Europa“* (S. 20) favorisiert wird, und wie sie in Deutschland bei Anwendung des § 20 Abs. 3 GWB bereits eingerichtet ist, empfiehlt sich für Deutschland eher nicht. Denn es bestehen Zweifel, ob angesichts der Vielzahl von möglicherweise betroffenen Lieferanten eine Behörde mit notwendigerweise begrenzter Mitarbeiterzahl und begrenztem Etat tatsächlich in der Lage ist, eingehende Beschwerden rasch und effektiv zu bearbeiten.

Für andere Mitgliedstaaten mit anderer Rechtstradition mag dagegen die verwaltungsrechtliche Lösung, die auf der Rechtsdurchsetzung durch Behörden mittels Verwaltungsakt aufbaut, angemessen sein.

b) Zivilrechtliche Lösung

Für Deutschland würde sich – entsprechend der bewährten Rechtstradition – die zivilrechtliche Lösung, wie sie in den §§ 8 – 15 UWG vorzufinden ist, anbieten. Es würden daher Mitbewerber und Organisationen, die ein berechtigtes Interesse an der Bekämpfung unlauterer Handelspraktiken haben, die Aufgabe zufallen, den Einsatz unfairer Handelspraktiken zu ermitteln. Zur Unterbindung solcher Praktiken stünde ihnen als „Waffe“ der Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch zur Verfügung. Diese Ansprüche könnten außergerichtlich im Wege der Abmahnung und gerichtlich im Wege des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung oder der Klage verfolgt werden. Die Ermittlung und Überwachung des Einsatzes unfairer Handelspraktiken;

3. Spezialpräventives Vorgehen?

Daneben sollte zwar auch dem betroffenen Handelspartner selbst ein Klagerecht auf Unterlassung unlauterer B2B-Geschäftspraktiken ihm gegenüber eingeräumt werden. Denn in erster Linie geht es um seinen Schutz. Allerdings ist nicht zu verkennen, dass der betroffene Handelspartner kaum jemals auf diese Weise gegen den Handelnden vorgehen wird. Denn er muss damit rechnen, dass er dafür mit wirtschaftlichen Sanktionen bis hin zur vollständigen Auslistung „bestraft“ wird. Die Möglichkeit des individuellen Vorgehens ist daher jedenfalls kein Ersatz für ein generalpräventives Vorgehen, sei es durch Mitbewerber und Verbände, sei es durch Behörden.

4. Die Bewältigung des „Angstfaktors“ („Ross- und Reiter“-Problem)

a) Problem

Die Bewältigung des Missbrauchs von Nachfragemacht wurde und wird bekanntlich vor allem durch das „Ross-und-Reiter“-Problem, auf europäischer Ebene als Problem des „Angstfaktors“ bezeichnet, erschwert. Damit ist gemeint, dass Handelspartner sich aus Angst vor möglichen wirtschaftlichen Sanktionen bis hin zur vollständigen Auslistung scheuen, selbst gegen den Handelnden vorzugehen oder die Kartellbehörde oder einen klageberechtigten Verband einzuschalten oder in einem Verfahren als Zeuge aufzutreten.

In Deutschland besteht dieses Problem auch bei einem kartellverwaltungsrechtlichen Vorgehen des Bundeskartellamts nach § 20 Abs. 3 GWB, weil die Behörde spätestens in einem Kartellverwaltungsprozess die betroffenen Unternehmen als Zeugen benennen muss, um dem Kläger zu ermöglichen, sich effektiv gegen die Vorwürfe zu verteidigen.

Die derzeitigen gesetzlichen Regelungen im GWB zur Bewältigung des „Ross-und-Reiter“-Problems, nämlich die Möglichkeit einer sog. Enquete-Untersuchung nach § 32e GWB sowie die Verfahrenseinleitung von Amts wegen nach § 54 Abs. 1 S. 2 GWB und die Beweiserleichterung nach § 70 Abs. 4 S. 3 GWB, haben letztlich keine Durchschlagskraft.

b) Beweiserleichterung durch Anscheinsbeweis als Lösungsvorschlag:

Folgt man der hier vertretenen Auffassung, an die Stelle einer speziellen kartellrechtlichen Kontrolle nach § 20 Abs. 3 GWB eine lauterkeitsrechtliche Kontrolle zu setzen, wird das „Ross-und-Reiter“-Problem („Angstfaktor“) schon dadurch entschärft, dass die Kartellbehörde nicht eingeschaltet und ein „Amtsverfahren“ vermieden wird. Jedoch muss folgerichtig ein zivilrechtlicher Lösungsansatz gefunden werden. Er könnte darin bestehen, den zur Geltendmachung eines generalpräventiven Unterlassungsanspruchs berechtigten Mitbewerbern und Verbänden eine Beweiserleichterung zuzugestehen. Sie rechtfertigt sich daraus, dass der Verbotsausspruch allgemein gehalten und nicht auf ein Verbot gegenüber einem konkreten Hersteller beschränkt ist. Die Beweiserleichterung besteht darin, dass es für den Nachweis einer begangenen oder drohenden Zuwiderhandlung gegen das Verbot aggressiver Geschäftspraktiken nicht erforderlich ist, konkret

betroffene Unternehmer zu benennen. Damit würden diese Unternehmer davor bewahrt, sei es vom Kläger als Zeugen für das Vorliegen, sei es vom Beklagten als Zeugen für das Nichtvorliegen einer Zuwiderhandlung benannt zu werden. Denn in beiden Fällen müssten sie im Falle einer wahren Aussage möglicherweise mit Sanktionen rechnen. Vielmehr sollte ein Anscheinsbeweis genügen. Für die Beweisführung würde es danach beispielsweise ausreichen, wenn Schriftstücke mit belastendem Inhalt vorgelegt werden, in denen Name und Adresse der konkret angesprochenen Unternehmer geschwärzt sind und eine zur Berufsverschwiegenheit verpflichtete Person (Wirtschaftsprüfer; Notar) eidesstattlich bekundet, dass Ihr die Originale vorgelegen haben. Sie könnte dann als Zeuge über die erhaltenen Auskünfte aussagen, ohne die betroffenen Unternehmen zu identifizieren.⁴⁰ Inwieweit derartige Aussagen für die Überzeugungsbildung des Gerichts ausreichen und eine Verurteilung ermöglichen, ist naturgemäß eine Frage des Einzelfalls.

5. Sanktionen

a) Allgemeines

Nach einem bewährten Grundsatz des Unionsrechts müssen Sanktionen **wirksam, verhältnismäßig und abschreckend** sein. Das gilt auch für Sanktionen gegen unlautere Handelspraktiken.

b) Durchsetzung von Unterlassungsansprüchen

Um künftig unlauteren Handelspraktiken vorzubeugen, ist es grundsätzlich ausreichend, wenn es ein entsprechendes Verbot vertraglich vereinbart oder vom Gericht ausgesprochen wird. Das Verbot entfaltet dann seine Wirksamkeit, wenn dagegen verstoßen wird. Im ersteren Fall löst dies einen Anspruch auf Zahlung einer vereinbarten angemessenen **Vertragsstrafe** aus; im letzteren Fall wird der Verstoß mit **gerichtlichen Zwangsmaßnahmen** (z.B. im deutschen Recht Ordnungsgeld bzw. Ordnungshaft) geahndet.

c) Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen

Unlautere Handelspraktiken können sowohl das unmittelbar betroffene Unternehmen (Geschäftspartner) als auch Mitbewerber des Handelnden schädigen.

aa) Geschäftspartner als Geschädigte

Grundsätzlich sollte dem oder den konkret betroffenen Geschäftspartnern auch ein Anspruch auf Ersatz des aus der unlauteren Geschäftspraktik erlittenen Schadens eingeräumt werden, sofern er sich nicht schon aus dem allgemeinen Zivilrecht ergibt. Um ein Beispiel anzuführen: Ein Handelsunternehmen berechnet unter Verstoß gegen die Grundsätze des lauten B2B-Geschäftsverkehrs einem Lieferanten Gebühren für angebliche Leistungen. Der Lieferant sollte in diesem Fall einen Schadensersatzanspruch haben, den er ggf. an einen Verband abtreten kann.

bb) Mitbewerber als Geschädigte

Daneben sollten auch die Mitbewerber des Handelnden einen Schadensersatzanspruch eingeräumt bekommen. Als Vorbild könnte insoweit § 9 UWG dienen.

II. Bekämpfung missbräuchlicher Vertragsklauseln

Da die Verwendung unwirksamer Vertragsklauseln (Allgemeiner Geschäftsbedingungen) eine unlautere Handelspraktik darstellt, kann sie durch Mitbewerber und Verbände mittels der Unterlassungsklage bekämpft werden.

III. Außergerichtliche Konfliktlösung

⁴⁰ Vgl. Köhler BB 1998, 113, 115

1. Individuell vereinbarte Streitschlichtung

Grundsätzlich steht es den Verhandlungs- bzw. Vertragspartnern frei, ihren Streit über die Rechtmäßigkeit von bestimmten Verhaltensweisen eines Nachfragers durch ein vertraglich bestimmtes Schiedsgerichte (Streitschlichtung mit verbindlicher Wirkung) oder durch einen vertraglich bestimmten Schlichter (Streitschlichtung mit unverbindlicher Wirkung) beizulegen.

2. Institutionalisierte Streitschlichtung

Unabhängig davon sollte es eine institutionalisierte außergerichtliche Streitschlichtung geben, also eine Streitschlichtungsstelle, die von jedem Verfahrensbeteiligten angerufen werden kann.

a) Einigungsstellen gemäß § 15 UWG

Für das deutsche UWG gibt es dafür die Einigungsstellen bei den Industrie- und Handelskammern. Deren Einrichtung und Verfahrensregeln sind in § 15 UWG geregelt. Die betreffenden Regelungen sind allerdings auf kleinere lauterkeitsrechtliche Streitigkeiten zugeschnitten. Dementsprechend sind die Einigungsstellen nicht spezialisiert auf die Problematik der Ausnutzung von Nachfragemacht. Sie können daher nicht das einzige Modell einer institutionalisierten Streitschlichtung sein.

b) Zentrale Schlichtungsstelle (Ombudsmann)

Vielmehr erscheint es sinnvoll, der Wirtschaft zusätzlich die Möglichkeit einzuräumen, eine **zentrale Schlichtungsstelle (Ombudsmann)** für derartige Streitigkeiten zwischen Unternehmen bzw. zwischen Verbänden und Unternehmen einzurichten. Die Möglichkeit, Verbände einzuschalten, empfiehlt sich schon deshalb, weil sie anonyme Beschwerden aufgreifen und einer Streitschlichtung zuführen können, ohne dass das betroffene Unternehmen selbst als Antragsteller auftreten und sich daher der Gefahr von Sanktionen aussetzen muss.

aa) Verfahrenseinleitung

Die zentrale Schlichtungsstelle könnte von beiden Seiten angerufen werden, würde aber nur tätig, wenn der Gegner **zustimmt**. Damit würde die Freiwilligkeit des Verfahrens sichergestellt.

bb) Aufgaben und Kompetenzen einer zentralen Schlichtungsstelle

Die zentrale Schlichtungsstelle sollte sich bemühen, zwischen den Parteien eine gütliche Einigung herbeizuführen und dazu auf Wunsch der Parteien einen **Einigungsvorschlag** unterbreiten. Bei Scheitern einer Einigung wäre der Weg zu den Gerichten frei. Bei entsprechender Vereinbarung könnte die zentrale Schlichtungsstelle aber auch als abschließend entscheidendes **Schiedsgericht** fungieren.

cc) Verfahren

Die zentrale Schlichtungsstelle könnte eigene Regeln für die Durchführung des Verfahrens aufstellen und wäre nicht an die starren Regeln der nationalen Prozessordnung. Dies würde eine **rasche** und **kostengünstige Streiterledigung** ermöglichen. Gerade in den Fällen, in denen es nicht um die Klärung von Grundsatzfragen geht, wäre dies von größtem Nutzen. Denn ein gerichtliches Verfahren ist mit einem erheblichen Arbeits- und Zeitaufwand für alle Beteiligten verbunden. Es kann sich bis zu seinem rechtskräftigen Abschluss über viele Jahre hinziehen, so dass sein Ausgang für das betroffene Unternehmen meist keine Bedeutung mehr hat.

Ein weiterer Vorteil des Schlichtungsverfahrens bestünde darin, dass das Verfahren **nichtöffentlich** durchzuführen wäre. Daher wäre auch nicht zu befürchten, dass Geschäftsgeheimnisse nach außen dringen. Bei Einschaltung eines Verbands, in Deutschland etwa der Wettbewerbszentrale, wäre zudem, anders als in einem Amtsverfahren der Kartellbehörde oder in einem Gerichtsverfahren, die **Anonymität** des betroffenen Unternehmens gewährleistet.

3. Streitschlichtungsstelle für anonym eingereichte Beschwerden?

Zwar kann eine Behörde, wie das Bundeskartellamt, anonym eingereichte Beschwerden über Missbräuche von Nachfragemacht aufgreifen und ein Verfahren von Amts wegen einleiten. Eine privatrechtlich organisierte Streitschlichtungsstelle kann diese Befugnis jedoch nicht haben. Gemeint dürfte daher sein, dass Verbände anonym eingereichte Beschwerden von Unternehmen aufgreifen können, um ein Streitschlichtungsverfahren vor einer Streitschlichtungsstelle durchzuführen. Dies wurde oben näher dargelegt.

IV. Regelungen in Verhaltenskodizes

1. Gegenstand von Verhaltenskodizes

Selbstverständlich könnten die vorgeschlagenen gesetzlichen Regelungen und entsprechende Präzisierungen auch in **Verhaltenskodizes** aufgenommen werden. Darüber hinaus könnte ein Verhaltenskodex für Lieferanten aufgestellt werden, der das Verhalten gegenüber Arbeitskräften (z.B. Einhaltung von Mindestlöhnen und –arbeitsbedingungen) sowie den schonenden Umgang mit der Natur regelt.

2. Durchsetzung von Verhaltenskodizes

Zur Einhaltung solcher Verhaltenskodizes könnten sich die betreffenden Unternehmen vertraglich durch Abgabe eines Vertragsstrafversprechens gegenüber z.B. einem Verband verpflichten. Das würde bedeuten, dass ein Unternehmen für jeden Fall einer Zuwiderhandlung gegen den Kodex an den Verband eine Vertragsstrafe bezahlen muss. Im Streitfall müsste das Gericht entscheiden, ob ein Verstoß vorliegt. Die Feststellung eines Verstoßes könnte allerdings auch einer Schiedsstelle (Ombudsmann) übertragen werden.

Darüber hinaus sollten in die B2B-UGP-Richtlinie Bestimmungen aufgenommen werden, die dem Art. 6 Abs. 2 lit. b sowie den Nrn. 1 und 3 des Anhangs I der UGP-Richtlinie entsprechen. Damit wäre u.a. sichergestellt, dass ein Unternehmer, der mit seiner Verpflichtung, einen bestimmten Kodex einzuhalten, wirbt, diese Verpflichtung aber nicht einhält, wegen Irreführung auf Unterlassung in Anspruch genommen werden kann.

München, den 14. Juni 2013

Prof. Dr. Helmut Köhler