



BEWERTUNG DER LEITLINIEN DER KOMMISSION FÜR VEREINBARUNGEN ÜBER HORIZONTALE ZUSAMMENARBEIT (HORIZONTAL-LEITLINIEN)

Einführung

Der Markenverband bedankt sich für die Möglichkeit zur Stellungnahme zu den sogenannten Horizontal-Leitlinien der Europäischen Kommission.

Der 1903 in Berlin gegründete Markenverband ist die Spitzenorganisation der deutschen Marktwirtschaft. Die Mitglieder stehen für einen Markenumsatz im Konsumgüterbereich von über 300 Mrd. Euro und im Dienstleistungsbereich von ca. 200 Mrd. Euro in Deutschland. Der Markenverband ist damit der größte Verband dieser Art in Europa. Die Mitgliedsunternehmen stammen u. a. aus den Bereichen Nahrungs- und Genussmittel, Mode und Textil, pharmazeutische Produkte und Dienstleistungen. Zu den Mitgliedern zählen Unternehmen aller Größenordnungen, vom Mittelstand bis zu internationalen Konzernen, wie August Storck, Beiersdorf, Hugo Boss, Coca-Cola, Deutsche Bank, Deutsche Post, Falke, Dr. Doerr Feinkost, Miele, Nestlé, Procter & Gamble, Dr. Oetker, Schamel Meerrettich, WMF und viele andere renommierte Firmen. Der Markenverband ist im Transparenzregister der Europäischen Union unter ID-Nr. 2157421414-31 registriert.

Da die weit überwiegende Zahl der Mitglieder des Markenverbandes seine Produkte zumindest auch über Einzelhändler vertreibt und sich damit in einem Netzwerk von Unternehmen befindet, die auf vielfältige Weise miteinander in Beziehung stehen, sind die Fragen des Informationsaustausches und der Einkaufskooperationen seit langem ein Schwerpunktthema des Markenverbandes. Als Gesellschafter der GS1 Germany GmbH ist der Markenverband in Prozesse zur Standardisierung von Unternehmenskennzeichnungen und der elektronischen Kommunikation zwischen verschiedenen Herstellern und Händlern unter Einschluss von Dienstleistern beteiligt. Marken verstehen sich als Treiber von Nachhaltigkeit als einem der wesentlichen nicht wettbewerblichen Ziele der Europäischen Union. Die Stellungnahme des Markenverbandes beschränkt sich daher auf diese in den Horizontal-Leitlinien abgebildeten Fragestellungen. Als Mitglied unterstützt der Markenverband die Position der Association des Industries de Marque (AIM).

Aus Sicht des Verbandes ist es zunächst erforderlich, das Prinzip der Gruppenfreistellung trotz Umstellung auf ein System der Legalausnahme weiter beizubehalten und die Rechtssicherheit und einheitliche Normanwendung in Europa weiter zu stärken. Das basiert auf der Erkenntnis, dass das Konzept der Gruppenfreistellungsverordnungen und der sie begleitenden Leitlinien insgesamt ein Erfolgsmodell ist. Dessen ungeachtet, gilt es, sie an die (schnelllebige) Entwicklung der

wirtschaftlichen Realitäten anzupassen. Bei dieser Anpassung muss aus Sicht des Markenverbandes die Wirkung von Marken als wesentlicher Bestandteil und Treiber eines Systems des unverfälschten Wettbewerbs und der weiteren Ziele der Europäischen Union gegenüber anderen Beteiligten gestärkt werden. Die Veränderung der wirtschaftlichen Realitäten bezieht sich dabei auf drei verschiedene Ebenen. Es ist ein wesentlicher Wandel sowohl speziell des Einzelhandels, wie allgemeiner der Wirtschaft und zum Dritten ihres Verhältnisses zur Gesellschaft zu verzeichnen, dem eine Überarbeitung der Horizontal-Leitlinien Rechnung tragen muss.

1. Zum Wandel im Einzelhandel

Der Einzelhandel mit Konsumgütern in Europa, speziell in Deutschland, ist von einem hohen Konzentrationsgrad geprägt. Die Konzentration erlaubt es dem Einzelhandel, Produkte unter eigenen Kennzeichnungen („Eigenmarken“ oder „Private Label“) zu vertreiben. In Deutschland beläuft sich der Eigenmarkenanteil bei schnell drehenden Konsumgütern nach Auswertungen der GfK 2019 auf (leicht rückläufig) 36,2 %. In vielen Segmenten ist damit der Lebensmitteleinzelhandel für Markenhersteller nicht nur der mit Abstand bedeutendste und nicht zu ersetzende Kunde, sondern zugleich der größte Wettbewerber. Wir finden hier eine Vermischung von vertikalen und horizontalen Elementen, wie sie in der digitalen Welt von Online-Plattformen wie Amazon bekannt sind.¹ Dieser Besonderheit wird gegenwärtig weder in der Vertikal-GVO und den sie begleitenden Leitlinien noch in den Horizontal-Leitlinien hinreichend Rechnung getragen. Die im Kundenverhältnis ausgetauschten, vielfach wettbewerblich hochsensiblen Informationen werden keinen besonderen Schutzanforderungen unterworfen, die einen Missbrauch im Wettbewerbsverhältnis verhindern. In rein horizontalen Beziehungen zu konkurrierenden Markenherstellern würde die Informationsweitergabe als Verstoß gegen Art. 101 Absatz 1 AEUV gewertet. Hier sind Regelungen erforderlich, die einerseits die notwendige Kommunikation zwischen den Unternehmen ermöglichen und andererseits die Missbrauchsgefahr eingrenzen.

Die Konzentrationstendenzen im Einzelhandel werden noch durch Allianzen der Einzelhändler, insbesondere europäische Handelsallianzen, verstärkt. Diese sind dadurch gekennzeichnet, dass sich in ihnen führende nationale Einzelhändler häufig in einer Weise zusammenschließen, die eine Zusammenschlusskontrolle weder auf europäischer noch auf nationaler Ebene auslöst. Typisch, aber nicht zwingend, ist für die Allianzen, dass in jedem betroffenen Mitgliedsstaat lediglich ein Einzelhändler Mitglied jeweils einer Allianz ist. Sie sind regelmäßig nicht in die warenwirtschaftlichen Beziehungen selbst eingebunden, sodass weder der Einkauf noch die Logistik durch sie gebündelt wird. Vielmehr verhandeln sie lediglich zusätzliche Konditionen, die wie Eintrittsgelder wirken, die sie aufgrund der Marktmacht ihrer Mitglieder in den jeweiligen nationalen Märkten durchsetzen können. Zudem werden die Droh- und Sanktionspotentiale der nationalen Mitglieder international durch kollektive Boykott- und Auslistungsstrategien koordiniert und verstanden. Effizienzsteigerungen durch diese Allianzen sind für den Markenverband nicht erkennbar. Sie führen lediglich dazu, dass potenziell sowohl auf Ebene der Händler wie auch auf Ebene der Hersteller durch die Eintrittsgelder und das Fehlen werthaltiger Gegenleistungen

¹ Für Markenhersteller hat Amazon nicht nur eine Doppelrolle wie ein stationärer Händler, sondern ist beim Direktvertrieb von Herstellern sogar in einer dreifachen Rolle, nämlich Kunde (Amazon als Händler), Wettbewerber (Amazon als Hersteller von Eigenmarken) und Makler (Amazon als Betreiber des Market Place).

Wettbewerbsverzerrungen zutage treten. Die Allianzen konzentrieren sich dabei in ihren Verhandlungen zwar notwendig auf international tätige Hersteller, die aber zum Teil auch mittelständisch geprägt sind. Aus Sicht des Markenverbandes ist es notwendig, klarzustellen, dass trotz der weitgehend überschneidungsfreien Mitgliedschaft in den Allianzen durch die Aggregation der Macht in verschiedenen Märkten eine Wettbewerbsbeschränkung vorliegen kann. Eine Abgrenzung zu den effizienz- und wohlfahrtssteigernden „echten“ Einkaufsallianzen kleinerer Händler und ihrer positiven Bewertung in den Horizontal-Leitlinien ist geboten.

2. Zum Wandel in der Wirtschaft

Vergleichbare Entwicklungen zu der oben beschriebenen Auflösung der klaren Wettbewerbsstrukturen beobachtet der Markenverband auch in anderen Bereichen, besonders, aber nicht nur, in der digitalen Wirtschaft. Konstellationen, wie das Verhältnis von Apple zu Spotify oder Amazon zu Netflix, sind dabei noch die einfacheren Verhältnisse. Vielfach überkreuzen sich Liefer- und Leistungsbeziehungen mit Wettbewerbskonstellationen. Nimmt man die Generierung und Bereitstellung von Daten mit hinzu, entsteht eine Gemengelage gemeinsamer Wertschöpfung, die sich traditioneller Kategorisierung entzieht.

Durch diese Vermengung, die fundamental in den Geschäftsmodellen angelegt ist, bedürfen die Beteiligten einer hohen Sicherheit über die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit der Kooperation und Interaktion mit Anderen. Diese Sicherheit stellen aktuell weder die Horizontal-GVO, noch die Horizontal-Leitlinien sicher. Für den deutschen Gesetzgeber ist das Defizit der Grund, im Rahmen der 10. GWB-Novelle in § 32c GWB-E einen Weg zur Erhöhung der Sicherheit zu suchen. Aus Sicht des Markenverbandes ist die Intention zu begrüßen, auch wenn die Umsetzung hinter den Erfordernissen zurückbleibt. Stahnke² zeigt auf, dass zur Erreichung des Ziels auch keineswegs eine Rückkehr zu Bürokratiemonstern der Freistellungsentscheidungen unter der VO 17/62 notwendig ist. Der Markenverband ermuntert die Kommission, ihre Möglichkeiten hier auszuschöpfen.

Gleichzeitig ist der Markenverband der Auffassung, dass auch jenseits förmlicher Kooperationen die Beförderung bestehenden Geschäfts und Entwicklung neuer Geschäftsmodelle durch eine veränderte Bewertung des Informationsaustausches zwischen Unternehmen hilfreich ist. Die Entwicklungen zeigen, dass eigenverantwortliche Unternehmensentscheidungen, wie sie das Selbständigkeitspostulat der europäischen Gerichte verlangt, auch dann noch möglich sind, wenn Unternehmen in einem regen Austausch auch zu wettbewerblich sensiblen Themen stehen. Die Erkenntnis, das eigene Unternehmen sei anders positioniert und verfolge (zum Teil) andere Ziele als Wettbewerber, sowie der Ehrgeiz besser zu sein als die Konkurrenz, lassen dem Informationsaustausch eher die positiven Wirkungen eines Benchmarkings angedeihen als das Stigma der Kartellbildung. Tatsächlich ermöglicht z.B. erst der umfangreiche Datenaustausch über Bestellmengen verschiedener, auch konkurrierender Händler bei verschiedenen, auch konkurrierenden Herstellern zu bestimmten Zeitpunkten etc. die notwendige Analyse, um logistische Optimierungen vornehmen zu können, die nicht nur Kosten senken, sondern durch bessere Auslastungen von Transportmitteln auch Nachhaltigkeitsziele in mehrerer Hinsicht

² NZKart 2020, 1.

verfolgen können.³ Es erscheint angemessen, Informationsaustausch nur dann als Wettbewerbsbeschränkung zu qualifizieren, wenn tatsächlich ausnahmsweise eine Nähe zur Kartellbildung im Einzelfall nachgewiesen werden kann. Verbleibt es bei der kritischen Einstellung und Klassifizierung des Informationsaustausches als potentiell Gefährdungsdelikt, so verlieren wir den Vorteil einer marktwirtschaftlichen Ordnung, der mit Hayek gerade darin besteht, dass in sie „viel mehr Wissen von Tatsachen eingeht, als irgendein einzelner Mensch oder selbst eine Organisation jemals wissen kann“⁴ und verlieren damit gerade in der modernen Wissensgesellschaft den Vorsprung, den Europa benötigt.

3. Wandel in der Gesellschaft

Die Gesellschaft und ihr Verhältnis zu ihrer Wirtschaft sind in einem umfassenden Wandel begriffen, von dem hier zwei Aspekte hervorgehoben werden sollen. Einerseits erwartet die Gesellschaft von ihrer Wirtschaft nicht mehr nur eine Versorgung mit Waren und Dienstleistungen in hoher Qualität zu angemessenen Preisen, sondern sie verlangt geradezu die Übernahme von Verantwortung gegenüber Umwelt, Gesellschaft und anderen Unternehmen, indem Unternehmen kollektiv und verbindlich auf bestimmte Handlungsoptionen im Wettbewerb verzichten, weil und soweit sie mit dieser Verantwortung in ihren unterschiedlichen Dimensionen nicht zu vereinbaren sind. Selbstverpflichtung und Selbstregulierung durch die Unternehmen werden entsprechend auch von der Politik an die Unternehmen und ihre Verbände herangetragen. Zum Zweiten erwartet die Gesellschaft von ihrer Wirtschaft nicht nur einen Verzicht auf bestimmte Optionen, sondern umgekehrt wiederum kollektiv einen positiven Beitrag zum Schutz von Klima und Umwelt und der partizipativen Gestaltung einer lebenswerten Gesellschaft.

Diese Erwartungen finden sich in den Zielen der Union nach Art. 3 Abs. 3 AEUV wieder und stehen damit neben dem Ziel einer wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft, die erst im Protokoll zum System des unverfälschten Wettbewerbs ergänzt wird. Unter der Geltung der VO 17/62 und der ausschließlichen Freistellungskompetenz der Kommission hat sie quasi selbstverständlich für sich in Anspruch genommen, diese unterschiedlichen Ziele zu harmonisieren und im Rahmen der Freistellungsentscheidung mit zu berücksichtigen. In der deutschen Literatur⁵ wird dies zum Teil auf eben diese ausschließliche Kompetenz zurückgeführt. Unter der VO 1/03 hingegen sei nicht ersichtlich, wie Unternehmen oder mitgliedstaatliche Gerichte in der Lage sein könnten, in der Auslegung von Art. 101 Abs. 3 AEUV öffentliche Interessen der Union zu berücksichtigen, die in der Vorschrift keinen Niederschlag gefunden haben. Unternehmen und nationale Wettbewerbsbehörden und Gerichte seien für eine authentische Konkretisierung und Abwägung der öffentlichen Interessen der Union nicht zuständig. Mit dem Systemwechsel von der VO 17/62 zur VO 1/03 seien daher die Abwägungsbefugnisse im Rahmen des Art. 101 Abs. 3 AEUV auf in einem weiteren Sinne wettbewerbsfördernde Gesichtspunkte reduziert. Das entspricht nicht den aktuellen Anforderungen, sodass Aufgabe der Überarbeitung der Wettbewerbsregeln für horizontale Kooperationen auch sein muss, einen Weg für die Berücksichtigung zum Beispiel von

³ Bisherige Erfahrungen mit derartigen Versuchen zeigen eine nur sehr unvollständige Hebung möglicher Effizienzvorteile wegen der zugrundegelegten wettbewerbsrechtlichen Bewertung.

⁴ F.A.v.Hayek, *Wirtschaft, Wissenschaft und Politik*, in: ders., *Freiburger Studien: gesammelte Aufsätze*, Tübingen, 1969, Seite 1-17.

⁵ Vgl. nur Mestmäcker/Schweitzer, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 3. Aufl., § 14 Rn 80.. 86

Nachhaltigkeitsvereinbarungen zu finden. Der Ausgangspunkt kann dabei ein Verständnis des Tatbestands des Art. 101 Absatz 3 AEUV sein, in dem die Fortentwicklung von Nachhaltigkeit, CSR und anderen Unionszielen auch als wirtschaftlicher Fortschritt verstanden wird. Die Beteiligung der Verbraucher am Gewinn darf dann nicht rein monetär verstanden werden. Verbesserte Klima- oder Umweltbedingungen sowie eine verbesserte Lebenssituation, etwa von Familien in Kakao- oder Bananananbaugebieten, verbesserte Arbeitsbedingungen in Textilfabriken etc. und die damit einhergehende bessere Aussicht auf einen weiterreichenden sozialen Frieden können als Vorteil und damit nicht monetärer Gewinn auch für die Verbraucher in Europa gesehen werden. Das gilt auch dann, wenn aus der entsprechenden Nachhaltigkeitsvereinbarung der Unternehmen zunächst einmal Zusatzkosten für den Verbraucher entstehen können.⁶

Die Möglichkeit der Standardisierung reicht aus Sicht des Markenverbandes nicht aus, um diese Integration, insbesondere der Nachhaltigkeitsziele der Union, in die Wettbewerbsregeln zu gewährleisten. Umgekehrt erscheint es notwendig, inhaltliche Konkretisierungen vorzunehmen und somit Maßstäbe für die Abwägung zu verdeutlichen. Dazu eignen sie die Horizontal-Leitlinien u.U. sogar noch stärker eine Nachhaltigkeits-GVO.

Berlin, den 12.02.2020

gez. Dr. Andreas Gayk

⁶ Komm. 24.1.1999, ABl. EG 2000 Nr. L 187/47 „CECED“