

Stellungnahme

Richtlinienvorschlag der EU-Kommission über unlautere Handelspraktiken in den Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen in der Lebensmittelversorgungskette

26. Juni 2018



Executive Summary

Die Europäische Kommission hat am 12. April 2018 einen Vorschlag vorgelegt, mit dem sie die nach ihrer Ansicht „schädlichsten unlauteren Handelspraktiken“ in der Lebensmittelversorgungskette verbieten will. Es ist nachvollziehbar, dass die Kommission die wirtschaftliche Position der Landwirte verbessern möchte. Die vorgeschlagenen Maßnahmen sind hierfür allerdings weitgehend ungeeignet. Sie wären als massiver Eingriff in die Vertragsfreiheit hochproblematisch und würden die Effizienz der Lieferkette nachhaltig belasten.

Damit das reibungslose Funktionieren der Lebensmittelversorgungskette nicht noch stärker beschädigt wird, sind dies die Empfehlungen des Handels für das weitere Gesetzgebungsverfahren in Rat und Europäischem Parlament:

- 1. Anwendungsbereich schärfen:** Da es vornehmlich darum gehen soll, die Situation von Landwirten in der Lebensmittelversorgungskette zu verbessern, wäre es folgerichtig, dass der derzeitige Anwendungsbereich, der das Verhältnis von Nicht-KMU zu KMU durch die gesamte Lieferkette regelt, auf das Verhältnis von KMU-Landwirten zu ihren Abnehmern beschränkt wird. Nur so ist die Intention dieser Richtlinie auf der Basis von Art. 43 AEUV nachvollziehbar und juristisch gerechtfertigt sowie ökonomisch plausibel.
- 2. „Verderbliche Lebensmittelerzeugnisse“ genau definieren:** Um Rechtsunsicherheit zu vermeiden, bedarf es einer Definition basierend auf mikrobiologischen Eigenschaften oder der Nennung von Produkten, die noch keinem Prozess zur Haltbarkeitsverlängerung unterzogen wurden.
- 3. Anforderungen zur Vereinbarung von Konditionen praxisnah gestalten:** Es ist realitätsfern anzunehmen, dass die Vertragsparteien bei Vertragsabschluss für ein Jahr oder länger im Detail festlegen, wie ihre Geschäftsbeziehung verläuft. Gerade der Einzelhandel, der sich der fortlaufenden Veränderung des Konsumentenverhaltens ausgesetzt sieht, muss hierauf flexibel reagieren können. Dies erfordert eine Kooperation mit den Lieferanten, ggf. die Anpassung von Verträgen, Vereinbarung von Promotionsaktionen oder Sonderrabatten. Zu hohe Vorgaben, wie die Vertragsparteien Konditionen zu vereinbaren haben, beschädigen die erforderliche Flexibilität, verhindern sinnvolle Absprachen und sind allenfalls geeignet, Bürokratie zu schaffen.
- 4. Schlichtung und Mediation als erste Instanz einfügen (mit bestehenden Strukturen):** In dem Richtlinienvorschlag wird die SCI mit keinem Wort erwähnt. Es sollte unbedingt ergänzt werden, dass zur Streitbeilegung die Mittel der ersten Wahl Schlichtung und Mediation – vor Sanktionen – sein sollten. Dafür sind bestehende Strukturen zu nutzen: die nationale Dialogplattform für Deutschland und die SCI auf europäischer Ebene. Beide Initiativen entwickeln sich durch das kontinuierliche und umfangreiche Engagement ihrer Mitglieder weiter: Die SCI hat ihre Verfahrensregeln überarbeitet und einen unabhängigen Vorsitzenden benannt. Die Nationale Dialogplattform hat gleichfalls einen Streitbeilegungsmechanismus mit einer



Schlichtungsstelle aufgebaut. Im Hinblick auf die SCI sollte zudem die Forderung ergänzt werden, dass auch die organisierte Landwirtschaft Teil der Initiative wird. Wer nicht dabei ist, kann auch nicht im wohlverstandenen eigenen Interesse mitgestalten.

5. **Keine neue Behörde schaffen:** Mit der Durchsetzung der Richtlinie sollten eine bestehende Behörde beauftragt werden, die über nachweisliche Erfahrung und Kenntnisse der Funktionsweise der gesamten Lebensmittellieferkette verfügt. Jeglichen zusätzlichen Bürokratieaufbau gilt es zu vermeiden.
6. **Umsetzungsfrist in nationales Recht verlängern:** Die Umsetzungsfrist sollte mindestens zwei Jahre betragen, damit ausreichend Zeit für eine rechtssichere nationale Umsetzung bleibt.



I. Hintergrund

Die Europäische Kommission hat am 12. April 2018 einen Vorschlag vorgelegt, mit dem sie die nach ihrer Ansicht „schädlichsten unlauteren Handelspraktiken“ in der Lebensmittelversorgungskette verbieten will.

Das Thema ist bereits seit vielen Jahren auf der Agenda, sowohl auf nationaler Ebene mit der „Nationalen Dialog-Plattform“ als auch auf europäischer Ebene durch die freiwillige „Supply Chain Initiative“, die beide vom Privatsektor ins Leben gerufen wurden. Dennoch hält die EU-Kommission es nun für erforderlich, tätig zu werden, und stützt sich dabei auf ihre eigene Bestandsaufnahme der Entwicklungen: Sie kommt zu dem Schluss, „dass sich die Erwartungen aus dem Jahr 2016 nicht erfüllt hatten, da sich die ursprünglich vielversprechenden Entwicklungen verlangsamt haben und nur wenige Empfehlungen umgesetzt wurden“. So gäbe es in mehreren Mitgliedstaaten nach wie vor keine oder nur begrenzte Regelungen zur Eindämmung angeblich unlauterer Handelspraktiken, und es „hätten sich wichtige Akteure [Anmerkung: die Landwirtschaftsorganisationen] der Supply Chain Initiative nicht angeschlossen, weil diese eine schwache Governance-Struktur aufwies, so dass eine wirksame Untersuchung von Verdachtsfällen und die Durchsetzung von Sanktionen nicht möglich waren“. Sie stützt sich zudem auf eine Aufforderung des Rates vom Dezember 2016, „rechtzeitig eine Folgenabschätzung mit dem Ziel durchzuführen, einen EU-Rechtsrahmen oder nichtlegislative Maßnahmen zur Eindämmung unlauterer Handelspraktiken vorzuschlagen“.

Der HDE hat sich hinsichtlich Überlegungen einer Regulierung bereits früher ablehnend positioniert, wie auch EuroCommerce im Namen des gesamten europäischen Einzelhandels. Für Deutschland besteht keine Notwendigkeit, durch zusätzliche regulatorische Maßnahmen in die Vertragsbeziehungen in der Lebensmittellieferkette einzugreifen, denn der geltende zivil- und wettbewerbsrechtliche Rahmen bietet hinreichenden Schutz vor Benachteiligungen. Zudem ist es die gemeinsame Überzeugung, dass Konflikte, die durch Praktiken in Vertragsbeziehungen, die von Vertragspartnern als unfair empfunden werden, besser, schneller und zielgerichteter durch Selbstverpflichtungen, Schlichtungen und Mediation gelöst werden können. Dafür wurde insbesondere die Supply Chain Initiative und die Nationale Dialogplattform ins Leben gerufen, die in dem Vorschlag überhaupt nicht erwähnt wird. Der nun vorgelegte Vorschlag der EU-Kommission zielt vielmehr auf das Gegenteil: Statt auf Eigenverantwortung und Selbstregulierung setzt sie auf staatliche Eingriffe, verzichtet auf abstrakte und generelle Regelungen und präferiert stattdessen zentral verordnete, konkrete Klauselverbote.

Auch nach Veröffentlichung des Vorschlags hält der HDE grundsätzlich an seiner ablehnenden Position fest. Ungeachtet dessen ist der HDE gewillt, den von der Kommission nun angestoßenen Gesetzgebungsprozess konstruktiv zu begleiten. Nun gilt es, dafür zu sorgen, dass der vorgelegte Vorschlag der EU-Kommission so ausgestaltet wird, dass etablierte Abläufe und gut ineinandergreifende Regelungssysteme nicht beschädigt werden. Deshalb ist es von Bedeutung, sich die vorgeschlagenen Regelungen im Einzelnen auf ihre möglichen Auswirkungen auf die Praxis genau zu bewerten und – soweit erforderlich – Anpassungen vorzunehmen.



I. Zu den geplanten Regelungen im Einzelnen

1. Anwendungsbereich (Art. 1)

Begrüßenswert ist, dass der Anwendungsbereich auf das Verhältnis von großen Unternehmen zu Unternehmen kleiner und mittlerer Größe (KMU) beschränkt werden soll. Zwar stellt die Größe eines Unternehmens nicht zwangsläufig ein Indiz für dessen Markt- und Verhandlungsposition dar. Die Erfahrungen des Einzelhandels belegen, dass auch Lieferanten aus dem KMU-Bereich eine starke Verhandlungsposition haben können, insbesondere wenn sie „must-have-Produkte“ anbieten. Die sehr deutliche Einschränkung des Anwendungsbereichs stellt aber zumindest sicher, dass nicht in die Vertragsbeziehungen zwischen multinational agierenden Konzernen der Lebensmittelindustrie und dem Lebensmitteleinzelhandel (LEH) eingegriffen wird und die ohnehin starken Verhandlungsposition der globalen Hersteller weiter verbessert wird. Zudem ist in dem Richtlinienvorschlag angelegt, dass die Klauselverbote Lieferanten, die KMU sind, gegenüber Käufern schützen, die keine kleinen und mittleren Unternehmen sind. Noch konsequenter wäre es, den Anwendungsbereich der Richtlinie ausschließlich auf unmittelbare Vertragsbeziehungen von Erzeugern zu ihren Abnehmern zu beschränken, um das erklärte Ziel – den besseren Schutz der Landwirte – zu erreichen. Die gelegentlich vertretene These, eine Regulierung in den nachgelagerten Vertriebsstufen schütze auch die Landwirte, ist nicht belegt. Die häufig in der politischen Diskussion behauptete Schutzwirkung basiert auf der Hypothese, Industrieunternehmen würden Kosteneinsparungen durch verbesserte Vertragsbedingungen mit ihren Abnehmern eins zu eins an die Erzeuger weiterreichen, mithin auf eine mögliche Gewinnmaximierung verzichten. Warum dies ein betriebswirtschaftlich kalkulierendes Unternehmen tun sollte, bleibt indessen offen. Sofern sich am Verhältnis von Angebot und Nachfrage auf dem Markt für landwirtschaftliche Erzeugnisse nichts ändert, hätte das Industrieunternehmen dazu überhaupt keine Veranlassung.

2. Klauselverbote (Art. 3)

a) **Absolute Verbote „Schwarze Klauselliste“ Art. 3 Abs. 1)**

Mit Art. 3 Abs. 1 werden grundsätzlich verbotene Vertragsklauseln definiert.

Dieser Ansatz konkreter und generell geltender Klauselverbote ist aus deutscher Sicht systemfremd. Da der Anwendungsbereich nicht auf vorformulierte Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen beschränkt ist, werden auch individuell zwischen den Vertragsparteien ausgehandelte vertragliche Regelungen erfasst und verboten. Das ist ein sehr weitgehender Eingriff in die Vertragsverhandlungsfreiheit der Vertragspartner. Das Verhältnis zwischen Einzelhändlern, Lieferanten und Herstellern ist durch langjährige komplexe Vertragsbeziehungen und Gesamtpakete bestehend aus verschiedenen vertraglichen Klauseln gekennzeichnet.

Die EU-Kommission nimmt mit den geplanten generellen Verboten einzelner Klauseln für sich in Anspruch, a priori die Richtigkeit von Verhandlungsergebnissen besser bewerten zu können als die Vertragspartner selbst. Tatsächlich werden die Vertragspartner bei echten Verhandlungen das Verhandlungsergebnis insgesamt auch angesichts ihrer spezifischen individuellen Unternehmenssituation bewerten und vom Ergebnis die Entscheidung über den Vertragsschluss abhängig machen. Generelle Verbote beschränken pauschal die Vertragsgestaltungsfreiheit und schränken die Möglichkeiten der Unternehmen, auf spezifische Bedürfnisse durch vertragliche Vereinbarungen zu reagieren, von vornherein unverhältnismäßig ein.



Die Einzelbetrachtung der im Vorschlag vorgesehenen Klauselverbote zeigt, dass die geplanten Regelungen die Funktionsweise der Lebenslieferkette in ihrer Komplexität nicht vollständig erfassen.

aa) Verbot von Zahlungszielen von über 30 Tagen (Art. 3 Abs. 1 a))

Nach Buchstabe a) sollen Klauseln verboten werden, nach denen für verderbliche Lebensmittelerzeugnisse Zahlungsziele von mehr als 30 Kalendertagen vereinbart werden. Das Verbot schränkt die Vertragsfreiheit damit über die Vorgaben der Zahlungsverzugsrichtlinie hinaus ein. Diese darüber hinausgehende Einschränkung der Vertragsgestaltungsfreiheit wird für die Funktionsfähigkeit der Lebensmittellieferkette besonders gravierende Auswirkungen haben, weil der Begriff „verderbliche Lebensmittelerzeugnisse“ völlig unklar ist. Der Text der Kommission könnte selbst eine Einstufung von Konservensuppen als verderblich möglich machen. Hier sollte daher im weiteren Verfahren unbedingt auf eine eindeutige Klarstellung hingewirkt werden, z. B. durch eine Definition basierend auf mikrobiologischen Eigenschaften und Produkte, die noch keinem Prozess zur Haltbarkeitsverlängerung unterzogen wurden.

Die Kosten für die Zwischenfinanzierung der Ware, aber auch für Lagerhaltung und Vorhaltung von Produkten am POS (point of sale), steigen exponentiell mit der Verweildauer der Ware. Dabei trägt in der Regel alleine der Handel das Risiko einer langen Verweildauer bis zur Weiterveräußerung an den Verbraucher. Zu diesen Risiken gehören u. a. erhöhte Kosten für Wertberichtigungen durch reduzierte Verkaufspreise (mit zunehmendem Alter der Produkte steigt das Risiko, Ware nur noch zu deutlichen Preissenkungen verkaufen zu können). Flexible und individuelle Zahlungsziele ermöglichen eine angemessene Risikoverteilung zwischen Händler und Lieferanten und sind damit eine unverzichtbare Grundvoraussetzung für den Einzelhandel.

bb) Verbot der kurzfristigen Stornierung verderblicher Lebensmittel (Art. 3 Abs. 1 b))

Nach Buchstabe b) soll die Vereinbarung einer kurzfristigen Stornierungsmöglichkeit in Bezug auf verderbliche Lebensmittel verboten werden, soweit der Lieferant keine alternativen Absatzmöglichkeiten für seine Erzeugnisse findet.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass sich auch dieses Verbot – wie oben bereits ausgeführt – wegen der unzureichenden Definition des Begriffs „verderblicher Lebensmittel“ faktisch auf fast das gesamte Lebensmittelsortiment beziehen könnte. Zudem schränkt es eine angemessene Risikoverteilung in der Lieferkette erheblich ein. Grundsätzlich hat der Lieferant bessere alternative Absatzmöglichkeiten bei einer Stornierung als der Einzelhändler und nutzt diese als Teil der Vermarktung. Es kann daher gute Gründe für beide Seiten geben, eine Stornierungsmöglichkeit zu vereinbaren. Hat der Händler das Recht, Zuvielbestellungen kurzfristig zu stornieren, wird es ihm leichter gemacht, im Sinne beider Vertragsparteien größere Mengen zu bestellen. Dies kann den Händler vor out-of-stock-Situationen schützen und dem Lieferanten die Chance zu größeren Absatzmengen einräumen und verhindern, dass das Risiko des Warenverderbs von vornherein vom Händler bei der Höhe der vereinbarten Einkaufspreise berücksichtigt werden muss. So können beide Seiten von einer Stornierungsmöglichkeit profitieren und für den Verbraucher eine möglichst breites Produktangebot und eine regelmäßige Verfügbarkeit gewährleisten.



Die Einschränkung, nach der das Verbot nur greift, wenn dem Lieferanten keine alternativen Absatzmöglichkeiten zur Verfügung stehen, ist in der Praxis bedeutungslos. Ob alternative Absatzmöglichkeiten zur Verfügung stehen, kann nur der Lieferant beurteilen. Der Händler hat faktisch keinen Einblick in die Vermarktungs- und Verwendungsmöglichkeiten seines Lieferanten. Damit kann der Lieferant in der Praxis über die Anwendbarkeit der Vorschrift entscheiden. Die Verhandlungssituation wird aufgrund dieser Informationssymmetrie erheblich zu Lasten des Händlers verschlechtert. De facto können unter diesen Umständen keine kurzfristigen Stornierungsmöglichkeiten mehr vereinbart werden, weil dann die Wirksamkeit der Stornierung in der Hand des Lieferanten liegt.

Das geplante Verbot kann damit höhere Verbraucherpreise und ein reduziertes Sortiment zur Folge haben. Ein Verbot der Vereinbarung kurzfristiger Stornierungsmöglichkeiten hätte damit vor allem negative Folgen für den Verbraucher.

cc) Verbot der einseitigen und rückwirkenden Änderung der Vertragsbedingungen (Art. 3 Abs. 1 c))

Nach Buchstabe c) soll eine vertragliche Vereinbarung, nach der einseitige und rückwirkende Änderungen der Lieferbedingungen möglich sind, verboten werden.

In Deutschland sind einseitig auferlegte Änderungen von Verträgen ohne (vorherige) Zustimmung des Vertragspartners nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen nicht wirksam und auch nach den Prinzipien der SCI unzulässig, somit müssen sie auch nicht noch zusätzlich verboten werden. Es besteht daher überhaupt kein Bedürfnis für ein solches Klauselverbot. Soweit es allerdings darum gehen sollte, dass eine nachträgliche Veränderung von Verträgen, die (ggf. in einem bestimmten Rahmen) im Voraus vertraglich vorbehalten wurde, verboten werden soll, ist zu berücksichtigen, dass Händler einem hohen Wettbewerbsdruck ausgesetzt sind und tagesaktuell auf veränderte Marktsituationen reagieren müssen. Da die Hersteller nicht selten einseitig durch Produktinnovationen und Werbung die Absatzchancen der Waren beeinflussen, der Händler diese aber nicht voraussehen und in die Verhandlungen einbeziehen kann, entspricht es einer gerechten Risikoverteilung, wenn sich der Händler bei Vertragsschluss für bestimmte Fälle eine Änderung bzw. Anpassung bestimmter Vertragsklauseln vorbehält. Dies ist auch angesichts der Tatsache angemessen, dass sich die Lieferanten gegenüber den Händlern oftmals die einseitige Änderung der Herstellerabgabepreise für die Zukunft vorbehalten. Zudem sind die Möglichkeiten des Abnehmers bezüglich der vertraglich vorbehaltenen, einseitigen Änderung von Vertragsinhalten bereits durch das deutsche AGB-Recht – und dies nicht in starrer, sondern angemessen flexibler Weise – begrenzt (s.o.).

dd) Verbot des finanziellen Ausgleichs bei „Verschwendung“ von Lebensmitteln (Art. 3 Abs. 1 d))

Nach Buchstabe d) soll eine vertragliche Vereinbarung verboten werden, welche den Lieferanten bei „Verschwendung“ von Lebensmitteln im Risikobereich des Händlers zu einer Zahlung verpflichtet.

Es ist unklar, welcher konkrete Vorgang mit „Verschwendung“ von Lebensmitteln angesprochen wird. Einzelhändler verschwenden schon aus wirtschaftlichen Gründen keine Lebensmittel, sondern versuchen, diese gewinnbringend zu verkaufen. Der Regelungsgehalt dieses Klauselverbotes ist zu unbestimmt und muss präzisiert werden.



Grundsätzlich gilt, dass der Verkauf gelieferter Ware ein gemeinsames Interesse der Lieferanten und Händler darstellt. Allerdings ist in den Vertragsverhandlungen auch beiden Parteien bewusst, dass bei Produktneueinführungen sowie bei der Lieferung von Saisonware und Frischeerzeugnissen das Risiko besteht, dass die Ware sich nicht erwartungsgemäß verkauft oder verderbt. Der Einzelhandel steht bei unklaren Absatzchancen oft vor der Frage, entweder eher vorsichtig zu ordern und damit bei guter Nachfrage eine out-of-Stock-Situation zu riskieren oder aber optimistischer zu ordern und bei schlechter Nachfrage in das Risiko von Warenverderb zu laufen. Meistens ist es im Interesse beider Vertragsparteien, dass der Handel optimistischer ordert: beide machen dann bessere Geschäfte. In solchen Fällen ist es auch angemessen, das Risiko, dass es bei schlechter Nachfrage durch die Verbraucher zu Warenverderb kommt, zwischen Lieferant und Handel zu teilen.

Der Händler muss insoweit bei Vertragsabschluss mit dem Lieferanten vereinbaren können, dass dieser nicht verkaufte Ware zurücknimmt oder sich bei dem Verderb eines Teils der Ware an den daraus resultierenden Kosten beteiligt. Eine entsprechende Beteiligung an den Kosten ist für den Lieferanten sogar transparenter und damit günstiger, weil die dem Händler drohenden Kosten dann nicht pauschal reduzierend bei der Höhe des Einkaufspreises berücksichtigt werden. Bei der Vereinbarung einer konkreten Kostenbeteiligung für den konkreten Fall der notwendigen Lebensmittelvernichtung kann der Lieferant genau prüfen, welche Ware verkauft wurde und welche Kosten für verdorbene oder nicht verkaufte Ware entstanden sind. Da er im Verhältnis zum Händler auch die bessere Produktkenntnis hat, kann er das Risiko des Verderbs besser kalkulieren und daher seine Risiken leichter als der Händler bei den Preisverhandlungen berücksichtigen.

Ein Verbot, Zahlungen für die „Verschwendung“ von Lebensmitteln im Risikobereich des Händlers zu vereinbaren, reduziert also tendenziell das Angebot, erhöht die Verbraucherabgabepreise und schadet somit dem Konsumenten und verhindert eine angemessene Risikoverteilung in der Lieferkette.

b) Verbote bei Nichtvorliegen bestimmter Voraussetzungen „Graue Klauselliste“ (Art. 3 Abs. 2 und 3)

Es ist darüber hinaus vorgesehen, Handelspraktiken zu verbieten, soweit sie nicht klar und eindeutig vertraglich vereinbart wurden. Auf dieser Grundlage soll die Möglichkeit der vertraglichen Vereinbarung vor allem bestimmte Zahlungen, aber auch die Retournierung nicht verkaufter Lebensmittelerzeugnisse, eingeschränkt werden.

Problematisch ist die graue Klauselliste vor allem deshalb, weil bestimmte, seit Jahrzehnten übliche Praktiken der Lieferkette als potentiell unlauter diskreditiert werden. Weiterhin wird sich auch die Rechtsprechung die Frage stellen, welche Regelungsabsicht und Motive der Gesetzgebung zu Grunde lagen. Daher ist es nicht vollständig ausgeschlossen, dass die Rechtsprechung unverhältnismäßig hohe Anforderungen an das Vorliegen „klar und eindeutig in der Liefervereinbarung“ festgelegter Praktiken stellen wird.

Dabei ist es realitätsfern anzunehmen, dass die Vertragsparteien bei Vertragsabschluss für ein Jahr oder länger im Detail festlegen, wie ihre Geschäftsbeziehung verläuft. Gerade der Einzelhandel, der der fortlaufenden Veränderung des Konsumentenverhaltens ausgesetzt wird, muss hierauf jederzeit flexibel reagieren können. Dies erfordert eine Kooperation mit den Lieferanten, ggf. die Anpassung von Verträgen, Vereinbarung von Promotionsaktionen oder Sonderrabatten. Solche Vereinbarungen werden schriftlich, aber auch mündlich oder per E-Mail geschlossen. Mündliche Vereinbarungen werden dabei in der Regel per E-Mail



oder schriftlich bestätigt (kaufmännisches Bestätigungsschreiben). Die im Entwurf vorgesehenen besonders hohe Anforderungen daran, wie die Vertragsparteien Konditionen zu vereinbaren haben, beschädigt diese erforderliche Flexibilität, verhindert sinnvolle Absprachen und ist, wenn überhaupt, nur dazu geeignet, Bürokratie zu schaffen.

Um den praktischen Bedürfnissen in der Lebensmittellieferkette zu genügen, sollte eine Klarstellung erfolgen, dass die in Art. 3 Abs. 2 genannten Konditionen schlicht durch vertragliche Vereinbarung erfolgen können – dies muss schriftliche, aber auch mündliche und elektronische Vereinbarungen umfassen.

Wünschenswert wäre eine Klarstellung, dass die in Art. 3 Abs. 2 Buchstaben a) bis e) genannten Handelspraktiken üblich und unbedenklich sind und für den Wettbewerb sogar vorteilhaft sein können.

aa) Zurücksendung nicht verkaufter Lebensmittel an einen Lieferanten (Art. 3 Abs. 2 a)

Die Zurücksendung nicht verkaufter Lebensmittel an einen Lieferanten (Art. 3 Abs. 2 a)) ist im Falle vorheriger vertraglicher Vereinbarungen unbedenklich. Auch wenn im Gegenzug der Kaufpreis zurückverlangt wird, kann dies – wie oben unter Gliederungspunkt III.2.a) erläutert – für den Lieferanten vorteilhaft sein. Auf die entsprechenden Ausführungen wird verwiesen. Nur der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass der Richtlinienentwurf jedenfalls dem Wortlaut nach sogar *gesetzliche* Rückgaberechte (z. B. bei Sachmängeln) ausschließt, solange diese nicht zusätzlich in der Liefervereinbarung festgelegt worden sind. Da dies nicht Ziel des Gesetzgebers sein kann, ist hier mindestens eine Klarstellung erforderlich.

bb) Zahlungen für die Lagerung, das Angebot oder die Listung (Art. 3 Abs. 2 b)

Das neue Formerfordernis der „klaren und eindeutigen“ Festlegung in der Liefervereinbarung soll auch gelten, wenn Zahlungen für die Lagerung, das Angebot oder die Listung von Lebensmittelerzeugnissen durch den Lieferanten an den Abnehmer vereinbart werden.

Die seit Jahrzehnten in der Lebensmittellieferkette üblichen Listungsgebühren werden auf diese Weise grundlos unter Generalverdacht gestellt. Es erschließt sich nicht, warum Listungsgebühren in Zukunft nur noch bei Beachtung besonderer Formvorschriften zulässig sein sollen. Die Tatsache, dass die Listung neuer Waren für den Händler mit erheblichen Kosten – z. B. für die Einlistung des Lieferanten, Vergabe einer Lieferantenummer, Restrukturierung von Logistikabläufen, Änderung der Platzvergabe auf den Regalen etc. – verbunden ist und daher mit guten sachlichen Gründen vereinbart werden kann, wird bei dieser tendenziell negativen Bewertung entsprechender Klauseln nicht ausreichend gewürdigt. Dabei ist es bei neuen Produkten oft unabsehbar, ob sich diese verkaufen werden. Dies kann der Hersteller in der Regel wegen seiner überlegenen Marktkenntnis jedenfalls deutlich besser beurteilen als ein Händler mit vielen tausend Artikeln im Sortiment. Industrie und Handel sind daher beide bestrebt, die mit Neulistungen verbundenen Risiken und Kosten untereinander aufzuteilen.

Listungsgebühren sind daher grundsätzlich positiv zu bewerten, denn durch ihren Einsatz finden Neuentwicklungen von Lieferanten leichter den Zugang zum Kunden und werden Kosten und Risiko von Neueinführungen angemessen zwischen Lieferanten und Händlern aufgeteilt. Ein striktes Formerfordernis und die daraus resultierende Einschränkung der Vertragsfreiheit ist wegen der grundsätzlich positiven Auswirkung entsprechender Vereinbarungen auch für die Verbraucher nicht erforderlich und damit unverhältnismäßig.



Dadurch würde dann aber mittelbar endgültig die Angebotsvielfalt und Produktinnovation zum Nachteil der Lieferanten und Verbraucher reduziert.

cc) Werbekostenzuschüsse (Art. 3 Abs. 2 c))

Weiterhin sollen die seit Jahrzehnten im Einzelhandel üblichen Werbekostenzuschüsse (WKZ) der Lieferanten an den Händler verboten werden, wenn die in S. 1 genannten Formerfordernisse nicht erfüllt werden. Dabei bleibt offen, in welchem Verhältnis die im Satz 2 genannten Voraussetzungen zu der Handelspraktik stehen. Es ist unklar, ob die Praktik der Vereinbarung von Werbekostenzuschüssen nun erlaubt oder ausschließlich verboten sein soll, wenn die im Satz 2 genannten Voraussetzungen vorliegen.

Von dem daraus resultierenden Klarstellungsbedarf abgesehen, werden mit dem Verbot aber auch völlig grundlos Werbekostenzuschüsse diskreditiert. Tatsächlich führt der Händler Werbemaßnahmen für Produkte nicht nur im eigenen Interesse durch, sondern auch im Interesse der Lieferanten. Diese können in Folge der Werbemaßnahmen des Händlers nämlich ganz oder mindestens teilweise auf eigene Werbung verzichten. Lieferanten haben in der Regel auch ein Interesse, die entsprechende Werbung der Händler mitzugestalten und zu wissen, wann, wo und wie für ihre Produkte geworben wird. Sie sind von diesen Informationen sogar abhängig, um eine ausreichende Produktverfügbarkeit sicherzustellen und eine optimale Auslastung ihrer Produktionskapazitäten zu gewährleisten. Viele Lieferanten sehen daher auch ein eigenes Werbebudget in ihrer Budgetplanung vor, das sie wahlweise entweder für Eigenmaßnahmen oder für Werbemaßnahmen, die vom Händler durchgeführt werden, aufwenden.

dd) Zahlungen für die Vermarktung von Lebensmittelerzeugnissen (Art. 3 Abs. 2 d))

Schließlich sollen auch Zahlungen für die Vermarktung von Lebensmittelerzeugnissen unter das Formerfordernis gestellt und damit die Möglichkeiten entsprechender Vereinbarungen faktisch eingeschränkt werden (Art. 3 Abs. 2 d)).

Die Abgrenzung zu dem Verbot von Werbekostenzuschüssen bleibt offen, die Regelung ist damit nicht hinreichend konkret. Insbesondere fehlt ein klarer Hinweis, welche „Vermarktung“ im Fokus der Vorschrift steht. Einer entsprechenden Regulierung stehen aber in jedem Fall die bereits oben unter Gliederungspunkt III.2.b) cc) erläuterten Bedenken entgegen. Darauf wird entsprechend Bezug genommen.

c) Erfordernis der Angabe von Kosten für Leistung oder Werbemaßnahmen (Art. 3.3)

Laut Art. 3.3 soll bei vereinbarten Maßnahmen nach Art. 3.2 (b–d) der Händler auf Verlangen dem Lieferanten pro Stück oder als Gesamtsumme die Kosten angeben, die dem Lieferanten entstehen können. Dieses Erfordernis ignoriert, dass der Lieferant diese Kosten selbst aus den vertraglichen Vereinbarungen berechnen kann. Leistungsgebühren werden in der Regel pauschal, Kosten für Werbemaßnahmen in der Regel als prozentuale Beteiligung an einer Maßnahme vereinbart. Auch hier gibt es jedoch eine große Bandbreite von Möglichkeiten, z. B. Staffelveinbarungen. Alle diese Konditionen werden zwischen den Vertragsparteien besprochen und vereinbart, die finalen Kosten können dabei z.B. abhängig vom Erfolg der Werbemaßnahme vorher nicht final bestimmt werden. Die Anforderung der Berechnung durch die Händler läuft insoweit konträr zur Realität und der Flexibilität in den Vertragsbeziehungen. Dies gilt insbesondere, soweit die Anforderung schon bei Vertragsabschluss bestünde, da der genaue Verlauf der Vertragsbeziehung und des Erfolgs bestimmter Produkte im kommenden Geschäftsjahr völlig unabsehbar ist.



3. Durchsetzungsbehörde

Es soll eine Durchsetzungsbehörde benannt werden (Art. 4): Hier ist darauf zu achten, dass keine eigene neue Behörde oder neue Verwaltungsstruktur für diesen Zweck geschaffen wird, sondern vielmehr bestehende Institutionen, die über die notwendige tiefe Expertise des Funktionierens der Lebensmittellieferkette verfügen, beauftragt werden. Der Aufbau neuer Bürokratie sollte vermieden werden.

Darüber hinaus ist es abzulehnen, dass die so beauftragten Behörden selbstständig tätig werden sollen, um die Lieferkette zu untersuchen. Kein Wirtschaftszweig ist in seinen Konditionen einer allgemeinen Überprüfung von Vertragsbedingungen unterworfen, dies widerspricht dem Wesen des Zivilrechts. Solange sich Marktteilnehmer nicht über verwendete Konditionen beschweren sollten sich Behörden fernhalten. Ein Tätigwerden entsprechender Behörden sollte daher nur erfolgen, wenn Beschwerden von Marktteilnehmern vorliegen.

4. Beschwerden und Vertraulichkeit:

Die Richtlinie sieht ein Beschwerderecht (Art. 5 und 6) für KMU-Lieferanten in Bezug auf ihre großen Käufer vor. Wünschenswert wäre der Hinweis, dass bereits eine beträchtliche Anzahl der großen Marktteilnehmer der Supply-Chain-Initiative beigetreten sind und diesen Streitbeilegungsmechanismus bereits heute erfolgreich nutzen. Das könnte – auch durch die Aufwertung der SCI um den „Independent Chair“ auch für KMU eine attraktivere Lösung sein, als von seinem Beschwerderecht gegenüber der Behörde Gebrauch zu machen.

Artikel 48 der EU-Charta der Grundrechte verlangt, dass die Durchsetzungsbefugnisse ein Recht auf Verteidigung, einschließlich des Zugangs zu Tatsachen im Zusammenhang mit einer Beschwerde und Rechtsmittel, umfassen. Die Möglichkeit der Durchsetzungsbehörde, die Identität des Beschwerdeführers nicht offenzulegen, darf die Verteidigungsmöglichkeiten des von der Beschwerde betroffenen Unternehmens in keiner Weise beeinträchtigen. Das muss sich in der Richtlinie voll und ganz widerspiegeln. Ein „Naming and Shaming“-Verfahren ist nicht notwendig und sollte auch nicht praktiziert werden (Art. 6 e). Die namentliche Veröffentlichung von Urteilen durch Gerichte ist bislang nur in sehr wenigen Mitgliedstaaten überhaupt möglich.

II. Zusammenfassung:

Der Richtlinienvorschlag der Kommission über „**unlautere Handelspraktiken in den Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen in der Lebensmittelversorgungskette**“ ist in seiner Intention – den Landwirten aus der wirtschaftlichen Misere zu helfen – nachvollziehbar, das Mittel der Wahl allerdings aus deutscher Sicht gravierend systemfremd. Wesentlich zielführender wären Maßnahmen, die auf eine bessere Wettbewerbsfähigkeit der Landwirtschaft zielen, anstatt den unvermeidlichen Strukturwandel politisch weiter zu leugnen. In Deutschland wird der Missbrauch von Marktmacht bei Vertragsverhandlungen sehr effektiv durch das Bundeskartellamt geahndet. Das macht diesen europäischen regulativen Eingriff aus deutscher Sicht völlig überflüssig und wird nur zu neuem Bürokratieaufbau führen. Deshalb sollte in den weiteren Verhandlungen zu diesem Richtlinienvorschlag streng darauf geachtet werden, dass gut funktionierende nationale Systeme weiterhin unveränderten Bestand haben können und nicht durch neue zivilrechtliche Regelungen überlagert werden, die im Ergebnis zu einer insgesamt hochproblematischen Überregulierung führen würden.



Annex: Funktionierendes System in Deutschland

In Deutschland besteht keine Notwendigkeit, durch neue regulatorische Maßnahmen in die Vertragsbeziehungen in der Lebensmittellieferkette einzugreifen. Der geltende zivil- und wettbewerbsrechtliche Rahmen bietet im Gegenteil hinreichenden Schutz vor Benachteiligungen insbesondere durch einen stärkeren Vertragspartner.

1. Nationaler Rechtsrahmen schützt KMU

a) *Zivilrechtliche AGB-Kontrolle/Kontrolle durch Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG)*

Die zivilrechtliche Inhaltskontrolle in Bezug auf Allgemeine Geschäftsbedingungen ist in Deutschland auch auf das B2B-Verhältnis anwendbar (§ 310 Abs. 1 S. 2 BGB). Danach sind Vertragsklauseln unwirksam, wenn sie einen Vertragspartner gegen die Gebote von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen (§ 307 Abs. 1 BGB). Es obliegt der richterlichen Kontrolle festzustellen, ob einzelne, von einem Vertragspartner verwendete Klauseln unwirksam sind. Dabei haben die ursprünglich nur für Verbraucher geltenden Klauselverbote (§§ 308, 309 BGB) auch für B2B-Verhältnisse eine durch umfangreiche Rechtsprechung gefestigte Indizwirkung, die eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners nahelegt. Damit können auch starke Verhandlungspartner nicht nach Belieben den Vertragsinhalt diktieren, sondern müssen sich dabei der zivilrechtlichen und – da es sich bei den Vorschriften des §§ 307 ff. BGB um Marktverhaltensregeln im Interesse der Wettbewerber handelt und bei einer Verwendung unwirksamer AGB der Rechtsbruchtatbestand gemäß § 3 a UWG verwirklicht ist – auch der wettbewerbsrechtlichen Kontrolle nach den Vorschriften des UWG unterwerfen. Tun sie das nicht, setzen sie sich u. a. dem Risiko einer Abmahnung durch entsprechende Wirtschaftsverbände aus (s. u.). Sie können dann zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung und zum Tragen der Verfahrenskosten gezwungen werden. Von wenigen Ausnahmen abgesehen, gilt in der Praxis der AGB-Kontrolle für Unternehmen annähernd dasselbe Schutzniveau wie für Verbraucher. Gerade die in den absoluten Klauselverboten des Richtlinienvorschlages geregelten Aspekte sind bereits nach dem deutschen Zivilrecht in AGB unzulässig.

b) *Kartellrecht*

Das deutsche Kartellrecht schützt schwächere Marktteilnehmer insbesondere aus dem KMU-Bereich nicht nur vor Diskriminierungen durch marktbeherrschende Unternehmen i. S. d. § 19 GWB, sondern durch die Missbrauchskontrolle auch vor Unternehmen mit relativer Marktmacht (§ 20 GWB), d.h. vor Unternehmen, von denen der schwächere Marktteilnehmer abhängig ist. Besondere Bedeutung hat dabei das „Anzapfverbot“ (§ 20 Abs. 2 i. V. m. § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB). Danach ist es auch Unternehmen mit relativer Marktmacht verboten, ohne sachliche Rechtfertigung Vorteile von einem Vertragspartner z. B. aus dem KMU-Bereich zu verlangen. Das marktstarke Unternehmen ist verpflichtet, seine Forderung objektiv nachvollziehbar zu begründen und darzulegen, warum der geforderte Vorteil in einem angemessenen Verhältnis zum Grund der Forderung steht.

Die o. g. Regelungen stellen schon heute hinreichende Leitplanken für die Vertragsverhandlungen dar. Positiv ist zu bemerken, dass der im deutschen Recht verfolgte Ansatz abstrakter Regelungen hinreichenden Raum für



eine Rechtsfortbildung durch die Rechtsprechung abhängig von veränderten wirtschaftlichen Rahmenbedingungen bietet. Außerdem können bestehende Handelsbräuche und -gewohnheiten berücksichtigt werden. Innovationen bei der Konditionengestaltung bleiben damit ebenso möglich wie flexible Reaktionen auf ein verändertes geschäftliches Umfeld (z. B. Digitalisierung) durch neue Vertragsgestaltungen. Die vorhandenen abstrakten Regelungen sind daher den in Art. 3 des vorliegenden Richtlinien-Entwurfs enthaltenen konkreten Klauselverboten deutlich überlegen und diesen vorzuziehen. Im Übrigen betonen auch das Bundeskartellamt und der Bundesgerichtshof, dass „aufgrund der Komplexität und der Unterschiedlichkeit der individuellen bilateralen Verhandlungen sowie der begrenzten Verfügbarkeit von Daten [...] eine exakte quantitative Aufrechnung von Leistung und Gegenleistung und damit einer Kontrolle der ‚Austauschgerechtigkeit‘“ durch staatliche Einrichtungen kaum möglich sind (vgl. BGH, Beschl. V. 23.01.2018 – KVR 3/17 – Hochzeitsrabatte, Rn. 19 unter Bezugnahme auf das BKartA). Dem ist auch mit Blick auf die UTP-Gesetzgebung zuzustimmen.

c) *Rechtsdurchsetzung*

Der bestehende Rechtsrahmen kann in Deutschland auch effektiv durchgesetzt werden.

Soweit der „Angstfaktor“, der häufig kleineren Marktteilnehmern unterstellt wird, in Deutschland überhaupt eine praktische Rolle spielt, wird er durch zahlreiche wettbewerbliche Sondervorschriften ausgeglichen.

Zivilrechtlich kann der Verwender unzulässiger AGB von Verbänden auf Unterlassung in Anspruch genommen werden (§ 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG). Der Marktteilnehmer aus dem KMU-Bereich muss daher im Zuge der privaten Rechtsdurchsetzung nicht als Anspruchsteller und Kläger in Erscheinung treten.

Insbesondere gibt es für die betroffenen Unternehmen auch keinen Grund, auf die Meldung eines kartellrechtswidrigen Verhaltens bei der Aufsichtsbehörde zu verzichten. Ggf. kann eine solche Meldung nämlich auch vom Verband abgegeben werden, wenn der Betroffene aus Sorge vor möglichen zukünftigen Benachteiligungen durch die potentiellen Kartellanten nicht selbst in Erscheinung treten will. Von dieser Möglichkeit wurde in den vergangenen Jahren auch tatsächlich Gebrauch gemacht. Außerdem hat die Praxis der letzten Jahre gezeigt, dass schwächere Marktteilnehmer ihren Vertragspartner bei mutmaßlichen Diskriminierungen auf die Kartellrechtswidrigkeit dieser Verhaltensweisen aufmerksam machen. Wegen der drohenden hohen Bußgelder und der Kronzeugenregelung hat ein solcher Hinweis in der Praxis erhebliche disziplinierende Wirkung.

Außerdem ist es Unternehmen ausdrücklich verboten, einem anderen Nachteile zuzufügen, weil dieses ein Einschreiten der Kartellbehörde beantragt oder angeregt hat (§ 21 Abs. 4 GWB). Ein Verstoß gegen dieses Verbot wird als Ordnungswidrigkeit verfolgt (§ 81 Abs. 2 Ziff. 1 GWB) und kann mit einer Geldbuße von bis zu einer Millionen Euro, gegen ein Unternehmen sogar mit einer höheren Geldbuße von bis zu 10 Prozent des Gesamtumsatzes des Unternehmens, geahndet werden (§ 81 Abs. 4 S. 1 und 2 GWB).

Weiterhin kann die Kartellbehörde auf Bitten des Beschwerdeführers, also ggf. des benachteiligten marktschwachen KMU, zu dessen Schutz auch ein Verfahren „von Amts wegen“ einleiten und so verhindern, dass die Identität des die Diskriminierung anzeigenden Unternehmens frühzeitig offenbart wird (§ 54 Abs. 1 S. 2 GWB).

Schließlich verbessert die Formulierung der in der Richtlinie vorgesehenen konkreten Klauselverbote keinesfalls die Möglichkeiten von KMU zur effektiven Rechtsdurchsetzung, weil die Verfahrensvorschriften für die Beschwerden nach Art. 5 nicht über die bereits in Deutschland bekannten Instrumente hinausgehen und auch aus



praktischen rechtstaatlichen Gründen nicht hinausgehen können. Es gibt keinen Grund, warum die Rechtsdurchsetzung bei konkreten Klauselverboten besser gelingen sollte als bei abstrakten Regelungen, wie sie derzeit in Deutschland bestehen. Keinesfalls stellen die geplanten konkreten Verbote von UTPs eine Lösung des angeblichen „Angstfaktors“ dar.

2. Gefahr der Überregulierung

Wenn die EU-Kommission – wie mit den konkreten Klauselverboten – geplant einen „one-size-fits-all“ Ansatz wählt, greift sie mit systemfremden Maßnahmen schädigend in bestehende, gut funktionierende Strukturen ein, die außer in Deutschland auch in anderen Mitgliedstaaten existieren. Die damit drohende Kombination aus (nationalen) abstrakten Regelungen und konkreten (europäischen) Klauselverboten wird dann zwangsläufig zu einer wettbewerbsschädlichen und – mindestens in Bezug auf Deutschland – völlig unnötigen Überregulierung führen.

Statt neue Verbote einzuführen, sollte der europäische Gesetzgeber daher eher die Übernahme der in Deutschland immerhin grundsätzlich bewährten zivil- und wettbewerbsrechtlichen Rahmenbedingungen anstreben.

3. Selbstregulierung wird gefährdet

Auf nationaler Ebene haben die Verbände der Lebensmittelkette zusätzlich zu dem bestehenden kartell- und zivilrechtlichen Rechtsrahmen auf freiwilliger Basis einvernehmlich Maßnahmen zur Durchsetzung der auf europäischer Ebene im Rahmen der Supply Chain Initiative (SCI) vereinbarten Prinzipien der guten fachlichen Praxis im Wege der alternativen Streitbeilegung ergriffen. Die hierzu eingerichtete „Nationale Dialogplattform“ hat Anfang Juni 2016 ein aus mehreren Elementen bestehendes Instrumentarium zur Umsetzung der europäischen Vorgaben („Prinzipien der guten fachlichen Praxis“) erarbeitet. Den Unternehmen werden danach die folgenden freiwilligen Möglichkeiten zur Streitbeilegung zur Verfügung gestellt:

- Mediation: Bereitstellung einer Liste mit fachkundigen Mediatoren
- Schlichtungsverfahren: Einrichtung einer Schlichtungsstelle mit drei externen, unbefangenen und sachkundigen Schlichtern unter dem Vorsitz von Herrn Prof. Dr. Joachim Bornkamm, Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof a. D.
- Gutachten zu anonymisierten Streitigkeiten von genereller Bedeutung: Das Schlichtungsgremium ist auch für die Erstellung von Gutachten bei konkreten, aber anonymisierten Problemstellungen zuständig.

Durch die eigene Webseite der Dialogplattform Lebensmittellieferkette sowie intensive Öffentlichkeitsarbeit wird eine hohe Publizitätswirkung des neuen Instrumentariums gewährleistet. Damit haben alle Unternehmen der Lieferkette auch in der Praxis die Möglichkeit, die neuen Möglichkeiten beim Streit über die Prinzipien guter fachlicher Praxis der europäischen SCI zu nutzen. Insbesondere Unternehmen kleiner und mittlerer Größe können das neue Instrumentarium ohne weitere Hürden sofort in Anspruch nehmen.

Die Praxis hat gezeigt, dass der Schlichtungsmechanismus der nationalen Dialogplattform funktioniert. Besonders hervorzuheben ist die effiziente Vorfeldwirkung, so dass Streitigkeiten mit Blick auf den Mechanismus der Dialogplattform häufig schon zwischen den Unternehmen ohne konkrete Nutzung der Streitbeilegungsinstrumente gelöst werden. Gleichzeitig liegt der Schlichtungsstelle der Dialogplattform derzeit ein erster abstrakter



Sachverhalt zur Begutachtung vor und belegt damit die Praxisrelevanz der Einrichtung. Es ist davon auszugehen, dass nach erfolgreichem Abschluss dieses ersten Verfahrens dem Schlichtungsgremium weitere Fälle zur Entscheidung vorgelegt werden.

Sollten die Klauselverbote des Richtlinienentwurfs in Kraft treten, stellt sich die Frage, ob die Prinzipien der SCI obsolet sind. Damit würde auch das in Deutschland vorbildlich und autonom eingerichtete System der Selbstregulierung durch die Nationale Dialogplattform gefährdet.