

## CB-BEITRAG

Dr. Friedrich Scheuffele, RA

# Neues zu Hochzeitsrabatten – Konkretisierungen des sog. Anzapfverbots durch Gesetzgebung und Rechtsprechung

Kürzlich hat der BGH, mit seiner Entscheidung zu Hochzeitsrabatten, die Grenze zulässiger Verhandlungsführung marktstarker Nachfrager gegenüber den von ihnen abhängigen Lieferanten neu justiert. Parallel wurde auch der Gesetzgeber im Rahmen der 9. GWB-Novelle tätig, der das sog. Anzapfverbot des § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB konkretisiert hat. Über den Lebensmittelbereich und Maßnahmen zur Hebung von Synergien nach einem Zusammenschluss hinaus ist die Entwicklung für die Beurteilung der besonderen Rücksichtnahmegebote von Relevanz, denen nach deutschem Kartellrecht nicht nur marktbeherrschende, sondern auch – im Verhältnis zu den von ihnen abhängigen Lieferanten – relativ marktstarke Nachfrager unterliegen. Der nachfolgende Beitrag skizziert die – auch im Rahmen von Compliance-Programmen zu berücksichtigenden – Neuerungen in Rechtsprechung und Gesetzgebung und unternimmt eine erste Würdigung des aktuellen Rechtsstandes.

## I. Einleitung

Im Lebensmitteleinzelhandel in Deutschland herrscht, auch wenn die vier Großen (Edeka, Rewe, Lidl/Kaufland und Aldi) einen Anteil von rund 85% der Nachfragevolumina auf sich vereinen<sup>1</sup>, ein harter Preiskampf. Im Vergleich zum Ausland sind die Preise für die Verbraucher merklich günstiger.<sup>2</sup> Insoweit funktioniert der Wettbewerb und zeitigt die gewollten Ergebnisse. Allerdings stellt sich die Frage, inwieweit dies zu Lasten der Hersteller geht, für die der Lebensmitteleinzelhandel den weitaus bedeutendsten Absatzkanal darstellt. Lieferanten sehen sich, auch in anderen Branchen – z.B. Zulieferer in der Automobilindustrie – regelmäßig harten Preisverhandlungen ausgesetzt und in der Rolle der gegen die Goliaths ankämpfenden Davids. Zwar gehört hartes Verhandeln im Rahmen eines funktionierenden Wettbewerbs zur Marktwirtschaft. Verboten ist demgegenüber nicht leistungsgerechtes Wettbewerbsverhalten in Form missbräuchlicher Ausnutzung von Nachfragemacht.<sup>3</sup>

## II. Das sog. Anzapfverbot des § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB

§ 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB verbietet marktbeherrschenden und relativ marktmächtigen Unternehmen, andere Unternehmen dazu aufzufordern, ihnen ohne sachlich gerechtfertigten Grund Vorteile zu gewähren.

### 1. Normadressaten

Adressaten dieses sog. Anzapfverbots sind marktbeherrschende Unternehmen (§ 18 GWB) und Unternehmen, von denen andere Unternehmen i. S. v. § 20 Abs. 2 GWB abhängig sind.

### a) Marktbeherrschung

Marktbeherrschung ist in § 18 GWB näher definiert, wobei eine marktbeherrschende Stellung erst ab einem Marktanteil von mindestens 40% vermutet wird. Dieser Maßstab ist zur Erfassung bilateraler Ungleichgewichte in Verhandlungen zwischen Händlern und Herstellern aber regelmäßig zu grob. Gerade im Lebensmitteleinzelhandel liegt keine Einzelmarktbeherrschung vor, und die Annahme gemeinsamer Marktbeherrschung durch ein wettbewerbsloses Nachfrageoligopol der vier großen Marktakteure scheidet schon wegen der oft exzessiven Machtausübung in den Einkaufsverhandlungen aus.<sup>4</sup>

### b) Relative Marktmacht

Vorrangiger Anwendungsbereich des Anzapfverbots ist daher das bilaterale Kräfteverhältnis von Lieferant und Händler, das unter dem Aspekt der Abhängigkeit bzw. relativen Marktmacht zu beurteilen ist, § 20 Abs. 2 GWB.<sup>5</sup> Unter Verweis auf § 20 Abs. 1 S. 1 GWB führte der BGH in seiner ersten zum Anzapfverbot ergangenen Entscheidung „Konditionenanpassung“<sup>6</sup> aus, dass Abhängigkeit dann vorliegt, wenn keine ausreichenden zumutbaren Möglichkeiten des Lieferanten bestehen, auf andere Unternehmen auszuweichen.

1 Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel, September 2014, S. 401.

2 Vgl. Eufinger/Maschmer, ZLR 2015, 37.

3 Vgl. Bunte, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, 13. Aufl. 2018, Einleitung GWB Rn. 151.

4 Nothdurft, in: Langen/Bunte (Fn. 3), § 20 Rn. 87; Eufinger/Maschmer, ZLR 2015, 37, 40f.

5 Nothdurft, in: Langen/Bunte (Fn. 3), § 20 Rn. 85.

6 BGH, 24.9.2002 – KVR 8/01, NJW 2003, 205.

Die Entscheidung betraf die Abänderung bestehender Jahresvereinbarungen durch Metro nach Übernahme des kleineren Mitbewerbers Allkauf, nach Maßgabe der jeweils günstigeren Konditionen rückwirkend auf den Zeitpunkt des wirtschaftlichen Übernahmestichtags. Das Bundeskartellamt (BKartA) hatte ohne weitere Untersuchungen eine Abhängigkeit von Metro immer dann angenommen, wenn der jeweilige Lieferant wenigstens 7,5% seines Umsatzes mit Metro-Gesellschaften abwickelte. Demgegenüber akzeptierte der BGH Schwellenwerte nur unter der Voraussetzung, dass diese aus den Verhältnissen auf dem konkreten Markt der in Rede stehenden Produkte des jeweiligen Lieferanten abgeleitet sind. Selbst eine Absatzquote von deutlich mehr als 10% müsse keine Abhängigkeit begründen, wenn der Händler darauf angewiesen ist, gerade die Produkte des betreffenden Lieferanten im Sortiment zu führen.<sup>7</sup>

## 2. Verbotenes Verhalten

§ 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB verbietet die Aufforderung zur Vorteilseinräumung ohne sachliche Rechtfertigung.

### a) Vorteile

Während die wohl überwiegende Auffassung jede Besserstellung gegenüber der bisherigen Lage des Begünstigten ausreichen lässt<sup>8</sup>, fordern andere eine Besserstellung gegenüber vergleichbaren Nachfragern<sup>9</sup> oder gegenüber dem, was – unter Berücksichtigung eines Sicherheitszuschlages – bei objektiver Betrachtung etwa gleich marktmächtige Unternehmen vernünftigerweise ausgehandelt hätten.<sup>10</sup>

### b) Aufforderung

Schon der Versuch, einen Vorteil zu erlangen, d. h. insoweit die freie Willensentscheidung des Adressaten zu beeinflussen, reicht für eine „Aufforderung“ aus. Um dies klarzustellen, wurde im Rahmen der 9. GWB-Novelle 2017 die bisherige Alternative des „Veranlassens“ ersatzlos gestrichen.<sup>11</sup> Die Einwirkung kann ausdrücklich oder konkludent in Form eines (erfolglosen) Aufforderns oder (erfolgreichen) Veranlassens zur Vorteilsgewährung erfolgen.<sup>12</sup>

Aufgrund Streichung des Tatbestandsmerkmals „Ausnutzung von Marktmacht“ durch die 9. GWB-Novelle 2017 kommt es zudem auf die zuvor bestandene Streitfrage, ob eine Kausalität zwischen Marktmacht und der Aufforderung erforderlich ist<sup>13</sup>, nicht mehr an.<sup>14</sup>

### c) Fehlen sachlicher Rechtfertigung

Die Aufforderung zur Vorteilsgewährung muss schließlich ohne sachlich gerechtfertigten Grund erfolgen. Insoweit ist eine Interessenabwägung im Einzelfall unter Beachtung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB erforderlich.<sup>15</sup>

Im Interesse der Rechtssicherheit<sup>16</sup> wurde im Rahmen der 9. GWB-Novelle 2017 § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB dahin ergänzt, dass insbesondere zu berücksichtigen ist, ob die Aufforderung für das andere Unternehmen nachvollziehbar begründet ist und ob der geforderte Vorteil in einem angemessenen Verhältnis zum Grund der Forderung steht. Das Transparenzgebot soll laut Regierungsbegründung eine Überprüfung der Rechtfertigung für die Forderung des Vorteils bzw. der bestehenden Gegenleistung ermöglichen. Das Angemessenheitsgebot betrifft die Verhältnismäßigkeit von Vorteil und dem Grund bzw. der Gegenleistung für die Forderung.<sup>17</sup>

Besteht ein offensichtliches Missverhältnis, so stellt dies nach der Begründung ein Indiz für das Fehlen der sachlichen Rechtfertigung dar. Regelmäßig ausgeschlossen soll eine Rechtfertigung sein, wenn jenseits der zivilrechtlichen Möglichkeiten in bestehende

Vertragsbeziehungen eingegriffen oder eine rückwirkende Konditionenanpassung vorgenommen werden soll, oder wenn es an jeglicher Gegenleistung fehlt.<sup>18</sup>

## III. Das Missbrauchskontrollverfahren „Hochzeitsrabatte“

Mit dem kürzlich abgeschlossenen Missbrauchskontrollverfahren „Hochzeitsrabatte“ wurde das Anzapfverbot einem Praxistest unterzogen. Das Verfahren endete, nach wechselvollem Verlauf, der auch den Gesetzgeber auf den Plan rief<sup>19</sup>, mit der bisher zweiten höchstgerichtlichen Entscheidung zum Anzapfverbot.<sup>20</sup>

### 1. Sachverhalt

Nach der Ende 2008 erfolgten Übernahme von rund 2.300 Filialen des Lebensmitteleinzelhändlers Plus zwecks Integration in die eigene Discount-Schiene „Netto“ führte EDEKA in den ersten Monaten des Jahres 2009 mit rund 500 Lieferanten aus fast allen Warenbereichen „Sonderverhandlungen“. EDEKA forderte rückwirkend zum 1.1.2009 einen „Bestwertabgleich“ mit den bisherigen „Plus“-Preisen unter Heranziehung verschiedener in der Vergangenheit liegender Stichtage, eine „Anpassung der Zahlungsziele“ sowie die Zahlung eines dauerhaften „Synergiebonus“ für potentielle Kosteneinsparungen bei den Lieferanten, einer „Partnerschaftsvergütung“ für Filialrenovierungen sowie eines „Sortimentserweiterungsbonus“ für die Möglichkeit zusätzlicher Listungen in neuen Filialen.

Aufgrund einer Beschwerde des Markenverbands und im Fusionskontrollverfahren vorgelegter Dokumente, wonach EDEKA die Übernahme von Plus u. a. mit Zahlungen seitens der Lieferanten finanzieren wollte, erfolgte im April 2009 eine Durchsuchung der EDEKA-Zentrale wegen des Verdachts eines Verstoßes gegen das Anzapfverbot. Da die Auswertung sichergestellter Unterlagen und die Einvernahme von Zeugen aus dem beispielhaft ausgewählten Produktmarkt Sekt den Verdacht des BKartA bestätigten, stellte dieses eine Zuwiderhandlung nach § 32 Abs. 3 GWB fest.

Mit dieser Entscheidung sollte die Grenzziehung zwischen kartellrechtlich zulässigen „harten Verhandlungen“ und missbräuchlicher

7 BGH, 24.9.2002 – KVR 8/01, NJW 2003, 205, 207.

8 *Markert*, in: Immenga/Mestmäcker, 5. Aufl. 2014, § 19 GWB Rn. 376; *Nothdurft*, in: Langen/Bunte (Fn. 3), § 19 GWB Rn. 241; *Westermann*, in: Münchener Kommentar, Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2015, § 19 GWB Rn. 182.

9 *Busche*, in: Busche/Röhling, Kölner Kommentar zum Kartellrecht, 1. Auflage 2017, § 19 GWB Rn. 185.

10 *Lettl*, WRP 2017, 641, 645.

11 BT-Drucks. 18/10207, S. 52.

12 *Busche*, in: Busche/Röhling (Fn. 9), § 19 GWB Rn. 183.

13 *Busche*, in: Busche/Röhling (Fn. 9) § 19 GWB Rn. 184 i. S. e. „normativen Kausalität“; *Eufinger*, ZVertriebsR 2014, 206, 208: Vermutung, aber nicht erforderlich, dass Händler ohne Marktmacht Vorteil nicht hätte erlangen können.

14 BT-Drucks. 18/10207, S. 52.

15 *Busche*, in: Busche/Röhling (Fn. 9), § 19 GWB Rn. 186; *Spenner*, in: Flohr/Wauschkuhn, Vertriebsrecht, 2. Aufl. 2018, § 19 GWB Rn. 156; *Nothdurft*, in: Langen/Bunte (Fn. 3), § 19 GWB Rn. 244.

16 BT-Drucks. 18/10207, S. 52.

17 BT-Drucks. 18/10207, S. 52.

18 BT-Drucks. 18/10207, S. 52.

19 BT-Drucks. 18/10207, S. 52.

20 Erste Entscheidung: BGH, 24.9.2002 – KVR 8/01, NJW 2003, 205.

Ausnutzung von Nachfragemacht verdeutlicht und eine Reihe von Forderungen, die – anders als der Bestwertabgleich<sup>21</sup> – noch nicht Gegenstand eines Missbrauchskontrollverfahrens waren, einer kartellrechtlichen Überprüfung unterstellt werden.<sup>22</sup> Darüber hinaus kommunizierte das BKartA seine „vorläufige Auffassung“, dass die von ihm beanstandeten Verhaltensweisen auch im Rahmen gewöhnlicher Jahresgespräche, also außerhalb von Hochzeitsrabatten, missbräuchlich gewesen wären.<sup>23</sup>

## 2. BKartA, 3.7.2014 – B2-58/09

### a) Relative Marktmacht

Das BKartA würdigte zur Feststellung der Normadressatenschaft von EDEKA deren generelle Marktposition auf den Absatz- und Beschaffungsmärkten des Lebensmitteleinzelhandels in Deutschland, die konkrete Marktposition auf dem betroffenen Beschaffungsmarkt (Sekt) sowie die individuellen, bilateralen Beziehungen zwischen den vier Sektherstellern und EDEKA.<sup>24</sup> Auf dieser Analysegrundlage bejahte das BKartA Abhängigkeit jeweils in Ermangelung ausreichender und zumutbarer Möglichkeiten für die Lieferanten, auf andere Abnehmer auszuweichen.

### b) Vorteil ohne sachlich gerechtfertigten Grund

Zwecks Beurteilung, ob die Forderungen ohne sachlich gerechtfertigten Grund erhoben wurden, untersuchte das BKartA die einzelnen EDEKA-Forderungen jeweils darauf, ob ein Leistungsbezug (z. B. Mengenrabatt wegen künftig größerer Abnahmemenge oder Bonuszahlung für konkrete zusätzliche Leistungen von Produkten) gegeben war und ob die Forderungen, Grund und jeweilige Berechnung für den Lieferanten jeweils nachvollziehbar und angemessen waren.<sup>25</sup> Die Angemessenheit wurde anhand des Verhältnisses zwischen der Höhe der Forderung und der Höhe oder Bedeutung der damit verbundenen Gegenleistung gewürdigt, wobei das BKartA nur überprüfte, ob offensichtlich keine Angemessenheit vorlag.<sup>26</sup>

## 3. OLG Düsseldorf, 18.11.2015 – VI-Kart 6/14 (V)

Das OLG Düsseldorf hob die Entscheidung des BKartA auf, da die beanstandeten Verhaltensweisen teilweise schon in tatsächlicher Hinsicht nicht dargetan seien (so sei z. B. der Synergiebonus auf messbare Synergievorteile gestützt gewesen<sup>27</sup>). Im Übrigen seien die geforderten Vorteile jedenfalls sachlich gerechtfertigt, die Frage des Vorliegens von Abhängigkeit blieb offen.<sup>28</sup>

### a) Vorteil ohne sachlich gerechtfertigten Grund

Die Beurteilung der sachlichen Rechtfertigung erfordere eine umfassende Interessenabwägung unter Berücksichtigung der konkreten Marktstärke und des damit verbundenen Ausmaßes der Wettbewerbsbeeinträchtigung.

Dabei sei die Verpflichtung zur Rücksichtnahme auf die wettbewerblichen Betätigungsmöglichkeiten anderer – d. h. der Sekthersteller – umso größer, je stärker die tatsächliche Marktmacht des Normadressaten ist und je weniger wettbewerbliche Betätigungs- und Ausweichmöglichkeiten infolgedessen seine Wettbewerber, Lieferanten oder Abnehmer haben. Eine Rechtfertigung sei umso eher zu verneinen, als der Lieferant ein kleines oder mittleres Unternehmen ist. Von finanzkräftigen und in allen Segmenten/Regionen verankerten bekannten Markenherstellern könne demgegenüber erwartet werden, dass sie Forderungen nach ungerechtfertigten Vorteilen ohne nachteilige Folgen auf die Geschäftsbeziehung zum Nachfrager zurückweisen.<sup>29</sup>

Darüber hinaus sei bei der Interessenabwägung der Grundsatz der Leistungsgerechtigkeit zu berücksichtigen, aber nicht allein ausschlaggebend. Auch wenn keine oder keine angemessene Gegenleistung den Forderungen gegenüberstehe, komme es immer noch darauf an, ob der zu beurteilende Vorteil auf einer Ausnutzung von Marktmacht beruhe. Dies sei dann der Fall, wenn Nachfrager ohne entsprechende Marktmacht den jeweiligen Vorteil regelmäßig unter vergleichbaren Bedingungen nicht fordern könnten.<sup>30</sup>

### b) Kausalität der Ausnutzung von Marktmacht

Das OLG Düsseldorf sah die von EDEKA nach dem Bestwertabgleich erhobenen Forderungen nicht als Ausnutzung von Marktmacht an. Da die Sekthersteller einen Umsatzschwellenwert von 250 Mio. EUR jeweils deutlich überschritten, wurden sie als große Unternehmen beurteilt.<sup>31</sup> EDEKA wiederum sei als Vollsortimenter auf die Artikel der Sekthersteller angewiesen gewesen,<sup>32</sup> so dass diese über hinreichend Gegenmacht verfügten.<sup>33</sup>

Dementsprechend sei durch die zum Auftakt der Verhandlungen verlangten Preisanpassungen und Ausgleichszahlungen ein kaufmännischer Verhandlungsprozess eröffnet worden, wie er typischerweise nur unter annähernd gleich starken Verhandlungspartnern stattfindet.<sup>34</sup> Allen vier Sektherstellern sei es gelungen, die Forderungen der kompromissbereiten EDEKA erheblich zu verringern und gewichtige Gegenleistungen auszuhandeln.<sup>35</sup> Zwei Verhandlungsführer hätten das ausgehandelte Gesamtkonditionspaket als für ihre Unternehmen aus nachträglicher Sicht sogar als wirtschaftlich vorteilhaft beurteilt.<sup>36</sup>

## 4. BGH, 23.1.2018 – KVR 3/17

Der BGH bejahte demgegenüber die Missbräuchlichkeit der – noch revisionsgegenständlichen – rückwirkenden Anpassung auf das für Plus vereinbarte Zahlungsziel, des Bestwertabgleichs mit historischen Plus-Preisen und der Partnerschaftsvergütung für Renovierung und Modernisierung der Plus-Filialen.<sup>37</sup>

### a) Relative Marktmacht

#### aa) Rechtliche Relevanz von Gegenmacht

Die für das OLG Düsseldorf unter dem Aspekt der sachlichen Rechtfertigung ausschlaggebende Gegenmacht ist laut BGH ausschließlich bei der Frage der Abhängigkeit zu berücksichtigen. Sei diese gegeben, könne sich die sachliche Rechtfertigung nicht (noch einmal) aus der Gegenmacht ergeben.<sup>38</sup>

21 BGH, 24.9.2002 – KVR 8/01.

22 BKartA, 3.7.2014 – B2-58/09, Rn. 14.

23 BKartA, 3.7.2014 – B2-58/09, Rn. 525.

24 BKartA, 3.7.2014 – B2-58/09, Rn. 110.

25 BKartA, 3.7.2014 – B2-58/09, Rn. 266.

26 BKartA, 3.7.2014 – B2-58/09, Rn. 265, 267.

27 OLG Düsseldorf, 18.11.2015 – VI-Kart 6/14 (V), Rn. 41.

28 OLG Düsseldorf, 18.11.2015 – VI-Kart 6/14 (V), Rn. 16.

29 OLG Düsseldorf, 18.11.2015 – VI-Kart 6/14 (V), Rn. 65.

30 OLG Düsseldorf, 18.11.2015 – VI-Kart 6/14 (V), Rn. 66.

31 OLG Düsseldorf, 18.11.2015 – VI-Kart 6/14 (V), Rn. 80.

32 OLG Düsseldorf, 18.11.2015 – VI-Kart 6/14 (V), Rn. 81.

33 OLG Düsseldorf, 18.11.2015 – VI-Kart 6/14 (V), Rn. 78.

34 OLG Düsseldorf, 18.11.2015 – VI-Kart 6/14 (V), Rn. 85.

35 OLG Düsseldorf, 18.11.2015 – VI-Kart 6/14 (V), Rn. 89.

36 OLG Düsseldorf, 18.11.2015 – VI-Kart 6/14 (V), Rn. 90.

37 BGH, 23.1.2018 – KVR 3/17, Rn. 1 ff.

38 BGH, 23.1.2018 – KVR 3/17, Rn. 26; vgl. zur Problematik der Abgrenzung zwischen Abhängigkeit und Rechtfertigung schon Köhler, LMK 2003, 30, 31.

Zwar mag im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung im Einzelfall berücksichtigt werden, wie sich die Aufforderung letztlich in den Verhandlungsergebnissen niedergeschlagen hat. Allerdings verbietet § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB bereits die Aufforderung, so dass das Verhandlungsergebnis für die sachliche Rechtfertigung nur dann ausnahmsweise Bedeutung gewinnen kann, wenn zuverlässig darauf zu schließen ist, dass der geforderte Vorteil auch zum Zeitpunkt der Aufforderung durch den Normadressaten leistungsgerecht war.<sup>39</sup>

#### bb) Normadressateneigenschaft

Der BGH bejahte relative Marktmacht von EDEKA gegenüber den vier Sektherstellern. EDEKA habe bei zwei Herstellern einen Anteil am Gesamtumsatz von jeweils 30 bis 40% und bei den anderen von 20 bis 30% bzw. 10 bis 20% gehabt. Aufgrund i. d. R. ausgeschöpfter Aufnahmekapazitäten und laufender anderweitiger Verträge stellten andere Nachfrager nur eine begrenzte Ausweichmöglichkeit bei unterjährigen Auslistungen dar. Auch gesteigerte Vermarktungsaktionen bei anderen wichtigen Abnehmern hätten entfallende EDEKA-Umsätze in Anbetracht wenig ausgeprägter Markenbindung allenfalls geringfügig kompensiert.<sup>40</sup>

Dieser Abhängigkeit stünde auch keine Gegenmacht der Sekthersteller entgegen. Anders als vom OLG Düsseldorf angenommen, ist die Größe des abhängigen Unternehmens seit der sog. Preismissbrauchs-Novelle 2007 nicht mehr von Relevanz.<sup>41</sup> Dass alle vier Sekthersteller bekannte und von den Kunden von EDEKA erwartete Markenartikel in ihrem Sortiment gehabt hätten, war ebenso wenig ausschlaggebend wie der Umstand, dass in der Vergangenheit weder einer der Sekthersteller komplett noch eine seiner Hauptmarken aufgelistet worden waren.

Der BGH sah eine Abhängigkeit begründende Asymmetrie darin begründet, dass beim vollständigen Scheitern der Vertragsverhandlungen auf Seiten von EDEKA lediglich deren Absatzinteresse an gewissen Kernprodukten aus dem Sortiment der Lieferanten betroffen gewesen wäre. Demgegenüber wäre bei den Sektherstellern der Gesamtumsatz mit EDEKA, ohne dass eine anderweitige Kompensation zu erwarten gewesen wäre, fortgefallen.<sup>42</sup>

#### b) Vorteil ohne sachlich gerechtfertigten Grund

##### aa) Vorteil

Das Tatbestandsmerkmal „Vorteil“ umfasst nach Auffassung des BGH jede Besserstellung des Normadressaten gegenüber dem bisherigen Zustand. Vergünstigungen, die bei objektiver Betrachtung aus Sicht des Adressaten der Forderung im Synallagma von Leistung und Gegenleistung stehen, stellen demgegenüber keinen Vorteil dar. Darauf, ob gegenüber Wettbewerbern des Händlers eine Besserstellung erfolgt, kommt es nicht an. Vielmehr erkannte der BGH nunmehr neben dem horizontalen auch einen vertikalen Schutzzweck des Anzapfverbots im Verhältnis zwischen Nachfrager und Anbieter an.<sup>43</sup>

##### bb) Aufforderung

Eine Aufforderung liegt nach Auffassung des BGH schon dann vor, wenn der Normadressat auf Lieferanten oder Abnehmer im Zuge von Verhandlungen oder anderweitig mit dem Ziel einwirkt, Vorteile zu erlangen.<sup>44</sup> Erfasst ist schon die erste und ggf. erfolglose Aufforderung, unabhängig davon, wie sich die Aufforderung im Ergebnis der späteren Verhandlungen niederschlägt.<sup>45</sup>

Mit Blick auf die Zulässigkeit „harter Verhandlungen“, was als Bestandteil eines funktionsfähigen Wettbewerbs auch marktstarken

Unternehmen in wettbewerbskonformer Weise unbenommen sein müsse, nimmt der BGH eine Eingrenzung des Anzapfverbots erst im Rahmen der Prüfung der sachlichen Rechtfertigung vor.<sup>46</sup>

#### cc) Fehlen sachlicher Rechtfertigung

Eine leistungsgerechte und damit sachlich gerechtfertigte Forderung kann laut BGH umso eher anzunehmen sein, wenn der Normadressat seine Forderungen sowie deren Grund oder Gegenleistung für den Lieferanten nachvollziehbar begründet und berechnet. Jedenfalls bis zum Inkrafttreten der 9. GWB-Novelle 2017 konnte die Leistungsgerechtigkeit aber unabhängig von den nunmehr gem. § 19 Abs. 2 Nr. 5 HS. 2 GWB geforderten Darlegungen gegenüber Lieferanten auf jede andere Weise belegt werden.<sup>47</sup>

#### aaa) Vermutung bei fehlender Leistungsgerechtigkeit

Nicht leistungsgerecht sind Vorteile, die ihren Grund weder in der Menge der abgenommenen Waren oder Leistungen noch in den übernommenen Funktionen, Serviceleistungen oder anderen betriebswirtschaftlich kalkulierbaren Gegenleistungen des Nachfragers haben.<sup>48</sup> In Fällen eines offensichtlichen Missverhältnisses besteht eine widerlegbare Vermutung, dass die Forderung nur aufgrund der Marktmacht erhoben wird und sachlich nicht gerechtfertigt ist.<sup>49</sup>

Anders als das BKartA hält der BGH eine Gesamtbetrachtung des Leistungspakets für erforderlich, da kaufmännisch die Vorteilhaftigkeit eines Geschäfts unter Berücksichtigung aller zu erbringenden Leistungen und gewährten Gegenleistungen beurteilt wird.<sup>50</sup> Dabei sind aber nur die dem Geschäftspartner gleichzeitig mit der Forderung mitgeteilten, ihm bereits zuvor bekannten oder für ihn im Zeitpunkt der Aufforderung jedenfalls objektiv erkennbaren, Aspekte zu berücksichtigen. Soweit das letztlich ausgehandelte Gesamtkonditionenpaket aus nachträglicher Sicht als für die betroffenen Unternehmen wirtschaftlich vorteilhaft beurteilt wird, lässt dies keine Rückschlüsse auf die Leistungsgerechtigkeit der Forderung im Zeitpunkt der Aufforderung zu.<sup>51</sup>

Bestwertabgleich und Anpassung der Zahlungsziele waren im Zeitpunkt der Aufforderung mit keinerlei objektiv erkennbaren, geschweige denn angemessenen Gegenleistungen, z. B. erhöhten oder für eine bestimmte Dauer garantierten Abnahmemengen oder einer längerfristigen Absicherung des Lieferantenstatus, verbunden. Sie waren somit nicht nur nicht leistungsgerecht, sondern begründeten ein offensichtliches Missverhältnis, was die Vermutung sachlich nicht gerechtfertigter Forderungen begründete.<sup>52</sup>

39 BGH, 23.1.2018 – KVR 3/17, Rn. 31.

40 BGH, 23.1.2018 – KVR 3/17, Rn. 42.

41 BGH, 23.1.2018 – KVR 3/17, Rn. 45.

42 BGH, 23.1.2018 – KVR 3/17, Rn. 47.

43 BGH, 23.1.2018 – KVR 3/17, Rn. 57; noch offen gelassen von BGH, 24.09.2002 – KVR 8/01, NJW 2003, 205.

44 BGH, 23.1.2018 – KVR 3/17, Rn. 67.

45 BGH, 23.1.2018 – KVR 3/17, Rn. 61 ff.

46 BGH, 23.1.2018 – KVR 3/17, Rn. 66; schon bei der Aufforderung thematisierend: *Spenner*, in: Flohr/Wauschkuhn (Fn. 15), § 19 GWB Rn. 154.

47 BGH, 23.1.2018 – KVR 3/17, Rn. 23.

48 BGH, 23.1.2018 – KVR 3/17, Rn. 18.

49 BGH, 23.1.2018 – KVR 3/17, Rn. 19.

50 BGH, 23.1.2018 – KVR 3/17, Rn. 21.

51 BGH, 23.1.2018 – KVR 3/17, Rn. 33.

52 BGH, 23.1.2018 – KVR 3/17, Rn. 69.

Mit der Partnerschaftsvergütung i. H. v. 4 % der Plus-Umsätze hatte der BGH Gelegenheit zur Stellungnahme zu der Streitfrage, ob die Forderung nach einer Beteiligung des Lieferanten an allgemeinen Investitionen eines Händlers in seine Verkaufsräume per se als unzulässige Abwälzung unternehmerischer Risiken auf die Marktgegenseite anzusehen sind.<sup>53</sup> Insoweit entschied der BGH unter Verweis auf die typische Funktionsteilung zwischen Lieferant und Händler, dass bei der Aufforderung zur Beteiligung an ersichtlich nicht lieferanten-, warengruppen- oder artikelbezogenen Investitionen zu vermuten ist, dass die Forderungen sachlich nicht gerechtfertigt sind.<sup>54</sup>

#### bbb) Widerlegung der Vermutung

Die punktuelle Übertragung einzelner historischer Bestwerte als Nachbesserung für einen laufenden Vertrag ohne Berücksichtigung der jeweils vereinbarten sonstigen Konditionen (Rosinenpicken) ging nach Auffassung des BGH weit über eine Konditionenanpassung nach Übernahme eines Wettbewerbers hinaus, wie sie auch im Rahmen laufender Verträge als Mengenrabatt oder aufgrund rationeller Geschäftsabwicklung nach Wegfall eines Abnehmers gerechtfertigt sein kann. Denn das Rosinenpicken führte zu einem Gesamtkonditionenpaket, das von den Lieferanten zuvor weder EDEKA noch Plus angeboten worden war. Zudem wurde die Forderung auch nicht anlässlich der regelmäßigen, allgemeinen Jahresverhandlungen gestellt, bei denen es im Lebensmitteleinzelhandel branchenüblich sein möge, zunächst überzogene Forderungen zu Einzelkonditionen zu stellen, die dann in einem Verhandlungsprozess abgemildert und in einem Gesamtkonditionenpaket eingeordnet werden.<sup>55</sup>

Die Vermutung fehlender sachlicher Rechtfertigung konnte auch in Bezug auf die Heranziehung von gleich drei, über 13 Monate gestaffelter und teilweise deutlich vor der Übernahme und den „Sonderverhandlungen“ liegender Stichtage für den Bestwertabgleich nicht widerlegt werden. Nach Auffassung des BGH hätte ein einheitlicher Stichtag ausgereicht, um einen vom bevorstehenden Zusammenschluss unabhängig ausgehandelten Plus-Einkaufspreis zu ermitteln. Die Auswahl deutlich vor dem Zusammenschluss liegender Stichtage sei auch insoweit nicht zu rechtfertigen, als hierdurch Lieferanten, die Plus in der Vergangenheit günstigere Einkaufspreise als EDEKA gewährt haben, sanktioniert würden. Andernfalls sähen sich Lieferanten zu einer Vereinheitlichung ihrer Konditionen veranlasst und würden insbesondere von günstigeren Konditionen für kleinere Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels absehen, die für eine Übernahme durch Normadressaten in Betracht kommen.<sup>56</sup>

Die Vermutung fehlender Rechtfertigung der Partnerschaftsvergütung konnte schließlich durch die bloße, rechtlich nicht abgesicherte Wahrscheinlichkeit einer weiteren Listung des Lieferanten aufgrund seiner Marktposition und seiner Erfahrung<sup>57</sup> nicht entkräftet werden. Ebenso unzureichend war, da von den Umständen und der Entwicklung der Verhältnisse auf dem relevanten Produktmarkt abhängig und damit rein spekulativ, die kaum kalkulierbare Möglichkeit, dass die Modernisierung von Filialen langfristig zu Vorteilen (z. B. größere Anzahl an Verkaufsaktionen) für die Lieferanten führt.<sup>58</sup>

#### dd) Kein Kausalitätserfordernis

Abschließend stellte der BGH fest, dass eine Kausalität zwischen Marktstellung und Forderung nicht erforderlich ist. Auch der bis zur 9. GWB-Novelle 2017 geltenden, in der mittlerweile gültigen Fassung nicht mehr enthaltenen „seine Marktstellung dazu ausnutzt“-Formulierung sei keine eigenständige Bedeutung zugekommen. Vielmehr sei es ohne weiteres als Ausdruck der Abhängigkeit eines Lieferanten

von einem Normadressaten anzusehen, wenn dieser den Lieferanten ohne sachlich gerechtfertigten Grund zu einer rückwirkenden Konditionenanpassung veranlasst.<sup>59</sup>

## IV. Würdigung

### 1. Schärfung des Anzapfverbots

Der BGH hat das Anzapfverbot vor dem Schicksal einer „toten Norm“ ohne praktischen Anwendungsbereich bewahrt<sup>60</sup> und gleichzeitig dem BKartA den Rücken gestärkt. Hätte die Entscheidung des OLG Düsseldorf Bestand gehabt, wären wohl kaum mehr (aufwändige) behördliche Verfahren zum Schutze abhängiger Unternehmen geführt worden.<sup>61</sup> Bemerkenswert ist zudem, dass dem Ansatz des OLG Düsseldorf ausdrücklich auch vom Gesetzgeber die Grundlage entzogen wurde, indem mit der 9. GWB-Novelle 2017 das – nach Auffassung des BGH ohnehin nur dem Wortlaut nach bestandene – Kausalitätserfordernis beseitigt worden ist.<sup>62</sup>

Dadurch, dass der BGH das Anzapfverbot auch von der Notwendigkeit eines horizontalen Bezugs gelöst hat, sind Lieferanten unabhängig davon geschützt, ob ihr Abnehmer Wettbewerber auf den Beschaffungsmärkten hat und ob solche Wettbewerber dadurch passiv diskriminiert werden, dass sie nicht in den Genuss entsprechender Vorteile kommen. Damit dient das Anzapfverbot gezielt auch der Wiederherstellung einer aufgrund unterschiedlicher Marktmacht gestörten Verhandlungs- und Vertragsparität zwischen nachfragemächtigen Unternehmen und deren Anbietern.<sup>63</sup>

Das Anzapfverbot dürfte künftig, neben der Lebensmittelbranche, auch in weiteren Branchen, in denen sich Lieferanten großer Nachfragemacht ausgesetzt sehen<sup>64</sup>, Anwendung finden. So verzichtete der Möbelhändler XXL Lutz, nach Intervention des BKartA, auf eine rückwirkende Konditionenanpassung (Gutschrift sämtlicher Preis- und Konditionendifferenzen) ab 1.1.2017 nach Übernahme der Firma Buhl im November 2017.<sup>65</sup>

Angesichts der vorläufig geäußerten Auffassung des BKartA, dass die in Rede stehenden Verhaltensweisen auch im Kontext von Jahresverhandlungen als missbräuchlich gewertet würden<sup>66</sup>, dürfte das Anzapfverbot zudem unabhängig von der Hebung von Synergien nach Zusammenschlüssen künftig umfassendere Anwendung finden. Zu denken ist an Jahresverhandlungen und industrielle Zulieferbeziehungen.

Für von Normadressaten abhängige Unternehmen dürfte sowohl die Entscheidung des BGH als auch die 9. GWB-Novelle 2017 eine Verbesserung ihrer Verhandlungsposition begründet haben.<sup>67</sup>

53 Bejahend: Köhler, WRP 2006, 139; Lettl, WRP 2017, 641, 647; Nothdurft, in: Langen/Bunte (Fn. 3), § 19 GWB Rn. 269.

54 BGH, 23.1.2018 – KVR 3/17, Rn. 91.

55 BGH, 23.1.2018 – KVR 3/17, Rn. 73.

56 BGH, 23.1.2018 – KVR 3/17, Rn. 75.

57 BGH, 23.1.2018 – KVR 3/17, Rn. 91; vgl. schon Köhler, LMK 2003, 30, 31.

58 BGH, 23.1.2018 – KVR 3/17, Rn. 98.

59 BGH, 23.1.2018 – KVR 3/17, Rn. 85.

60 Bunte, EWIR 2017, 157, 158.

61 Bergmann, Zeitschrift für europäisches Lebensmittelrecht, 2016, 76, 81.

62 BT-Drucks 18/10207 S. 52.

63 Lettl, WRP 2017, 641, 642.

64 Lettl, WRP 2017, 641; Schnelle, DB 2018, 492, 495.

65 BKartA, Meldung v. 11.1.2018, BB 2018, 130.

66 BKartA, 3.7.2014 – B2-58/09, Rn. 525.

67 Lemberg, Newsdienst Compliance 2018, 22002; Nothdurft, in: Langen/Bunte (Fn. 3), § 19 Rn. 259; Schnelle, DB 2018, 492, 495.

## 2. Vorliegen eines Abhängigkeitsverhältnisses

Gerade in Bezug auf Compliance-Maßnahmen besteht die praktische Herausforderung, die Adressateneigenschaft eines Nachfragers, d. h. das Bestehen relativer Marktmacht, zutreffend zu analysieren. Pauschalierungen anhand bestimmter Liefer- und Bezugsquoten oder allgemeine Betrachtungen zur Abhängigkeit der Lieferanten – im Lebensmitteleinzelhandel von den vier großen Marktakteuren<sup>68</sup> – eignen sich allenfalls als Schwellen, welche eine genauere Positionsbestimmung auslösen sollten.

Eine solche Positionsbestimmung hat an den Ausweichmöglichkeiten der Lieferanten im konkreten Einzelfall anzusetzen. So hat das BKartA jüngst das Verlangen nach einem On-Top-Bonus von Nestlé, dem zweit-umsatzstärksten Lebensmittelhersteller in Deutschland, seitens einer internationalen Einkaufsallianz, der auch EDEKA angehört, unter Verweis auf die globalen Aktivitäten Nestlés nicht aufgegriffen.<sup>69</sup> Feststellungen des BKartA zu Abhängigkeitsverhältnissen in der Lebensmittelbranche auf nationalen Beschaffungsmärkten können den vom BKartA durchgeführten Sektoruntersuchungen Milch<sup>70</sup> und Lebensmitteleinzelhandel<sup>71</sup> entnommen werden. Im Rahmen des Lieferantenmanagements sollte Sorge dafür getragen werden, dass mögliche Abhängigkeitsverhältnisse, einschließlich deren Veränderungen, erkannt werden und Berücksichtigung finden.

Zur Beurteilung von Abhängigkeitsverhältnissen in industriellen Zulieferbeziehungen kann ggf. auf die Grundsätze der sog. unternehmensbedingten Abhängigkeit zurückgegriffen werden. Kriterien hierfür sind einerseits die Ausrichtung des Lieferanten auf einen bestimmten Abnehmer, z. B. durch vertragsspezifische, noch nicht amortisierte Investitionen und Vorgaben hierfür seitens des Abnehmers, und andererseits gewecktes Vertrauen in Bestand und Inhalt der Lieferbeziehungen und diesbezügliche Ausschließlichkeitsbedingungen.<sup>72</sup> In der Lebensmittelbranche helfen diese Kriterien in Ermangelung vertragsspezifischer Investitionen und in Anbetracht der in jährlichen Verhandlungsrunden stets aufs Neue zulässigen Drohung mit einer Auslistung nicht weiter.<sup>73</sup>

## 3. Nicht gerechtfertigte Aufforderung zur Vorteilsgewährung

### a) Transparenz-, Angemessenheits- und Konkretisierungserfordernis

Dreh- und Angelpunkt für die Rechtfertigung ist seit der Ergänzung von § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB durch die 9. GWB Novelle 2017, ob die Aufforderung für den Lieferanten nachvollziehbar begründet ist und ob der geforderte Vorteil in einem angemessenen Verhältnis zum Grund der Forderung steht.

Dem Adressaten im Zeitpunkt der Aufforderung nicht erkennbare Begründungen dürften, wie der BGH andeutet<sup>74</sup>, bei der Überprüfung der Rechtfertigung außer Betracht bleiben – ein Nachschieben von Gründen wäre damit letztlich, soweit die Begründung nicht auf der Hand liegt, im Grundsatz ebenso ausgeschlossen wie zunächst überzogene Forderungen zu Einzelkonditionen in Jahresgesprächen, die dann in einem Verhandlungsprozess abgemildert und in ein Gesamtkonditionenpaket einfließen.<sup>75</sup>

In der Literatur wird das Transparenzgebot von manchen dahin eingeschränkt, dass es auch marktmächtigen Nachfragern unbenommen bleiben muss, eine Besserstellung mit dem bloßen Hinweis zu verlangen, nicht zum Abschluss oder zur Verlängerung einer Lieferbeziehung verpflichtet zu sein.<sup>76</sup>

Sobald Forderungen aber argumentativ begründet werden, dürfte eine Konkretisierung, die eine sachbezogene Diskussion erlaubt,

unerlässlich sein. Dazu gehören auch Rechenweg und -grundlagen der Forderung, selbst wenn dies bislang nicht den Gepflogenheiten entsprach.<sup>77</sup> Jedwede argumentative Unterfütterung von Forderungen eines Normadressaten ist sodann am Maßstab des Transparenzerfordernisses und des Angemessenheitserfordernisses zu messen.<sup>78</sup> Aus deren Zusammenspiel ergibt sich auch das Konkretisierungserfordernis bzgl. der Gegenleistungen<sup>79</sup>, nachdem der BGH abstrakten, vertraglich nicht fixierten und daher spekulativen Vorteilen keine rechtfertigende Wirkung mehr beimisst.<sup>80</sup> Mit Blick auf den Konkretisierungsprozess kann dann Raum zur – laut Begründung der 9. GWB-Novelle 2017 im Einzelfall zulässigen<sup>81</sup> – Berücksichtigung auch des Verhandlungsergebnisses bestehen. Voraussetzung dürfte sein, dass der Lieferant ernsthaft zu Vorschlägen rechtfertigender Gegenleistungen eingeladen wird,<sup>82</sup> und dies – i. S. d. BGH – zuverlässig auf die Leistungsgerechtigkeit bereits im Zeitpunkt der Forderung schließen lässt.<sup>83</sup>

### b) Eingriff in laufende Verträge, Rückwirkung, Hochzeitsrabatte

Weiter hat der Gesetzgeber der 9. GWB-Novelle 2017 ausgeführt, dass eine Rechtfertigung regelmäßig ausgeschlossen sein dürfte, wenn jenseits der zivilrechtlichen Möglichkeiten in eine bestehende Vertragsbeziehung eingegriffen oder eine rückwirkende Konditionenanpassung vorgenommen werden soll. Gleiches gilt, wenn es an gleicher Gegenleistung fehlt.<sup>84</sup>

In letztgenannten Fällen liegt der fehlende Kontext zu abgenommenen Waren oder Leistungen bzw. übernommenen Funktionen, wie Serviceleistungen durch den Händler, auf der Hand.<sup>85</sup> Ebenso sind rückwirkende warenwirtschaftliche Vorteile für Lieferanten, die eine sachliche Rechtfertigung begründen könnten, kaum vorstellbar.<sup>86</sup> Gleiches gilt, wenn von Zulieferern in der Automobilbranche Einmalzahlungen oder rückwirkende Nachlässe auf bestehende Lieferbeziehungen verlangt werden, und als Gegenleistungen lediglich die

68 Vgl. *Eufinger*, ZVertriebsR 2014, 206, 208; anders: *Eufinger/Mascherner*, ZLR 2015, 37, 41.

69 Lebensmittel Zeitung v. 1.3.2018: Mundt greift Nestlé-Fall nicht auf.

70 BKartA, Abschlussbericht Januar 2012, Sektoruntersuchung Milch – B2-19/08.

71 BKartA, Abschlussbericht September 2014, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel – B2-15/11; *Künstner*, WUW 2015, 1093, 1102.

72 *Nothdurft*, in: *Langen/Bunte* (Fn. 3), § 20 Rn. 54, 58, 61.

73 *Nothdurft*, in: *Langen/Bunte* (Fn. 3), § 20 Rn. 61.

74 BGH, 23.1.2018 – KVR 3/17, Rn. 23.

75 BGH, 23.1.2018 – KVR 3/17, Rn. 73, wo dies nach Rechtslage vor Inkrafttreten der 9. GWB-Novelle als möglicher Rechtfertigungsgrund in den Raum gestellt wird; *Schnelle*, DB 2018, 492, 495.

76 *Nothdurft*, in: *Langen/Bunte* (Fn. 3), § 19 GWB Rn. 248 f.; ähnlich *Lettl*, WRP 2017, 641, 646.

77 *Nothdurft*, in: *Langen/Bunte* (Fn. 3), § 19 GWB Rn. 248 f.

78 *Nothdurft*, in: *Langen/Bunte* (Fn. 3), § 19 GWB Rn. 260.

79 *Nothdurft*, in: *Langen/Bunte* (Fn. 3), § 19 GWB Rn. 251.

80 BGH, 23.1.2018 – KVR 3/17, Rn. 91; kritisch zur alten Rechtsprechung BGH 24.9.2002 – KVR 8/01 – Konditionenadaptation, NJW 2003, 205, 208 schon *Köhler*, LMK 2003, 30, 31; ebenso *Lettl*, WRP 2017, 641, 648.

81 BT-Drucks. 18/10207, S. 52.

82 *Nothdurft*, in: *Langen/Bunte* (Fn. 3), § 19 GWB Rn. 251.

83 BGH, 23.1.2018 – KVR 3/17, Rn. 31.

84 BT-Drucks. 18/10207, S. 52.

85 *Eufinger/Mascherner*, ZLR 2015, 37, 49.

86 *Köhler*, LMK 2003, 30, 31; *Nothdurft*, in: *Langen/Bunte* (Fn. 3), § 19 GWB Rn. 264.

Zulassung zu einem Bieterverfahren gewährt wird<sup>87</sup>. Auch ein Vertragsbruch, z. B. eigenmächtige Rechnungskürzungen<sup>88</sup>, ist regelmäßig nicht gerechtfertigt. Eine Anpassung bestehender Verträge kann nur bei neu eingetretenen Umständen, z. B. aufgrund Anpassung der Geschäftsgrundlage<sup>89</sup>, und nicht rückwirkend erfolgen.<sup>90</sup>

Dies gilt gerade auch für Hochzeitsrabatte. Soweit für die Zeit nach einer Übernahme Größenvorteile oder warenwirtschaftliche Vorteile bestehen, mag eine Anpassung aufgrund neuer Umstände für die Zukunft in Betracht kommen.<sup>91</sup> Rückwirkende Konditionenangleichungen sind demgegenüber grundsätzlich unzulässig, was der BGH in seiner ersten Entscheidung zum Anzapfverbot noch anders gesehen hatte.<sup>92</sup> Mit Blick auf den Schutz kleinerer Lebensmitteleinzelhändler vor Vorfeldwirkungen möglicher Übernahmen wird – über die Rechtsprechung des BGH hinausgehend<sup>93</sup> – schließlich diskutiert, ob die Rechtfertigung eines Bestwertabgleichs unter Übernahme von Konditionen eines kleineren Lebensmittelhändlers auch für die Zukunft ausscheidet.<sup>94</sup>

Ebenso ist es nicht gerechtfertigt, wenn ein Normadressat über Beschaffungsbedingungen seiner Wettbewerber verhandelt oder sich Wettbewerbsvorteile in Form einer der Sicherung von Gleich- oder Vorzugsbehandlung (z. B. Meistbegünstigungsklauseln) einräumen lässt, wodurch der Marktzugang für Wettbewerber erschwert wird.<sup>95</sup>

### c) Übertragung von Abnehmeraufgaben auf den Lieferanten, Übertragung von Lieferanten-Know-how

In Bezug auf Forderungen nach der Beteiligung des Lieferanten an ersichtlich nicht lieferanten-, warengruppen- oder artikelbezogenen Investitionen des Abnehmers hat der BGH die Vermutung fehlender Rechtfertigung aufgestellt.<sup>96</sup> Neben den entscheidungsgegenständlichen Partnerschaftsvergütungen für Filialrenovierungen kommen als Beispiele auch Zuschüsse für die Umflagung nach einem Zusammenschluss, allgemeine Regalmieten oder die Kosten zur Vermeidung von Ladendiebstählen in Betracht. Werbekostenzuschüsse, Eröffnungs- und Jubiläumsboni können dagegen gerechtfertigt sein, soweit damit Aktionspreise für spezifische Lieferantenangebote finanziert werden.<sup>97</sup>

Sowohl im Handel als auch in der Zulieferindustrie sind schließlich Forderungen marktmächtiger Abnehmer an die von ihnen abhängigen Lieferanten, diese mögen ihnen wesentliches Know-how zur Produktherstellung übertragen oder Auskunft über ihre Geschäftsdaten (z. B. Margen) erteilen, sachlich regelmäßig nicht gerechtfertigt, sondern stellen einen unzulässigen Eingriff in den Kern der Wirtschaftstätigkeit der Lieferanten dar.<sup>98</sup>

## IV. Fazit

Die Rechtsprechung des BGH zu Hochzeitsrabatten und die 9. GWB-Novelle 2017 haben das sog. Anzapfverbot, das es marktmächtigen Unternehmen verbietet, von ihren abhängigen Lieferanten nicht gerechtfertigte Vorteile zu fordern, wesentlich geschärft.

So ist es unerheblich, ob i. S. e. passiven Diskriminierung auch Wettbewerber des marktstarken Nachfragers negativ betroffen sind. Es genügt bereits das bloße Auffordern zur Vorteilsgewährung, ohne dass es darauf ankommt, ob dieses erfolgreich war oder nicht. Auch lässt sich vom Verhandlungsergebnis grundsätzlich nicht darauf schließen, ob eine sachlich gerechtfertigte Aufforderung vorlag.

Die sachliche Rechtfertigung hängt vielmehr maßgeblich davon ab, dass im Zeitpunkt der Aufforderung eine nachvollziehbare

Begründung dem Lieferanten vorliegt und dass kein offensichtliches Missverhältnis zwischen Forderung und Gegenleistung besteht.

Eine Rechtfertigung dürfte regelmäßig ausgeschlossen sein, wenn jenseits der zivilrechtlichen Möglichkeiten in bestehende Vertragsbeziehungen eingegriffen oder eine rückwirkende Konditionenanpassung vorgenommen wird. Gleiches gilt, wenn es an jeglicher Gegenleistung fehlt. Die pauschale Beteiligung von Lieferanten an den allgemeinen Investitionskosten des Handels (z. B. Modernisierung von Verkaufsräumen) trägt eine Vermutung fehlender Rechtfertigung in sich.

Gerade marktmächtige Unternehmen sind aufgefordert, die neuen, von Rechtsprechung und Gesetzgebung aufgestellten Leitplanken im Spannungsverhältnis zwischen harten Verhandlungen und missbräuchlichem Ausnutzen von Marktmacht in ihren Compliance-Programmen und insbesondere auch in der täglichen Verhandlungspraxis gegenüber abhängigen Unternehmen umzusetzen.

## AUTOR



**Dr. Friedrich Scheuffele**, *Licencié en Droit* (Universität Caen 1993), ist seit 1999 als Rechtsanwalt zugelassen und promovierte 2003 an der Ludwig-Maximilians-Universität München über ein Thema der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle (§ 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB, sog. Essential Facilities-Doktrin – Zugang zu wesentlichen Einrichtungen). Er ist Partner der Sozietät Weiss Walter Fischer-Zernin, München, und schwerpunktmäßig in den Bereichen Mergers & Acquisitions sowie Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, einschließlich Vertriebs- und Kartellrecht, tätig. Seine Veröffentlichungen befassen sich ebenfalls mit gesellschafts- und wettbewerbsrechtlichen Fragestellungen.

87 *Künstner*, WJW 2015, 1093, 1103.

88 *Lettl*, WRP 2017, 641, 647.

89 *Spenner*, in: Flohr/Wauschkuhn (Fn. 15), § 19 GWB Rn. 158; *Loewenheim*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampf/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, 3. Aufl. 2016, § 19 GWB Rn. 108, *Lettl*, WRP 2017, 641, 647.

90 *Nothdurft*, in: Langen/Bunte (Fn. 3), § 19 GWB Rn. 264; *Latzel*, ZWeR 2018, 86, 104.

91 *Nothdurft*, in: Langen/Bunte (Fn. 3), § 19 GWB Rn. 265.

92 BGH 24.9.2002 – KVR 8/01, NJW 2003, 205, 208; *Lettl*, WRP 2017, 641, 648.

93 BGH, 23.1.2018 – KVR 3/17, Rn. 75.

94 *Nothdurft*, in: Langen/Bunte (Fn. 3), § 19 GWB Rn. 266, 268; *Lettl*, WRP 2017, 641, 649.

95 *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 36. Auflage 2018, § 4a UWG Rn. 1.19; *Nothdurft*, in: Langen/Bunte (Fn. 3), § 19 GWB Rn. 272; *Lettl*, WRP 2017, 649; *Latzel*, ZWeR 2018, 86, 101.

96 BGH, 23.1.2018 – KVR 3/17, Rn. 91.

97 *Nothdurft*, in: Langen/Bunte (Fn. 3), § 19 GWB Rn. 270.

98 *Nothdurft*, in: Langen/Bunte (Fn. 3), § 19 GWB Rn. 271; differenzierend: *Latzel*, ZWeR 2018, 86, 113.