

**Prof. Dr. Frank A. Immenga**, LL.M. (Emory), Attorney at Law (N.Y.), ist RA in Frankfurt a.M. und Inhaber einer Professur für Bürgerliches Recht, Wettbewerbsrecht und gewerblichen Rechtsschutz an der Hochschule Trier am Umwelt-Campus Birkenfeld.



## Preispflegemaßnahmen im Fokus der Kartellbehörden: Der Druck auf den (Online-)Handel nimmt zu!

Ausgangssituation: Der Hersteller hat naturgemäß ein Interesse an der Einhaltung eines gewissen Preisniveaus durch den Handel und übt „Druck“ auf den Handel aus, damit dieser seine unverbindlichen Preisempfehlungen einhält. Dieser Druck erhöht sich in den letzten Jahren für den Online-Handel. Denn die (Notwendigkeit der) Erhaltung der Wettbewerbs- und Überlebensfähigkeit des stationären Handels führt dazu, dass der Hersteller ein zusätzliches Interesse an der Einhaltung eines übergreifenden (einheitlichen) Preisniveaus hat. Darüber hinaus übt nun aber auch der stationäre Handel (seinerseits) Druck auf den Hersteller aus, damit dieser wiederum Druck auf den Online-Handel ausübt, um ein übergreifendes (einheitliches) Preisniveau zu gewährleisten. Der Online-Handel steckt damit in der Zange von Herstellern und stationärem Handel.

Die *Sektorenuntersuchung zum elektronischen Handel* der Europäischen Kommission aus dem Jahr 2017 reflektiert naturgemäß, dass preisbezogene Maßnahmen die mit Abstand am weitesten verbreitete Beschränkung darstellen. Insofern berichteten 42 % der Händler von herstellerseitigen Preisempfehlungen oder Beschränkungen in Bezug auf die Festsetzung der Weiterverkaufspreise. Vier von fünf der befragten Hersteller gaben an, mit (kartellrechtlich zulässigen) unverbindlichen Preisempfehlungen zu arbeiten. Fast 30 % der Hersteller gaben an, die Weiterverkaufspreise ihrer Händler systematisch zu beobachten (zunehmend durch Preisssoftware). Diese hohe Preistransparenz führt dazu, dass die Hersteller die Preisgestaltung zunehmend überwachen und beeinflussen. Vor diesem Hintergrund erhöht sich der Druck auf die Preise des Online-Handels.

Dieser Druck kann für Hersteller und Händler unangenehme (kartellrechtliche) Folgen haben. Denn es droht ein Verstoß gegen das Preisbindungsverbot der zweiten Hand. Hier steht derzeit das Rechtsinstitut der Preisempfehlung im Zentrum zahlreicher Verfahren. Im Grundsatz gilt: Preisempfehlungen sind unbedenklich – solange sie unverbindlich sind. Fehlt es an der Unverbindlichkeit und werden sie bspw. durch Druckausübung des die Empfehlung aussprechenden Herstellers und anschließende Befolgung durch den Händler verbindlich – entsteht eine kartellrechtswidrige Preisbindung. Die Gretchenfrage lautet daher: Wann liegt eine „Druckausübung“ des Herstellers vor? Aber: Ist es überhaupt gerechtfertigt, (auch) dem Händler in einer solchen Situation ein Bußgeld aufzuerlegen?

Die Europäische Kommission hat mit ihrer Sektorenuntersuchung und den zuletzt eröffneten Verfahren aufgezeigt, dass sie künftig einen stärkeren Fokus auf vertikale Beschränkungen legen wird. Auch wenn sie keine weitere Hilfestellung (außer in der Vertikal-GVO und den damit verbundenen Vertikal-Leitlinien) zur Beurteilung der Druckausübung gibt, so hat sie zumindest kürzlich in einem Fall von Preispflegemaßnahmen den Händler „beschützt“

und das Verfahren lediglich gegen die Hersteller eröffnet. Das Bundeskartellamt hat zwar im vergangenen Jahr bei vertikalen Preisbindungspraktiken (*P&C/Wellensteyn*) dem Hersteller und dem Händler ein Bußgeld auferlegt. Dies war jedoch ein spezieller Fall, da die Beteiligten „systematisch“ und zudem auch gegen andere Händler vorgegangen sind. Insofern gibt es keine Entscheidung, in welcher der Händler für die (reine) Befolgung einer Preisempfehlung (auf Druck des Herstellers) ein Bußgeld zahlen musste.

Das Bundeskartellamt hat 2017 versucht, seine Erkenntnisse in Form von *Hinweisen zum Preisbindungsverbot im Bereich des stationären Lebensmittel Einzelhandels* zu präzisieren. Leider hat es jedoch in seiner (gut gemeinten) Handreichung zahlreiche (vereinfacht dargestellte) Fallbeispiele aufgeführt, welche fast jegliche Preiskommunikation zwischen Herstellern und Händlern über den Ladenverkaufspreis unter Generalverdacht stellt. Naturgemäß stellt sich die Frage, ob diese pauschale (rechtliche) Sichtweise in Bezug auf die „Druckausübung“ noch praxisgerecht ist. Wird die Rechtspraxis hier möglicherweise von dem tatsächlichen Marktgeschehen überholt?

Wie ist das Dilemma zu lösen? Selbstverständlich nicht dadurch, dass die Hersteller ihren Mitarbeitern verbieten, die Händler anzurufen und/oder dass die Händler ihren Mitarbeitern in der Compliance-Schulung beibringen, sogleich den Hörer aufzulegen bzw. jegliche Kommunikation über Preise zu verweigern.

Zunächst sollte nicht in jeder Form der Preiskommunikation ein „deutliches Indiz“ für eine kartellrechtswidrige Preisbindung gesehen werden. Trotz möglicher Beweisschwierigkeiten wird man immer nach der Art der Kontaktaufnahme und dem Gesprächsinhalt sowie der Umsetzung durch den Händler differenzieren müssen. Insofern wird auch der Händler nicht jegliche Preiskommunikation als (unzulässigen) Angriff auf seine Preisgestaltungshoheit verstehen dürfen. Preiskommunikation ist nun einmal für den Hersteller erforderlich. Ohne Kenntnis der Reaktionen des Marktes auf eine bestimmte Preisgestaltung kann der Hersteller keine vernünftige Preisempfehlung aussprechen. Eine sachgerechte Führung der Marke ist dann nicht möglich.

Fazit: Der Handel kann dem Druck der Hersteller oft nicht standhalten. Es ist daher aus wettbewerbspolitischer Sicht begrüßenswert, dass der Händler in den „Druckausübungsfällen“ von einer Geldbuße verschont bleibt. Festzuhalten ist aber insbesondere, dass die Preiskommunikation einen elementaren Bestandteil des Geschäftslebens darstellt. Sie determiniert die Geschäftsstrategie und ihr Ergebnis ist ein mächtiger Aktionsparameter im Wettbewerb. Die Ausweitung der kartellrechtlichen Inkriminierung auf jedwede Form der koordinierten (vertikalen) Preiskommunikation führt jedoch zu einer (Über-)Regulierung der vertikalen Preis- und Markenpflege. Dies stellt ein großes Gefährdungspotential für Hersteller und Händler dar.

*Die Ausweitung der kartellrechtlichen Inkriminierung auf jedwede Form der koordinierten (vertikalen) Preiskommunikation stellt ein großes Gefährdungspotential für Hersteller und Händler dar*