Dr. Peter Schröder
für die 72. Sitzung des Ausschusses für Ernährung und Landwirtschaft
öffentliche Anhörung zu

Stellungnahme des Einzelsachverständigen

a) Antrag der Fraktion der FDP "Faire Bedingungen für Lebensmittel aus deutscher Landwirtschaft im EU-Wettbewerb" (BT-Drs. 19/25794)

b) Gesetzesentwurf der Bundesregierung "Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Agrarmarktstrukturgesetzes" (BT-Drs. 19/26102)

> am Montag, den 22. Februar 2021, 12:00 Uhr bis 14:00 Uhr



Stellungnahme

zu dem Entwurf der Bundesregierung eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Agrarmarktstrukturgesetzes

(Bundestagsdrucksache 19/26102)

2. Februar 2021



Inhalt

I.		Einleitung	3
II.		Grundsätzliches	4
III.		Zu den geplanten Regelungen im Einzelnen	6
	1.	Begriffsbestimmungen (Art. 1 Nr. 6 lit. b - § 2 Abs. 1 AgrarOLkG-E) a) Definition "verderblicher Agrar-, Fischerei- und Lebensmittelerzeugnisse" (Nr. 4)	6
		b) Definition des "Lieferanten" (Nr. 7)	7
	2.	Geschäftsbeziehungen in der Lieferkette (Art. 1 Nr. 16) a) Anwendungsbereich (§ 10 AgrarOLkG-E) b) Zahlungsfristen (§ 11 AgrarOLkG-E)	8 8 9
		c) Vereinbarung über das Zurückschicken nicht verkaufter Erzeugnisse (§ 12 AgrarOLkG -E)	10
		 d) Vereinbarung von Zahlungen oder Preisnachlässen für die Lagerung von Erzeugnissen (§ 14 AgrarOLkG-E) e) Vereinbarung über einseitige Vertragsänderung (§ 15 AgrarOLkG-E) f) Vereinbarung über Kostenübernahme durch den Lieferanten (§ 16 AgrarOLkG-E) g) Androhung von Vergeltungsmaßnahmen (§ 17 AgrarOLkG-E) h) Mangels Vereinbarung unlautere Handelspraktiken (§ 19 AgrarOLkG-E) i) Verbotene Handelspraktiken (§ 22 AgrarOLkG-E) j) Anwendbarkeit des GWB (§ 23 AgrarOLkG-E) k) Beschwerde (§ 24 Abs. 1 AgrarOLkG-E) l) Befugnisse der Durchsetzungsbehörde (§ 26 AgrarOLkG-E) m) Gerichtsverfahren (Abschnitt 4) 	11 13 14 16 17 21 22 23 23 25
	3.	Übergangsbestimmung (Art. 1 Nr. 22 b § 33 AgrarOLkG-E)	26
IV.		Zusammenfassung	26



I. Einleitung

Der Handelsverband Deutschland (HDE) ist die Spitzenorganisation des deutschen Einzelhandels. Insgesamt erwirtschaften in Deutschland 300.000 Einzelhandelsunternehmen mit drei Millionen Beschäftigten an 450.000 Standorten einen Umsatz von rund 535 Milliarden Euro jährlich. Im Handelsverband Deutschland (HDE) sind Unternehmen aller Branchen, Größenklassen und Vertriebswege mit rund 100.000 Betriebsstätten organisiert. Sie stehen für rund 75 Prozent des Einzelhandelsumsatzes in Deutschland.

Die Richtlinie über unlautere Handelspraktiken in den Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen in der Agrar- und Lebensmittelversorgungskette (RL 2019/633, im Folgenden: UTP-Richtlinie) wurde im April 2019 im Amtsblatt der Kommission veröffentlicht und ist bis zum 01.05.2021 in nationales Recht umzusetzen.

Der Regelungsgegenstand der Richtlinie wird seit vielen Jahren auf europäischer Ebene diskutiert. Der europäische Gesetzgeber hat es schließlich für erforderlich gehalten, gesetzlich mit der UTP-Richtlinie in die Vertragsbeziehungen der Lieferkette einzugreifen, um "faires" Verhalten der Vertragspartner zu gewährleisten. Dabei wird mit konkreten Vertragsgestaltungsvorschriften in verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter (Art. 12 Abs. 1 und Art. 2 GG) eingegriffen. Diese weitgehenden und den Grundsätzen einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung widersprechenden Maßnahmen sind vom Willen getragen, die Position kleinerer Erzeuger in den Vertragsverhandlungen mit relativ größeren Vertragspartnern zu verbessern und ihre Erträge zu erhöhen. Aber selbst dieser ordnungspolitisch fragwürdige Ansatz wurde im europäischen Richtlinienverfahren durch die Ausdehnung des Schutzbereichs auch auf nachgelagerte (Industrie-)Unternehmen der Lebensmittellieferkette verwässert und damit die ordnungspolitische Fehlausrichtung der europäischen Gesetzgebung weiter verschärft. Dabei war die Erweiterung des Schutzbereichs zur Zweckerreichung weder erforderlich noch geeignet. Es ist nämlich eine Tatsache, dass eine Beeinträchtigung der Erzeuger durch Vertragsgestaltungen negative zwischen Akteuren der Lebensmittellieferkette wie Industrie und ("Kaskadeneffekt") in keiner Weise belegt ist und daher vom Chefvolkswirt der GD Wettbewerb auch in Zweifel gezogen wurde (Economic impact of unfair trading practices regulations in the food supply chain (DG Competition), 22.01.2018, in: Commission Staff Working Document, Impact Assessment, Initiative to improve the food supply chain (unfair trading practices), S. 260, 262 f.). Im Gegenteil kann der Eingriff in die Austauschverhältnisse zwischen Industrie und Handel die unterschiedlichen Ertragslagen der Hersteller und des Lebensmitteleinzelhandels zementieren oder weiter zu Gunsten der Hersteller beeinflussen. Bereits heute erzielen Hersteller im Vergleich zum Handel vielfache Umsätze und Renditen von teilweise über 20 Prozent.

Durch die Richtlinie werden Wettbewerbsbeschränkungen in der gesamten Lieferkette nun nicht nur bewusst in Kauf genommen, sondern sogar intendiert und ein Sonderregulierungsrecht geschaffen, das sich von kartellrechtlichen Wertmaßstäben abkoppelt. Der Eingriff des Gesetzgebers in die Vertragsbeziehungen ist daher mit erheblichen volkswirtschaftlichen Risiken und der Gefahr von Wohlstandsverlusten verbunden.



Der HDE hat sich im Hinblick auf die Pläne einer Regulierung auf nationaler wie EU-Ebene frühzeitig ablehnend positioniert. An unserer kritischen Position hat sich seitdem nichts geändert. Für das laufende und wegen der europäischen Vorgaben unvermeidliche nationale Gesetzgebungsvorhaben galt daher von Beginn an, dass auf jeden Fall jede weitere, über die europäischen Vorgaben hinausgehende Regulierung zu vermeiden ist und die Funktionsfähigkeit der effizienten Lieferkette auch im Interesse der Verbraucher nicht gefährdet werden darf.

Anders als der Referentenentwurf geht der Regierungsentwurf nun aber leider an entscheidenden und wettbewerbsrelevanten Stellen über die EU-Vorgaben hinaus und entspricht damit einem klassischen "Gold-Plating". Dies halten wir für einen schweren Fehler, der im parlamentarischen Verfahren unbedingt korrigiert werden sollte.

II. Grundsätzliches

Für Deutschland besteht grundsätzlich 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. In diesem Zusammenhang ist nur beispielhaft auf die kartellrechtlichen Vorschriften zur Missbrauchsaufsicht, die zivilrechtliche AGB-Kontrolle und die lauterkeitsrechtlichen Rahmenbedingungen (UWG) zu verweisen. Die Rechtsprechung (z. B. die Hochzeitsrabatt-Entscheidung des BGH, Urteil vom 23.01.2018, Az. KVR 3/17), die Aktivitäten verbandsklagebefugter Einrichtungen wie die der Wettbewerbszentrale sowie die vielfältige Fallpraxis des Bundeskartellamts belegen, dass in Deutschland kein Durchsetzungsdefizit zum Nachteil der Lieferanten besteht.

Trotzdem sieht die nun umzusetzende Richtlinie weitere Regulierungen vor und will durch gesetzlich vorgegebene konkrete Klauselverbote in die Vertragsbeziehungen eingreifen, um mehr "Fairness" zu gewährleisten. Damit weicht die Richtlinie vom Prinzip der deutschen Rechtsordnung ab, die bei Eingriffen in die Vertragsbeziehungen im B2B-Bereich tendenziell mit abstrakten Regelungen arbeitet und dem Rechtsanwender und der Rechtsprechung damit bei der Beurteilung eines konkreten Sachverhalts hinreichend Spielraum bietet.

Eingriffe in die Vertragsbeziehungen sind per se geeignet, Effizienzverluste herbeizuführen. Mit diesen Eingriffen ist nämlich eine Beschränkung der Vertragsfreiheit verbunden, die im Ergebnis darauf zielt, eine "angemessene" Verteilung der Produzentenrenten zwischen den Gliedern der Lieferkette sicherzustellen. Intendiert wird dabei der Schutz bzw. die Erhöhung der Produzentenrente einzelner Stufen auf Kosten der Verbraucher, ohne dass eine Weitergabe innerhalb der Lieferkette an die kleinen Erzeuger sichergestellt werden kann. Eine solche Umverteilungspolitik entfernt sich grundsätzlich von einer auf Freiheit des Wettbewerbs und auf Effizienz ausgerichteten Wettbewerbsordnung.



Außerdem ist zu berücksichtigen, dass der Eingriff in hochsensible und meist gerade noch ausbalancierte Verhältnisse innerhalb der Lebensmittellieferkette vorgesehen ist. Dies muss mit Augenmaß und höchster Zurückhaltung erfolgen, weil sonst nicht nur eine Beschädigung des Wettbewerbs zu befürchten ist, sondern auch Nachteile für die Verbraucher in Form höherer Lebensmittelpreise zu erwarten sind, ohne die intendierten Ziele für die Erzeugerstufe zu erreichen.

Mit Unverständnis hat der Einzelhandel daher zur Kenntnis genommen, dass die Bundesregierung von der Regelung des Art. 9 der UTP-Richtlinie, nach der es den Mitgliedstaaten freisteht, "strengere" Vorschriften zur Bekämpfung "unlauterer" Handelspraktiken einzuführen, Gebrauch gemacht hat. Der Einzelhandel hält es für einen schweren Fehler, dass die Bundesregierung dieser Versuchung erlegen ist. Umso wichtiger ist es, dass sich die Mitglieder des Bundestags im parlamentarischen Verfahren an einer Eins-zu-eins-Umsetzung der europäischen Vorgaben orientieren und die Fehlentscheidungen der Bundesregierung wieder rückgängig machen.

Nur eine Umsetzung der UTP-Richtlinie "eins zu eins" entspricht auch der Vereinbarung der Koalitionspartner, die sich im Koalitionsvertrag mit nicht zu überbietender Klarheit wie folgt verständigt haben: "EU-Regelungen werden wir 1:1 umsetzen". Diese Verabredung muss auch für das anstehende Umsetzungsgesetz gelten.

Wir werden im Folgenden unter Gliederungspunkt III. konkrete Vorschläge unterbreiten, wie eine "Eins-zu-eins-Umsetzung" im parlamentarischen Verfahren gewährleistet werden kann. Hierzu müssen vor allem die offensichtlich über die EU-Vorgaben hinausgehenden generellen Verbotstatbestände zu Praktiken, die in der UTP-Richtlinie nur Gegenstand der "Grauen Liste" sind, wie nach den EU-Vorgaben und im Referentenentwurf vorgesehen, wieder für den Fall erlaubt werden, dass sie klar und eindeutig vertraglich vereinbart werden.

In diesem Zusammenhang weisen wir darauf hin, dass schon die Erfüllung einer Umsetzung "eins zu eins" für die Wirtschaft mit Belastungen verbunden sein wird, die jedenfalls deutlich über die im Regierungsentwurf veranschlagte Summe von rund 12,5 Mio. Euro (S. 37) hinausgehen. Dies ergibt sich aus der Tatsache, dass der Zeitaufwand bei allen Unternehmen unabhängig von ihrer Branchenzugehörigkeit signifikant über die eine (!) Stunde pro Marktteilnehmer hinausgehen wird, die der Berechnung (vgl. Begründung S. 24 f.) zu Grunde gelegt wurde. Tatsächlich lösen die Neuregelungen bei großen Unternehmen einen erheblichen Schulungsaufwand von mehreren hundert Stunden aus, um den eigenen Compliance-Anforderungen zu genügen. Aber auch kleinere Erzeuger werden sich unabhängig von den Informationen durch ihre Verbände intensiv mit der Materie auseinandersetzen und ggf. Verhandlungen mit ihren Abnehmern zur Anpassung bereits geschlossener Verträge führen müssen. Dies ist in durchschnittlich einer Stunde keinesfalls zu leisten. Zudem ist der Stundensatz von 36,20 Euro praxisfern und viel zu niedrig angesetzt worden. Der durch das Gesetz ausgelöste Erfüllungsaufwand wird die im Referentenentwurf genannten 12,5 Mio. Euro daher jedenfalls um ein Vielfaches übersteigen.



Weiterhin soll bereits an dieser Stelle auf die große Bedeutung effizienter Lieferketten für die Verbraucherwohlfahrt hingewiesen werden. Im Rahmen des weiteren Gesetzgebungsverfahrens sollte der Gesetzgeber daher darauf achten, dass diese Effizienz nicht beschädigt wird und ein lebhafter Wettbewerb auch auf der Ebene der Lieferanten nicht womöglich deshalb erlahmt, weil KMU-Hersteller durch die staatliche Regulierung ihrer Wettbewerbsfähigkeit gegenüber großen, internationalen Konzernen beraubt werden.

Mit Blick auf die Bedeutung für den Wettbewerb insgesamt, die marktwirtschaftliche Ordnung und die Verbraucherwohlfahrt wird der HDE auch das parlamentarische Verfahren konstruktiv begleiten. Wir wollen in diesem Rahmen unseren Betrag leisten, damit etablierte Abläufe und gut ineinandergreifende Regelungssysteme nicht beschädigt werden. Deshalb ist es von Bedeutung, die vorgeschlagenen Regelungen im Einzelnen auf ihre möglichen Auswirkungen auf die Praxis genau zu bewerten und – soweit erforderlich – Anpassungen vorzunehmen. Dabei dienen die vom HDE vorgeschlagenen Klarstellungen unbestimmter Rechtsbegriffe und offener Auslegungsfragen im Gesetzentwurf oder in der Gesetzesbegründung aber keineswegs dem Zweck, die europäischen Vorgaben aufzuweichen. Für dringend erforderlich halten wir es allerdings, die über die EU-Vorgaben hinausgehenden Regulierungen im Regierungsentwurf wieder auf den Status einer Eins-zueins-Umsetzung zurückzuführen.

III. Zu den geplanten Regelungen im Einzelnen

1. Begriffsbestimmungen (Art. 1 Nr. 6 lit. b - § 2 Abs. 1 AgrarOLkG-E)

In § 2 Abs. 1 AgrarOLkG-E werden verschiedene Begriffe, zum Teil nach den Vorgaben des Art. 2 der UTP-Richtlinie, legal definiert.

Von besonderer Bedeutung ist die Legaldefinition des Begriffs der "verderblichen Agrar-, Fischerei- und Lebensmittelerzeugnisse" in Nr. 4 und die Definition des Lieferanten gemäß Nr. 7.

a) Definition "verderblicher Agrar-, Fischerei- und Lebensmittelerzeugnisse" (Nr. 4)

Nach Nr. 4 handelt es sich um "verderbliche" Erzeugnisse, wenn sie 30 Tage nach der Ernte oder Erzeugung nicht mehr zum Verkauf geeignet sind. Die Definition differenziert allerdings zwischen verarbeiteten und unverarbeiteten Erzeugnissen. Bei unverarbeiteten Erzeugnissen sollen Schutzmaßnahmen – z. B. Kühlung von Obst nach der Ernte – unberücksichtigt bleiben. Unabhängig von ggf. auch üblichen Schutzmaßnahmen gelten diese unverarbeiteten Erzeugnisse danach als "verderblich", wenn sie ohne diese Schutzmaßnahmen in dem Zeitraum von 30 Tagen nicht mehr verkauft werden können.



Richtigerweise ist damit klargestellt, dass Schutzmaßnahmen bei verarbeiteten Produkten immer zu berücksichtigen sind. Dies ist wichtig, weil sonst sämtliche Lebensmittelerzeugnisse – einschließlich der lang haltbaren konservierten Waren – als verderblich gelten würden, was offensichtlich nicht der Intention des europäischen Gesetzgebers entspricht.

Bei unverarbeiteten Erzeugnissen kann die Regelung allerdings in bestimmten Fallkonstellationen über den Regulierungswillen des europäischen Gesetzgebers hinausgehen. Hierzu ist die Definition der verderblichen Lebensmittel im Zusammenhang mit den Regelungen zu den Zahlungsfristen gemäß Art. 3 Abs. 1 a) UTP-Richtlinie (umgesetzt mit § 11 AgrarOLkG-E) zu betrachten. Intention des EU-Gesetzgebers war es nämlich, kürzere Zahlungsziele für Erzeugnisse vorzugeben, wenn unter normalen Umständen davon ausgegangen werden kann, dass diese bei Fälligkeit der Zahlung wegen ihrer begrenzten Haltbarkeit verkauft und konsumiert sind. Bei der nun mit § 2 Abs. 1 Nr. 4 AgrarOLkG-E geplanten Definition "verderblicher Erzeugnisse" würden dagegen auch unverarbeitete Erzeugnisse, die standardmäßig den Schutzmaßnahmen unterzogen werden, als "verderblich" definiert werden, obwohl im Regelfall durch die Schutzmaßnahme eine längere Haltbarkeit realisiert wird. So werden z. B. Bananen und Äpfel ganz überwiegend im Kühllager zwischengelagert, so dass sie deutlich länger als 30 Tage für den Verzehr und damit auch für den Verkauf geeignet sind. Die im Entwurf vorgesehene Definition würde in der Praxis also dazu führen, dass die kürzeren Zahlungsfristen auch bei Produkten anwendbar wären, obwohl diese vor Ablauf der Frist nicht unbedingt verkauft wurden. Es erschließt sich nicht, warum ausweislich der Gesetzesbegründung (S. 42) entsprechende Behandlungen "unerheblich" sein sollen, selbst wenn sie marktüblich sind. Die aus diesem Verständnis folgenden Liquiditätsherausforderungen würden besonders den KMU-Einzelhandel belasten und könnten zu kurzfristigeren Bestellungen und unnötigen Unsicherheiten zu Lasten des Erzeugers führen. Um diese vom EU-Gesetzgeber nicht intendierten Nachteile zu vermeiden, sollte die Nr. 4 des § 2 Abs. 1 AgrarOLkG-E wie folgt formuliert werden:

4. verderbliche Agrar-, Fischerei- und Lebensmittelerzeugnisse sind solche ..., bei denen auf Grund ihrer Beschaffenheit oder auf Grund ihrer Verarbeitungsstufe davon auszugehen ist, dass sie innerhalb von 30 Tagen nach der Ernte oder der Erzeugung, jeweils ohne-unter Berücksichtigung etwaiger standardmäßig üblicher Schutzmaßnahmen, oder innerhalb von 30 Tagen nach der Verarbeitung nicht mehr zum Verkauf geeignet sind;

b) Definition des "Lieferanten" (Nr. 7)

Nach Nr. 7 c) wird der Lieferant auch als jede Gruppe von Erzeugern definiert. Insbesondere sollen Zusammenschlüsse und Vereinigungen von Erzeugern als Lieferanten gelten.

In diesem Zusammenhang wird richtigerweise klargestellt, dass Vereinigungen nur dann als "Lieferanten" i. S. d. Norm gelten, wenn sie selbst Agrar-, Fischerei- oder



Lebensmittelerzeugnisse veräußern. Rein ideell tätige Wirtschaftsvereinigungen von Lieferanten, die keine eigenen Erwerbsziele verfolgen und keine Veräußerungsgeschäfte tätigen, fallen damit nicht unter die Begriffsdefinition des "Lieferanten". Insbesondere im Hinblick auf die Rechte der Lieferanten gemäß § 18 AgrarOLkG-E ist dies wichtig. Dieses Verständnis ergibt sich auch aus dem ersten HS der Definition des Lieferantenbegriffs nach Art. 2 Nr. 4 der UTP-Richtlinie bzw. § 2 Abs. 1 Nr. 7 AgrarOLkG-E. Der Gesetzgeber gewährleistet so richtigerweise, dass Wirtschaftsverbände die aus der Lieferanteneigenschaft resultierenden Rechte nicht erhalten. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass der Tätigkeitsschwerpunkt solcher Organisationen nicht im Bereich der Lebensmittelerzeugung, -verarbeitung und/oder - lieferung, sondern in der Interessensvertretung liegt.

Zwar bleibt unklar, warum der Regierungsentwurf eine "Veräußerung" als Voraussetzung für die Lieferanteneigenschaft nicht am Vorliegen eines Kaufvertrags i. S. d. § 433 BGB fest macht. Damit wird der Anwendungsbereich der neuen Regeln vage gehalten. Die in den Regierungsentwurf aufgenommene klarstellende Ergänzung, nach der die neuen Vorschriften nur anwendbar sind, wenn ein Veräußerungsgeschäft "gegen Entgelt" vorliegt, ist daher sehr wichtig und wird von uns ausdrücklich begrüßt. Mit dieser Ergänzung wird der Anwendungsbereich besser konturiert und eine uferlose Ausdehnung der neuen Verbotsbestimmungen ausgeschlossen. Auf diese Weise wird hinreichende Rechtssicherheit gewährleistet.

2. Geschäftsbeziehungen in der Lieferkette (Art. 1 Nr. 16)

a) Anwendungsbereich (§ 10 AgrarOLkG-E)

aa) § 10 Abs. 1 AgrarOLkG-E

Die Regelung zum Anwendungsbereich orientiert sich eng an den Vorgaben des Art. 1 Abs. 2 UTP-Richtlinie und gewährleistet damit an dieser zentralen Stelle eine Einszu-eins-Umsetzung. Auf diese Weise wird sichergestellt, dass große, international tätige Unternehmen der Lebensmittelindustrie als Verkäufer nicht in den Anwendungsbereich des Gesetzes fallen.

Eine Erweiterung des Anwendungsbereichs wäre dagegen mit einer massiven Erhöhung der ohnehin schon bestehenden Gefahren für den Wettbewerb und die Ausgewogenheit in den Vertragsbeziehungen verbunden und würde auch dem Willen des EU-Gesetzgebers widersprechen, der mit der UTP-Richtlinie auf etwaige Machtungleichgewichte in den Vertragsverhandlungen zwischen Partnern unterschiedlicher Größe reagieren wollte (vgl. Erwägungsgrund 9). Sie hätte preissteigernde Wirkung zu Lasten der Verbraucher. Landwirten und Erzeugern würde sie dagegen keinen Mehrwert bringen. Aus Gründen der Verbraucherwohlfahrt ist es daher unbedingt erforderlich, dass der Gesetzgeber auch in Zukunft nicht über die Vorgaben des Anwendungsbereichs der Richtlinie hinausgeht.

Die gegen eine Erweiterung des Anwendungsbereichs sprechenden Gründe können dem als Anhang beigefügten "Positionspapier zum Anwendungsbereich der Regeln



zu unlauteren Handelspraktiken in der Lebensmittellieferkette" im Detail entnommen werden.

bb) § 10 Abs. 3 AgrarOLkG-E

Die Regelung des § 10 Abs. 3 AgrarOLkG-E verpflichtet Lieferanten und Käufer unter bestimmten Voraussetzungen zur Auskunft darüber, welcher Stufe gemäß der Tabelle in Absatz 1 Nr. 1 ihr Jahresumsatz zuzuordnen ist. Eine solche Verpflichtung ist essenziell, um Sicherheit über das anzuwendende Recht in den Vertragsverhandlungen zu gewährleisten. Der neue Teil 3 des AgrarOLkG-E ist nach § 10 Abs. 1 AgrarOLkG-E nämlich nur anwendbar, wenn ein Lieferant die dort definierten Jahresumsatzschwellen, deren Höhe in Abhängigkeit zum Jahresumsatz des Käufers steht, nicht überschreitet. Insbesondere bei Unternehmen, die bezüglich ihrer Jahresumsätze nicht zur Offenlegung verpflichtet sind, werden in der Praxis Unsicherheiten über die Anwendbarkeit der Richtlinienvorgaben entstehen. Da dem Käufer die Jahresumsätze solcher Lieferanten nicht bekannt sind, kann er auch nicht einschätzen, ob die neuen Regelungen auf diesen konkreten Lieferanten anwendbar sind.

Die im Regierungsentwurf vorgesehene Regelung des § 10 Abs. 3 AgrarOLkG-E, nach der Lieferanten und Käufer in den Vertragsverhandlungen zur Auskunft darüber verpflichtet sind, welcher Stufe gemäß der Tabelle in Absatz 1 Nr. 1 ihr Jahresumsatz zuzuordnen ist, ist daher von hoher Wichtigkeit, um Rechtssicherheit in den Vertragsbeziehungen zu gewährleisten. Richtigerweise sieht der Regierungsentwurf eine entsprechende Informationspflicht der Vertragsparteien unabhängig von weiteren Voraussetzungen vor. Wie in der Gesetzesbegründung (S. 46) klargestellt wird, sind die Auskünfte in der Praxis regelmäßig zu Beginn der Verhandlungen zu erteilen. Der Käufer kann auf dieser Grundlage rechtskonformes Verhalten gewährleisten, weil von Beginn an und vor der Unterbreitung eines ersten Vertragsangebots durch den Käufer Rechtssicherheit über die Anwendbarkeit der neuen Regelungen besteht.

Ergänzend sollte allerdings noch klargestellt werden, dass die Regeln der §§ 11 bis 19 AgrarOLkG-E nur unter der Voraussetzung Anwendung finden, dass der Lieferant seine Auskunftspflicht korrekt erfüllt. Erfüllt er seine Auskunftsverpflichtung nicht oder nicht richtig, dürfen daraus für den Käufer keine rechtlichen Risiken oder andere Nachteile entstehen. Dies ist im Gesetz klar und eindeutig zu regeln. Hierzu könnte die Regelung des Abs. 3 mit einem zweiten Satz wie folgt ergänzt werden:

Erfüllt der Lieferant die Informationspflicht nach S. 1 nicht oder nicht richtig, so kommen die in Teil 3 dieses Gesetzes geregelten Vorschriften für ihn nicht zur Anwendung.

b) Zahlungsfristen (§ 11 AgrarOLkG-E)

Positiv bewerten wir die Formulierung des § 11 Abs. 2 S. 3 AgrarOLkG-E. Diese ermöglicht den Vertragsparteien eine Vereinbarung, dass abweichend von der grundsätzlich geltenden Regelung des Abs. 2 S. 1 der Zeitpunkt des Zugangs einer Rech-



nung oder gleichwertigen Zahlungsaufstellung für den Beginn der Fristen nach Abs. 2 S. 1 relevant ist. Damit werden Rechtsunsicherheiten vermieden und für die Praxis die Berechnung der Zahlungsfristen erleichtert.

Die Regelung entspricht auch dem Willen des europäischen Gesetzgebers, der in Art. 3 Abs. 1 der UTP-Richtlinie sicherstellen wollte, dass die Frist nicht zwingend mit der Lieferung der Ware beginnt, wenn der "zu zahlende Betrag" erst später vom Lieferanten festgelegt wird.

c) Vereinbarung über das Zurückschicken nicht verkaufter Erzeugnisse (§ 12 AgrarOLkG -E)

Mit § 12 AgrarOLkG-E sollen Vereinbarungen verboten werden, die es dem Käufer erlauben, ohne Zahlung des Kaufpreises unverkaufte Lebensmittel zu retournieren (Nr. 1). Außerdem soll der Käufer bei Retouren zwingend verpflichtet werden, die Kosten für die Beseitigung nicht mehr verwendbarer retournierter Erzeugnisse zu tragen (Nr. 2). Damit wird die Regelung aus der "grauen Liste" der UTP-Richtlinie (Art. 3 Abs. 2 a)) faktisch in die "schwarze Liste" generell verbotener Vertragsklauseln überführt. Der Gesetzentwurf geht damit an einer entscheidenden Stelle über die Vorgaben der EU-Richtlinie hinaus und schränkt die Möglichkeiten einer für Handel und Lieferanten vorteilhaften Risikoverteilung in der Lieferkette erheblich ein. Dies wird mit Nachteilen insbesondere für finanzschwache Lieferanten verbunden sein.

Das Verbot der Vereinbarung von Retourenmöglichkeiten ist unverhältnismäßig und widerspricht den praktischen Bedürfnissen in der Lieferkette. Entsprechende Vereinbarungen sind nämlich aus folgenden Gründen angemessene Maßnahmen, um das Risiko des Warenverderbs bei schlechter Nachfrage durch die Verbraucher zwischen Lieferant und Handel zu teilen und einen angemessenen Interessenausgleich zwischen den Parteien zu gewährleisten:

- Grundsätzlich ist in den Vertragsverhandlungen beiden Parteien bewusst, dass bei Produktneueinführungen sowie der Lieferung von Saisonware und Frischeerzeugnissen das Risiko besteht, dass die Ware sich nicht erwartungsgemäß verkauft oder verdirbt.
- 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 des Warenverderbs zu laufen.
- Deshalb ist es im Interesse beider Vertragsparteien, dass der Handel optimistischer ordert: Beide machen dann tendenziell bessere Geschäfte. Der Lieferant profitiert in diesen Fällen von Skaleneffekten bei der Erzeugung, Weiterverarbeitung oder Logistik. Außerdem kann er dem Verbraucher ggf. ein größeres Produktsortiment präsentieren und erhöht dadurch seine Absatzchancen.



Der Lieferant kann außerdem auch aus folgenden Gründen Interesse an der Vereinbarung einer Retourenmöglichkeit haben:

- Das Qualitätsversprechen des Markenartikelherstellers gegenüber dem Verbraucher kann zuverlässiger erfüllt werden, wenn sich ausschließlich frische Ware (unabhängig vom MHD) im Regal befindet.
- Gerade bei innovativen Produkten kann der finanzschwächere Lieferant etwaige Listungsentgelte vermeiden, weil die gewünschte Risikoverteilung durch die vereinbarte Retourenmöglichkeit sichergestellt wird.
- In Produktgruppen mit hohen Margen (z. B. Saisonartikeln) eröffnet die Vereinbarung der Retourenmöglichkeit dem Lieferanten optimale Gewinnchancen, weil auf diese Weise unerwünschte Out-of-Stock-Situationen vermieden werden.
- Der Lieferant verhindert Bestellverringerungen, verbessert die Absatzchancen und gewährleistet die Nutzung von Skaleneffekten. Dies ist für den Hersteller besonders attraktiv, wenn er über sekundäre Absatzwege verfügt, die er effizienter nutzen kann als der Handel.

Viele der o. g. Aspekte spielen naheliegenderweise auch bei der Vereinbarung einer Kostenbeteiligung bei einer notwendigen Lebensmittelvernichtung eine Rolle, da die Interessenlagen in vielen Fällen ähnlich sind. Der Lieferant hat an entsprechenden Vereinbarungen außerdem aus folgenden Gründen ein Interesse:

- Er hat die bessere Produktkenntnis, kann daher das Risiko des Verderbs besser kalkulieren und deshalb seine Risiken leichter als der Händler bei den Preisverhandlungen berücksichtigen.
- Der Lieferant vermeidet das "Einpreisen" der drohenden Kosten (mit dem Risiko eines zu hohen Abschlags) bei den Vertragsverhandlungen bzw. ein zurückhaltenderes Ordern des Händlers mit negativen Folgen für Absatzchancen und Skaleneffekte sowie höhere Lieferfrequenzen und Logistikkosten.
- Der finanzschwache aber innovative Lieferant kann die Zahlung von Listungsgebühren vermeiden.

Das mit dem Regierungsentwurf geplante generelle Verbot der Vereinbarung sowohl von Retourenmöglichkeiten als auch von Beteiligungen an den Kosten der Beseitigung der Erzeugnisse würde daher die an Effizienzgesichtspunkten orientierte Vertragsgestaltung in der Lebensmittellieferkette verhindern, ist geeignet, insbesondere kleineren bzw. finanzschwächere Lieferanten im Verhältnis zu ihren großen Wettbewerbern zu benachteiligen und kann daher bestehende Konzentrationstendenzen im Bereich der Lebensmittelindustrie verstärken. § 12 AgrarOLkG-E sollte daher unbedingt wieder gestrichen und in die sogenannte "Graue Liste" zurückgeführt werden. Um eine Eins-zu-eins-Umsetzung zu gewährleisten und negative Folgen für die Lieferkette zu reduzieren, sollte auf die ursprünglich im Referentenentwurf vorgesehene Regelung (§ 17 Abs. 1 Nr. 1) zurückgegriffen werden.

d) Vereinbarung von Zahlungen oder Preisnachlässen für die Lagerung von Erzeugnissen (§ 14 AgrarOLkG-E)



Nach § 14 AgrarOLkG-E soll die Vereinbarung von Zahlungen oder Preisnachlässen für die Lagerung von Erzeugnissen generell verboten werden. Mit dem generellen Verbot solcher Klauseln, die wie das Retourenverbot des § 12 AgrarOLkG-E eigentlich lediglich Gegenstand der "grauen Liste" des Art. 3 Abs. 2 a) UTP-Richtlinie sind, geht die Bundesregierung ohne Not an einer zweiten wichtigen Stelle über die EU-Vorgaben hinaus. Damit wird ein weiteres vertragliches Gestaltungselement faktisch in die "schwarze Liste" generell verbotener Vertragsklauseln überführt und somit nicht nur die vertraglichen Gestaltungsspielräume unverhältnismäßig eingeschränkt, sondern auch die Effizienz der Lieferkette negativ beeinträchtigt. Diese unnötige On-top-Regulierung hat das Potenzial, erhöhend auf die Verbraucherpreise zu wirken.

Diese Abweichung im Regierungsentwurf von den Vorgaben des EU-Rechts ist insbesondere deshalb nicht nachzuvollziehen, weil die Zulässigkeit der Vereinbarung von Zahlungen für die Lagerung von bereits an den Einzelhandel gelieferten Lebensmittelerzeugnissen nicht nur im Interesse der Händler, sondern nicht zuletzt auch der Hersteller liegt. Zahlungen für die Lagerung sind sachlich gerechtfertigt und leisten einen Beitrag zu einer effizienteren Lebensmittellieferkette.

Lieferanten sind darauf angewiesen, dass ihre Produkte nach der Fertigung gelagert werden, bis sie am Ende zum Verkauf an den Endverbraucher kommen. Der Aufbau eigener Lagerkapazitäten ist dabei kostenintensiv und unflexibel. Alternativ können Lieferanten Lagerdienstleistungen zur Verlagerung der eigenen Lagertätigkeit auf externe Dienstleister zum Beispiel zum Lagerbestandsaufbau bei saisonabhängigen Warengruppen in Auftrag geben.

Die Verlagerung eigener Lagertätigkeit in Teilbereichen auf externe Dienstleister dient der effizienteren Gestaltung der Abläufe und der Investitionen beim Lieferanten. Diese Dienstleistung bietet neben anderen Drittanbietern aus der Lieferkette teilweise auch der Einzelhandel an. Es kann aber nicht darauf ankommen, wer die Dienstleistung gegen Entgelt erbringt, wenn sie für den Lieferanten vorteilhaft ist und von ihm gewünscht wird. Das Verbot, mit dem Einzelhandel eine Zahlung für die Lagerung zu vereinbaren, wird die Handlungsoptionen des Lieferanten und damit den Wettbewerb grundlos einschränken.

Der Hersteller kann zum Beispiel ein Interesse an der Vereinbarung entsprechender Zahlungen für die Bereitstellung von Lagerkapazitäten des Einzelhandels haben, wenn er im Jahresverlauf über einheitliche und voll ausgelastete Produktionskapazitäten verfügt, der Absatz des von ihm hergestellten Erzeugnisses aber stark saisonabhängig ist. Dies ist z. B. bei Speiseeis der Fall, welches primär in den Sommermonaten verkauft, aber ganzjährig – zur optimalen Auslastung der Produktionskapazitäten – in gleichen Mengen produziert wird.

Der Hersteller kann dem Lebensmitteleinzelhandel unter diesen Voraussetzungen in Zeiten starker Nachfrage nicht die benötigen Liefermengen (auch nur annähernd)



"just-in-time" zur Verfügung stellen. Er muss also entweder seine Produktionskapazitäten ausbauen und saisonale Überkapazitäten in Kauf nehmen oder die Zeiten mit einer niedrigeren Nachfrage nutzen, um bei einheitlicher Auslastung für die Saison vorzuproduzieren.

Entscheidet sich der Hersteller aus betriebswirtschaftlichen Gründen für die letzte Option, hat aber nur eingeschränkte Lagerkapazitäten und will den finanziellen Aufwand für die insoweit saisonal zu nutzenden Lager vermeiden, kann er die vorproduzierte Ware nicht vollständig für die Saison selbst bevorraten. Dann riskiert er, zu der Jahreszeit, in der er das beste Geschäft machen könnte, nicht vollständig lieferfähig zu sein. Ihm entginge dann Umsatz und somit Ertrag. Diese Problematik kann er entschärfen, wenn er anderweitig Lagerkapazität bucht, entweder bei einem externen Dienstleister oder indem der Lebensmitteleinzelhandel die Waren von ihm frühzeitig vor dem Zeitpunkt gesteigerter Nachfrage abnimmt und selbst lagert.

Wenn der Einzelhandel bereit ist, auf eine Just-in-time- bzw. zeitnahe Lieferung zu verzichten und die vorproduzierte Ware frühzeitig abnimmt und in eigenen Lagern zwischenlagert, ist die Vereinbarung einer Zahlung für diese logistische Leistung sachlich gerechtfertigt, weil der Händler im Vergleich zur Just-in-time-Lieferung einen Liquiditätsnachteil erleidet und eigene Lagerkapazitäten bindet. Der Hersteller erhält durch die Zahlung im Gegenzug faktisch externe Lagerkapazitäten, vermeidet eigenen Kapitalaufwand für die Lagerung, erhält einen Liquiditätsvorteil, weil der Handel die von ihm vorproduzierte Ware vorzeitig abnimmt (und bezahlt) und kann durch die Zwischenlagerung seine Produktionskapazitäten gleichmäßig auslasten. Auf diese Weise wird sein Ertrag optimiert. Dies rechtfertigt für ihn auch wirtschaftlich die Zahlung an den Einzelhandel.

Das im Regierungsentwurf vorgesehene Verbot, Zahlungen bzw. Preisnachlässe für die Lagerung zu vereinbaren, wird damit die Effizienz der Lieferkette beeinträchtigen und schadet auch den Interessen der Hersteller. Es sollte dringend gestrichen und durch die im Referentenentwurf in § 17 Abs. 1 Nr. 2 vorgesehene Regelung ersetzt werden.

e) Vereinbarung über einseitige Vertragsänderung (§ 15 AgrarOLkG-E)

§ 13 AgrarOLkG-E verbietet generell die nachträgliche Änderung eines Vertrags über die Lieferung von Agrar-, Fischerei- oder Lebensmittelerzeugnissen in Bezug auf die aufgezählten Vertragsgegenstände. Weil ausdrücklich auch eine einvernehmliche Vereinbarung zwischen den Parteien über diese nachträglichen Vertragsänderungen zur Zeit des Vertragsschlusses verboten wird, geht diese Regelung entscheidend über die Vorgaben des Art. 3 Abs. 1 c) UTP-Richtlinie hinaus. Danach sind nämlich lediglich "einseitige" Vertragsänderungen unzulässig. Ob damit auch Fälle gemeint sind, in denen eine einseitige Änderungsmöglichkeit ausdrücklich zwischen den Vertragsparteien vereinbart wurde, ist aber mehr als zweifelhaft. Gegen eine solche Sichtweise sprechen die Ausführungen unter Erwägungsgrund 21 der UTP-Richtlinie. Danach sollen einseitige Vertragsänderungen zulässig sein, soweit die Parteien bei



Vertragsschluss die spätere Festlegung eines konkreten Vertragsbestandteils ("konkretes Element eines Geschäfts") vereinbart haben. § 15 AgrarOLkG-E sollte das Ergebnis einer richtlinienkonformen Auslegung vorwegnehmen, sich enger an die EU-Vorgabe anlehnen und lediglich nachträgliche einseitige Vertragsänderungen verbieten, soweit diesen kein vertraglicher Vorbehalt zu Grunde liegt.

Die Formulierungen des § 13 Ziff. 5 bis 7 sind zudem nicht eindeutig genug formuliert und könnten daher zu Missverständnissen und Rechtsunsicherheiten führen. Aus Gründen der Rechtsklarheit sollte sich auch dieser Text eng an die Vorgaben der UTP-Richtlinie orientieren. Hierzu sind insbesondere klarstellende Ergänzungen erforderlich:

Die Ziffern 5 bis 7 des Entwurfs sollten wie folgt gefasst und mit einer neuen Ziffer 7 und 8 ergänzt werden:

. . .

- 5. Zahlungen für die Lagerung der Erzeugnisse
- 6. Zahlungen für die Listung der Erzeugnisse
- 7. Zahlungen für die Bereitstellung von Erzeugnissen auf dem Markt
- 8. Zahlungen für die Werbung oder die Vermarktung der Erzeugnisse
- 9. Beteiligungen an Preisnachlässen bei Erzeugnissen im Rahmen von Verkaufsaktionen oder ...

Diese Änderungen sind zwingend erforderlich, um eine Eins-zu-eins-Umsetzung zu gewährleisten, die Effizienz in der Lieferkette nicht nachhaltig zu stören und eine rechtssichere Anwendung zu ermöglichen.

f) Vereinbarung über Kostenübernahme durch den Lieferanten (§ 16 AgrarOLkG-E)

Problematisch ist zunächst die Regelung des § 16 Abs. 2 AgrarOLkG-E, nach der ein Käufer mit dem Lieferanten keine Zahlungen vereinbaren darf, die in "keinem spezifischen Zusammenhang mit dem Verkauf der … Lebensmittelerzeugnisse des Lieferanten stehen". Die Regelung dient der Umsetzung des Verbots nach Art. 3 Abs. 1 d) UTP-Richtlinie.

Grundsätzlich ist in Frage zu stellen, ob die Generalklausel der UTP-Richtlinie überhaupt in nationales Recht übernommen werden muss. Das kartellrechtliche Anzapfverbot in Gestalt der BGH-Rechtsprechung zum Thema "Hochzeitsrabatte" (WuW 2018, S. 209 ff.) dürfte ausreichend sein, um die Intention des europäischen Gesetzgebers abzudecken. Nach Auffassung des HDE besteht daher kein Umsetzungsbedarf, so dass die Regelung des § 16 Abs. 2 AgrarOLkG-E gestrichen werden kann.

Aber selbst wenn die Auffassung vertreten wird, es bestände Umsetzungsbedarf, ist die Bestimmung des § 16 Abs. 2 AgrarOLkG-E problematisch, weil der Gesetzgeber damit über die Richtlinienvorgaben hinausgeht.



Nach Art. 3 Abs. 1 d) UTP-Richtlinie ist nämlich lediglich die Forderung von Zahlungen, die nicht im Zusammenhang mit dem Verkauf stehen, verboten. Die Richtlinie lässt offen, was unter "Zahlungen, die nicht im Zusammenhang mit dem Verkauf von Agrar- und Lebensmittelerzeugnissen des Lieferanten stehen" zu verstehen ist.

Indem der nationale Gesetzgeber nun einen "spezifischen" Zusammenhang mit dem Verkauf für die Zulässigkeit einer entsprechenden Zahlungsvereinbarung voraussetzt, wird der vertragliche Gestaltungsspielraum über die Richtlinienvorgaben hinaus eingeengt. Die Richtlinie kennt nämlich die Voraussetzung des "spezifischen Zusammenhangs" nicht. Der unbestimmte Rechtsbegriff des "spezifischen Zusammenhangs" wirft zudem neue Abgrenzungsfragen auf und führt zu neuen und vermeidbaren Rechtsunsicherheiten. Diese können dazu führen. Marktteilnehmer die Regelung zu eng auslegen und sich von Leistungen abwenden. die gerade kleineren Lieferanten zugutekämen. So gibt es etwa Anbieter, die vereinfachte Zahlungsabwicklungssysteme oder einheitliche Produktdatenbanken anbieten, über die die Zusammenarbeit mit kleineren Lieferanten merklich vereinfacht wird und so Markteintrittsbarrieren gerade im Interesse von KMU abgebaut werden.

Weiterhin wird in der Norm nicht hinreichend klargestellt, dass auch ein Zusammenhang mit dem Wiederverkaufsgeschäft des Käufers eine entsprechende Zahlungsvereinbarung rechtfertigen kann. Zwar wird in der Gesetzesbegründung (S. 49) klargestellt, dass § 16 Abs. 2 lediglich Vereinbarungen über die Übernahme von Kosten ausschließt, die "nicht in einem Zusammenhang mit dem Verkauf der Erzeugnisse des Lieferanten stehen". Daraus ergibt sich, dass der Gesetzgeber Zahlungen im Zusammenhang mit dem Wiederverkaufsgeschäft des Käufers nicht ausschließen will. Ein anderes Verständnis wäre auch nicht sachgerecht, weil auch Zahlungen im Zusammenhang mit den Wiederverkaufsgeschäften des Käufers (z. B. Aktionen) im Interesse des Lieferanten liegen können. Es wäre aber wünschenswert, wenn hier in der Norm selbst mehr Klarheit geschaffen werden würde.

Das in der Umsetzung zum Ausdruck kommende restriktive Verständnis der europäischen Richtlinienvorgaben wird der hohen Komplexität der hier geregelten Thematik nicht gerecht. Richtigerweise muss Art. 3 Abs. 1 d) der UTP-Richtlinie vor dem Hintergrund der gesamten Lieferkette gesehen werden. Deshalb verbietet sich auch 16 Abs. 2 zum Ausdruck kommende rein absatzbezogene Betrachtungsweise. Auch Zahlungen, die in Beschaffungskonditionen (d. h. Bedingungen, zu denen der Käufer beim Lieferanten Ware beziehen kann) vereinbart stehen im Zusammenhang mit dem Verkauf von Agrar-Lebensmittelerzeugnissen des Lieferanten. Dies können z. B. Zahlungen des Lieferanten sein, die vertraglich vereinbart wurden, aber gemäß der getroffenen Vereinbarung abhängig von bestimmten Abnahmevolumina erst nach Ende eines Jahres mit diesem abgerechnet werden dürfen, weil erst dann klar ist, ob der Käufer diese Abnahmevolumina erreicht hat und somit Anspruch auf die Zahlung hat. Auch solche Zahlungen stehen natürlich im Zusammenhang mit dem Verkauf von Agrar-



und Lebensmittelerzeugnissen des Lieferanten, da sie wie jeder andere Mengenrabatt dem Erwerb der Ware durch den Käufer und dem späteren Verkauf (einer möglichst hohen Menge) der Ware an den Verbraucher bzw. an weitere Glieder der Lebensmittellieferkette dienen.

Der Gesetzgeber sollte weiterhin – wenn überhaupt – die Generalklausel des Art. 3 Abs. 1 d) unverändert und ohne Ergänzung in den § 16 Abs. 2 AgrarOLkG-E übernehmen. Auf die Regelbeispiele des Satzes 2 sollte wegen der tatsächlich bestehenden Komplexität der Vertragsbeziehungen in der Lieferkette unbedingt verzichtet werden. Sie engen die Verhandlungsspielräume über die Vorgaben der UTP-Richtlinie hinaus ein und widersprechen somit der Zielsetzung einer Eins-zueins-Umsetzung.

§ 16 Abs. 2 sollte daher wie folgt formuliert werden:

(2) Der Käufer kann mit dem Lieferanten nicht wirksam vereinbaren, dass der Lieferant Kosten zu tragen hat, die in keinem Zusammenhang mit dem Verkauf von Agrar-, Fischerei- oder Lebensmittelerzeugnissen stehen.

Hilfsweise könnte auch durch Ergänzung des Absatzes mit einem Satz 3 sichergestellt werden, dass Leistungen, welche die Ziele des Gesetzes fördern, ausdrücklich vom Geltungsbereich des § 16 Abs. 2 AgrarOLkG-E ausgenommen werden. Satz 3 könnte wie folgt lauten:

In einem spezifischen Zusammenhang mit dem Verkauf der Agrar-, Fischereioder Lebensmittelerzeugnisse des Lieferanten stehen insbesondere alle
Leistungen, mit denen sich die Lieferbeziehung organisatorisch einfacher
durchführen lässt oder die in sonstiger Weise zur effizienteren Durchführung
der Lieferbeziehung beitragen; diese Leistungen fallen nicht in die ausschließliche Risikosphäre des Käufers.

g) Androhung von Vergeltungsmaßnahmen (§ 17 AgrarOLkG-E)

Die Regelung des § 17 dient der Umsetzung des Art. 3 Abs. 1 h) der UTP-Richtlinie. Es liegt auf der Hand, dass mit der europäischen Vorgabe ausschließlich solche Fälle geregelt bzw. verboten werden sollen, in denen die Drohung mit oder das Ergreifen von kommerziellen Vergeltungsmaßnahmen als Reaktion auf die Geltendmachung vertraglicher oder gesetzlicher Rechte erfolgt. Dies ergibt sich auch aus Erwägungsgrund 25, nach dem die unzulässigen Vergeltungsmaßnahmen im Zusammenhang mit einer Beschwerde stehen müssen. Die damit erforderliche Kausalität zwischen der Drohung bzw. dem Ergreifen kommerzieller Vergeltungsmaßnahmen einerseits und der Geltendmachung vertraglicher oder gesetzlicher Rechte andererseits wird aber in § 17 AgrarOLkG-E nicht hinreichend deutlich und in der Gesetzesbegründung nur rudimentär angedeutet, indem klargestellt wird, dass der Käufer auch in Zukunft "... Rechte, die nach Vertrag oder Gesetz bestehen, (ausüben darf) ..." (S. 49). Dies



kann aber keineswegs genügen, um Missbrauch durch den Lieferanten auszuschließen.

Bei der Umsetzung muss daher sichergestellt werden, dass durch den Lieferanten keine Sachzusammenhänge konstruiert werden können, die tatsächlich gar nicht bestehen. Wenn z. B. ein Lieferant eine Beschwerde bei der zuständigen Durchsetzungsbehörde erhebt und der Händler zu einem späteren Zeitpunkt aus betriebswirtschaftlichen Gründen Sortimentsumgestaltungen vornimmt, die zu einer Mengenreduzierung in der Nachfrage des Händlers führen, steht diese Maßnahme des Käufers nicht im Zusammenhang mit der Beschwerde. Es muss auch verhindert werden, dass eine legitime Entscheidung des Käufers mit negativen Auswirkungen für den Lieferanten (z. B. die Beendigung der Vertragsbeziehung) von diesem genutzt wird, dies als nicht rechtmäßige Vergeltungsmaßnahme im Hinblick auf eine vorher erhobene Beschwerde darzustellen, obwohl tatsächlich kein Zusammenhang zwischen beiden Maßnahmen besteht.

Selbst wenn man auf die sachgerechte Auslegung des Begriffs der "Vergeltungsmaßnahme" unter Berücksichtigung der Wortbedeutung (die eine Gegenmaßnahme in Bezug auf ein Verhalten impliziert) durch die zuständigen Sachbearbeiter und Richter vertrauen wollte, würde der Käufer bei jeder wirtschaftlichen Entscheidung berücksichtigen müssen, ob sie zukünftig womöglich als "Vergeltungsmaßnahme" ausgelegt werden könnte. Dies würde gerade jungen, neuen Lieferanten schaden, die noch keine Referenzen vorweisen können und sich ohne ein bereits bestehendes Vertrauensverhältnis in den Vertragsbeziehungen auf dem Markt etablieren wollen. Deshalb erscheint es angemessen, die Geltendmachung von Rechten nur unter der Voraussetzung mit dem Sanktionsverbot zu schützen, dass diese einzelfallbezogen und substantiiert erfolgt.

In § 17 AgrarOLkG-E muss daher zumindest die für die Erfüllung des Verbotstatbestands erforderliche Kausalität ausdrücklich benannt werden. Auf diese Weise ist sicherzustellen, dass die Regel des Art. 3 Abs. 1 h) nur zum Tragen kommt, wenn eine Sanktion nachweisbar wegen einer Beschwerde des Lieferanten bei einer Behörde o. ä. erfolgt. Die Beweislast trägt nach den allgemeinen prozessrechtlichen Regeln derjenige, welcher sich auf die Verbotsklausel beruft.

§ 17 sollte daher wie folgt formuliert werden:

Der Käufer darf dem Lieferanten keine Vergeltungsmaßnahmen geschäftlicher Art androhen oder gegen ihn derartige Maßnahmen ergreifen, <u>weil</u> der Lieferant

- 1. seine vertraglichen oder gesetzlichen Rechte geltend macht, ...
- 2. ...

Die vorgeschlagene Formulierung mit dem Wort "weil" entspricht auch der vergleichbaren Regelung des § 21 Abs. 4 GWB, welche ebenfalls eine Kausalität zwischen der



Nachteilszufügung und dem Antrag bzw. der Anregung auf Einschreiten der Kartellbehörde voraussetzt.

h) Mangels Vereinbarung unlautere Handelspraktiken (§ 19 AgrarOLkG-E)

aa) § 19 Abs. 1 AgrarOLkG-E

Anders als der Referentenentwurf setzt § 19 Abs. 1 AgrarOLkG-E die "graue Liste" des Art. 3 Abs. 2 UTP-Richtlinie nicht mehr eins-zu-eins um. Stattdessen wurden mit den Verboten der §§ 12 und 14 AgrarOLkG-E vertragliche Gestaltungsformen, die zwar nicht flächendeckend verwendet werden, in Einzelfällen aber von besonderer Wichtigkeit sind, generell verboten. Der Komplexität der Vertragsbeziehungen in der Lieferkette wird dies nicht gerecht, obwohl die "grauen Klauseln" den Herstellern nach dem Willen des EU-Gesetzgebers die Möglichkeit geben sollten, Einfluss auf die Vermarktung ihrer Produkte zu nehmen, auch um zu Gunsten der Verbraucher ein möglichst effizientes Angebot zu gewährleisten. Wie unter den Gliederungspunkten III.2.c) (zu § 12 AgrarOLkG-E) und III.2.d) (zu § 14 AgrarOLkG-E) ausgeführt, sollten die neuen Verbotstatbestände der §§ 12 und 14 AgrarOLkG-E daher, wie in der UTP-Richtlinie vorgesehen, wieder in die "graue Liste" des § 19 AgrarOLkG-E aufgenommen werden. Keinesfalls dürfen parlamentarischen aber im Gesetzgebungsverfahren weitere Klauseln des § 19 AgrarOLkG-E generell verboten werden, weil dies sonst zu erheblichen Marktstörungen führen und ohnehin bestehende Konzentrationstendenzen bei der Industrie verstärken könnte.

Die in § 19 Abs. 1 genannten Praktiken sind nämlich abhängig vom konkreten Einzelfall von großer Wichtigkeit, um das effiziente Funktionieren der Lieferkette zu gewährleisten. Dies ergibt sich aus den folgenden Überlegungen:

(1.) Listungsgebühren für neue Artikel im Sortiment

Listungsgebühren stellen eine in der Vertragsgestaltung der Lebensmittellieferkette seit Jahren übliche Kondition dar. Die Listung neuer Waren ist für den Händler mit erheblichen Kosten – z. B. für die Einlistung des Lieferanten, Vergabe einer Lieferantennummer, Restrukturierung von Logistikabläufen, Änderung der Platzvergabe auf den Regalen etc. – verbunden. Es bestehen daher sachliche Gründe für die Vereinbarung von Listungsgebühren. Daher handelt es sich nicht – wie in der politischen Diskussion mitunter polemisch behauptet – um sachgrundlos geforderte "Eintrittsgelder".

Listungsgebühren dienen der angemessenen Risikoverteilung zwischen den Stufen der Lieferkette. Bei neuen Produkten ist es für den Händler oft unabsehbar, ob diese beim Verbraucher Interesse finden und daher verkauft werden können. Der Hersteller kann dies in der Regel wegen seiner überlegenen Marktkenntnis deutlich besser beurteilen als ein Händler mit vielen tausend Artikeln im Sortiment. Insbesondere die Industrie hat daher ein Interesse, die mit Neulistungen verbundenen Risiken und Kosten des Händlers in angemessener Weise zu reduzieren und zwischen den Stufen aufzuteilen, um den Händler zur Änderung seines Sortiments zu motivieren.



Auf diese Weise finden innovative Produkte leichter Zugang zum Kunden und es werden mittelbar Angebotsvielfalt und Produktinnovationen gefördert. Listungsgebühren werden daher nicht nur im Interesse des Handels vereinbart, sondern auch von der Industrie gewünscht. Sie liegen mittelbar auch im Interesse des Verbrauchers.

Diese Effizienzvorteile haben das Bundeskartellamt und der Chefvolkswirt der Generaldirektion Wettbewerb der EU-Kommission bestätigt.

Das Bundeskartellamt bewertet ein Verbot von Listungsgebühren als mittelstandsfeindlich. Insbesondere kleinere Hersteller könnten ihre Produkte nämlich nicht selbständig bewerben, damit Interesse beim Kunden generieren und so Druck auf den Handel ausüben, diese Produkte zur Befriedigung der Verbrauchernachfrage zu listen. Da der Lebensmitteleinzelhandel die Erfolgsaussichten einer Markteinführung zudem nicht abschätzen könne, seien Listungsgebühren für kleinere Hersteller oft die einzige Möglichkeit, ins Sortiment des LEH zu gelangen. Das Bundeskartellamt prognostiziert außerdem: Ein "Verbot (von Listungsgebühren) wird voraussichtlich dazu führen, dass der Lebensmitteleinzelhandel neue Produkte mittelständischer Hersteller weniger häufig in den Verkauf nimmt".

Der Chefvolkswirt der Generaldirektion der EU-Kommission hat festgestellt, dass Listungsgebühren in der Regel mit Effizienzvorteilen verbunden sind, die allen Parteien in der Lieferkette zugutekommen. Er betont, dass die Position (mittelständischer) Handelspartner mit schwacher Verhandlungsmacht durch ein Verbot von Listungsgebühren sogar verschlechtert würde. Eine Verschlechterung drohe, weil bei einem Verbot von Listungsgebühren die Produkte anderer Lieferanten in das Sortiment aufgenommen werden würden, wenn diese den Preis senkten oder zusätzliche Dienstleistungen erbrächten, um sich den Zugang zu den Verkaufsstellen zu sichern.

(2.) Pay-to-stay-Gebühren

Auch bei bereits am Markt und im Sortiment eingeführten Produkten können Listungsentgelte ("Pay-to-stay-Gebühren") Vorteile für den Lieferanten bieten.

In bestimmten Fallkonstellationen kann durch die Vereinbarung von "Pay-to-stay-Gebühren" ein Interessenausgleich zwischen Händler und Hersteller erfolgen. Die vereinbarten Zahlungen können nämlich geeignet sein, den Händler zu überzeugen, ein Produkt – im Widerspruch zu seinem grundsätzlich bestehenden betriebswirtschaftlichen Interesse – weiterhin im Sortiment zu behalten und nicht durch ertrags- und umsatzstärkere Alternativen zu ersetzen.

Der Lieferant kann an einer entsprechenden Vereinbarung aufgrund folgender Motive ein Interesse haben:

 Der Hersteller will gewährleisten, dass sein gesamtes Sortiment zur Markenpflege und im Hinblick auf seine Werbung im Handel angeboten wird. Der Händler hat daran kein Eigeninteresse, wenn ein bestimmter Artikel nicht den notwendigen Ertrag bringt.



- Der Lieferant ist abweichend vom Händler der Überzeugung, dass sich ein nicht ertragsstarker Artikel mit der Zeit besser durchsetzen wird, z. B. weil er selbst Werbemaßnahmen oder Produktverbesserungen plant oder weil äußere das bestimmten Einflüsse (z. B. Wetter bei Saisonartikeln) Marktdurchsetzung bisher noch nicht ermöglicht haben. In diesen Konstellationen ist die Vereinbarung einer "Pay-to-stay-Gebühr" gegenüber einer Absenkung des Verkaufspreises für das betroffene Produkt für den Lieferanten in der Regel vorzugswürdig, da das Listungsentgelt eine Einmalzahlung darstellt, während der Händler im Falle der Absenkung des Einkaufspreises von einer – vom Lieferanten erhofften – Verbesserung der Absatzsituation dauerhaft profitieren würde.
- Der Lieferant vermutet, dass der Händler statt seinem Produkt das eines Wettbewerbers (und dann auch ggf. noch weitere von dessen Produkten) ins Sortiment aufnehmen würde. Der Hersteller verfolgt unter diesen Bedingungen das Ziel, im Rahmen des kartellrechtlich Zulässigen, Faktoren zu schaffen, die die betriebswirtschaftlichen Erwägungen des Händlers zu seinen Gunsten beeinflussen.

Pay-to-stay-Gebühren gewährleisten auf diese Weise ein vielfältiges Angebot im Interesse der Verbraucher. Sie steigern damit die Effizienz in der Lieferkette und fördern die Verbraucherwohlfahrt. Sie müssen daher auch in Zukunft vereinbart werden können.

(3.) Werbekostenzuschüsse

Auch Werbekostenzuschüsse (WKZ) gehören seit Jahrzehnten zu den üblichen Konditionen in der Lieferkette. Mittels WKZ beteiligt sich ein Lieferant an den Kosten der Werbung ("Wochenzettel") des Händlers. Dabei ist allerdings zu beachten, dass der Händler diese Produktwerbung nicht nur im eigenen Interesse durchführt, sondern dass sie ganz maßgeblich auch im Interesse der Lieferanten erfolgt. Lieferanten können infolge der Werbemaßnahmen des Händlers nämlich ganz oder zumindest teilweise auf eigene Werbung verzichten. Dies ist insbesondere für mittelständische Lebensmittelhersteller von Bedeutung, die über kein Budget und keine Möglichkeiten verfügen, eigene Werbung für die von ihnen hergestellten Produkte zu betreiben. Größere Hersteller können sich entscheiden, ihr Budget wahlweise für Eigenwerbung oder für Werbemaßnahmen des Händlers aufzuwenden. Die Bedeutung der Werbung des Lebensmitteleinzelhandels am POS und von Promotionsmaßnahmen für den Absatzerfolg der Hersteller und nicht zuletzt für die Stärke ihrer Marken ist wissenschaftlich belegt (vgl. hierzu die Ausführungen der Gesellschaft für Konsumforschung in der Lebensmittel-Zeitung vom 29.06.2018: "Renaissance der Markenklassiker").

Lieferanten haben in der Regel aber auch ein Interesse, sich die Möglichkeit zu sichern, über WKZ die Werbung der Händler mitzugestalten. Unter diesen Umständen erhalten sie Informationen, 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.



Auch diese Effizienzvorteile haben das Bundeskartellamt und der Chefvolkswirt der Generaldirektion Wettbewerb der EU-Kommission bestätigt.

Das Bundeskartellamt hat ein Verbot von WKZ als mittelstandsfeindlich bewertet. Die Aufnahme in den "Wochenzettel" des Händlers sei für kleinere Hersteller nämlich die einzige Möglichkeit, ihr Produkt über Werbemaßnahmen "vorzuverkaufen" und auf diese Weise ein Verbraucherinteresse zu wecken. Dies sei insbesondere bei Markteinführungen von Belang. Ein Verbot werde daher voraussichtlich dazu führen, dass der Lebensmitteleinzelhandel neue Produkte mittelständischer Hersteller weniger häufig in den Verkauf nehme.

Der Chefvolkswirt der Generaldirektion Wettbewerb der EU-Kommission betont, WKZ leisteten einen Beitrag, das Angebot (im Lebensmitteleinzelhandel) an die Nachfrage der Verbraucher anzupassen. Ein Verbot von WKZ sei mit der Gefahr verbunden, dass die Effizienzgewinne aus einer solchen Anpassung verloren gingen, was zu Verlusten bei allen Beteiligten (einschließlich dem Verbraucher) führen würde. Gerade Hersteller, welche keine eigene Werbung betrieben, könnten zu den Verlierern gehören, weil die Verbraucher ihre Einkäufe auf andere (beworbene) Produkte umlenken könnten. WKZ werden daher als Praktiken bewertet, welche in der Regel zu Effizienzvorteilen führen.

(4.) Voraussetzungen für die Ausnahmeregelung (§ 19 Abs. 1 AgrarOLkG-E)

§ 19 Abs. 1 AgrarOLkG-E verweist pauschal auf § 16 AgrarOLkG-E. Im vorliegenden Zusammenhang erschließt sich die Sinnhaftigkeit dieses Pauschalverweises allerdings nicht. Der Verweis ist nämlich nur sinnvoll, wenn er auf § 16 Abs. 2 AgrarOLkG-E beschränkt wird. Auf diese Weise wird sichergestellt, dass die Vereinbarung zur Tragung von Kosten wie z. B. die in § 19 Abs. 1 AgrarOLkG-E genannten Listungsgebühren und Werbekostenzuschüsse in einem Zusammenhang mit dem Verkaufsgeschäft des Abnehmers i. S. d. § 16 Abs. 2 AgrarOLkG-E stehen müssen. Die Regelungen des § 16 Abs. 1 AgrarOLkG-E enthält dagegen generell verbotene Vertragsgestaltungsformen, die sich daher in § 19 Abs. 1 AgrarOLkG-E auch nicht wiederfinden. Ein Verweis auf diese Verbotstatbestände führt zu keiner sinnvollen Regelung und löst lediglich Verwirrung bei der Rechtsanwendung aus. Wahrscheinlich handelt es sich bei der fehlenden Beschränkung auf den Abs. 2 des § 16 AgrarOLkG-E daher auch lediglich um ein Redaktionsversehen, welches korrigiert werden sollte.

Positiv zu bemerken ist, dass § 19 Abs. 1 AgrarOLkG-E sich auf die Verwendung des Begriffs "Vereinbarung" bzw. "vereinbart" beschränkt und den diffusen Begriff der "Folgevereinbarung" aus Art. 3 Abs. 2 AgrarOLkG-E vermeidet. Es ist nämlich völlig offen, wie der Begriff der "Folgevereinbarung" zu definieren ist.

Die Verwendung des Begriffs der "Vereinbarung" gewährleistet eine möglichst weite Auslegung. Dies wird der Tatsache gerecht, dass nach dem Regelungsmechanismus der Richtlinie die in den nachfolgenden Buchstaben a) bis f) aufgeführten Praktiken



zugunsten des Handels erlaubt sind, wenn sie zwischen den Parteien z. B. "vereinbart" wurden (vgl. Erwägungsgründe 16, 26, 27) und vermeidet eine unangemessene Einschränkung der nach der UTP-Richtlinie zulässigen Verhaltensweisen.

Ausdrücklich möchten wir darauf hinweisen, dass die in § 19 AgrarOLkG-E genannten Praktiken – wie oben ausgeführt wurde – häufig mit Effizienzen verbunden sind und außerdem die Wettbewerbsposition von Lieferanten aus dem KMU-Bereich gegenüber ihren international agierenden Konkurrenten verbessern. Dies wurde vom Bundeskartellamt und vom Chefvolkswirt der Generaldirektion Wettbewerb der EU-Kommission bestätigt. Keinesfalls dürfen die in § 19 AgrarOLkG-E genannten Praktiken der "Grauen Liste" der UTP-Richtlinie daher generell verboten werden. Sie müssen vielmehr unter den in § 19 Abs. 1 AgrarOLkG-E genannten Voraussetzungen vereinbart werden können, wenn beide Vertragsparteien dies wünschen.

i) Verbotene Handelspraktiken (§ 22 AgrarOLkG-E)

Mit § 22 AgrarOLkG-E wird die Verwendung der nach Art. 3 Abs. 1 der UTP-Richtlinie verbotenen Praktiken ("Schwarze Liste") ohne Not als Ausnutzung eines wirtschaftlichen Ungleichgewichts definiert. Dieser Begriff ist in der UTP-Richtlinie nicht enthalten. Der Grundgedanke des "wirtschaftlichen Ungleichgewichts" findet sich aber in der deutschen Rechtsordnung zum Beispiel im Kartellrecht im Zusammenhang mit der Missbrauchsaufsicht bei relativer Marktmacht (§ 20 GWB). § 5 a AgrarOLkG-E kennt den Begriff des "schweren Ungleichgewichts" auf Märkten.

Es erschließt sich nicht, warum nun mit § 22 S. 1 AgrarOLkG-E an dieser Stelle der Begriff des "wirtschaftlichen Ungleichgewichts" eingeführt wird, dessen Ausnutzung zu einem verbotenen Verhalten führt. Die Einführung dieses neuen Begriffs ist problematisch, weil sie zu Unklarheiten und Abgrenzungsproblemen im Zusammenspiel mit anderen Regelungen der deutschen Rechtsordnung führen wird.

Nach der Gesetzesbegründung soll der Satz ausschließlich der Rechtfertigung der Bußgeldbewehrung der in § 22 S. 2 AgrarOLkG-E genannten Rechtsverstöße dienen. Weil grundsätzlich die Gefahr besteht, dass er von der Rechtsprechung – trotz der positiv zu bewertenden Klarstellung in der Gesetzesbegründung (S. 51) – als Generalklausel verstanden wird, kommt dem Wort "ausschließlich" in Satz 1 der Norm eine besondere Bedeutung zu. Diese Ergänzung im Regierungsentwurf wird von uns ausdrücklich begrüßt. Damit wird nämlich sichergestellt, dass die abstrakte Regelung nicht dazu führt, dass eine "Ausnutzung des wirtschaftlichen Ungleichgewichts" von der Rechtsprechung unabhängig von den in Satz 2 genannten Tatbeständen als verbotenes und sanktionsfähiges Verhalten begriffen wird. So werden erfreulicherweise erhebliche Rechtsunsicherheiten vermieden. Angesichts der Tatsache, dass die rechtssichere Auslegung und Anwendung dieser Norm Gegenstand von etwaigen künftigen Bußgeldverfahren sein könnte, bleibt es jedoch bei der dringenden Forderung, den unnötigen Begriff des "wirtschaftlichen Ungleichgewichts" zu streichen.



j) Anwendbarkeit des GWB (§ 23 AgrarOLkG-E)

In der Gesetzesbegründung (S. 51) wird darauf hingewiesen, dass sich die Verfahren der Durchsetzungsbehörde nach Teil 3, Abschnitt 1 des AgrarOLkG-E und des Bundeskartellamts nach dem GWB überschneiden können. Deshalb wird mit § 23 AgrarOLkG-E die parallel fortbestehende Anwendbarkeit der kartellrechtlichen Bestimmungen und die parallele Zuständigkeit des Bundeskartellamts klargestellt. Es ist daher wahrscheinlich, dass es in der Praxis zu einer parallelen Bearbeitung von Beschwerden beim Bundeskartellamt und der als Durchsetzungsbehörde nach dem AgrarOLkG-E vorgesehenen Bundesanstalt für Lebensmittel und Ernährung kommt. Die Tatsache, dass damit eine Beschwerde wegen eines Verstoßes gegen die neuen Bestimmungen des Teils 3, Abschnitt 1 AgrarOLkG-E auch in ein kartellrechtliches Verfahren münden kann, muss sich aber auch in den Betroffenenrechten des AgrarOLkG-E widerspiegeln.

In § 23 AgrarOLkG-E sollte daher eindeutig geregelt werden, dass auch für die Verfahren nach Teil 3, Abschnitt 1 AgrarOLkG-E die Verfahrensvorschriften des GWB gelten und die entsprechenden Rechtsmittel (ggf. auch mit aufschiebender Wirkung) zur Anwendung kommen können.

k) Beschwerde (§ 24 Abs. 1 AgrarOLkG-E)

Positiv ist festzustellen, dass § 24 Abs. 1 S. 2 AgrarOLkG-E die im Prozessrecht übliche Beweislastverteilung aufrecht erhält. Danach hat der Beschwerdeführer die Tatsachen darzulegen, welche einen Rechtsverstoß des Käufers begründen. Dies ist auch die einzige sachgerechte Vorgehensweise. Jede andere Beweislastverteilung würde den Käufer unter Generalverdacht stellen und dazu nötigen, sein lauteres Verhalten in jedem Einzelfall nach Auswahl seines Lieferanten darstellen zu müssen. Da das Nichtvorliegen bestimmter Tatsachen bekanntlich schwerer oder gar nicht nachzuweisen ist, würde eine abweichende Beweislastverteilung den Käufer unverhältnismäßig benachteiligen und die Waffengleichheit zwischen den Vertragsparteien bei etwaigen Rechtsstreitigkeiten empfindlich beeinträchtigen.

Die im Strafrecht geltende Unschuldsvermutung würde in eine Schuldvermutung verkehrt. Im Hinblick auf die bestehende Sanktionsandrohung wäre auch die Verfassungsmäßigkeit einer entsprechenden Regelung zu hinterfragen, weil sie dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 i. V. m. 28 Abs. 1 S. 1 GG) widersprechen dürfte.

Die bestehende Regelung zur Beweislastverteilung in § 24 Abs. 1 S. 2 sollte daher unbedingt unverändert aufrecht erhalten bleiben.

I) Befugnisse der Durchsetzungsbehörde (§ 26 AgrarOLkG-E)

aa) Befugnisse der Durchsetzungsbehörde (§ 26 Abs. 1 AgrarOLkG-E)



Gemäß § 26 Abs. 1 AgrarOLkG-E soll die Durchsetzungsbehörde die Befugnis erhalten, Leitlinien zur Einstufung von Erzeugnissen als "verderblich" im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 4 AgrarOLkG-E zu veröffentlichen. Diese Leitlinien werden für die Praxis hoher Relevanz haben, weil sie in den Vertragsverhandlungen rechtmäßiges Verhalten gewährleisten und den Abnehmern damit helfen, Verstöße gegen das neue Recht mit den damit verbundenen erheblichen Bußgeldrisiken zu vermeiden. Es wäre daher wünschenswert, wenn die Veröffentlichung der Leitlinien nicht in das Belieben der Durchsetzungsbehörde gestellt würde, sondern wenn der Gesetzgeber diese vielmehr mit einer zeitnahen Frist verpflichtete, entsprechende Hinweise zu publizieren.

bb) Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt (§ 26 Abs. 2 AgrarOLkG-E)

Nach § 26 Abs. 2 S. 1 AgrarOLkG-E trifft die Bundesanstalt für Lebensmittel und Ernährung als zuständige Durchsetzungsbehörde i. S. d. § 3 Abs. 3 AgrarOLkG-E Entscheidungen hinsichtlich des Vorliegens eines Verstoßes gegen die neuen Vorschriften im Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt. Dies ist außerordentlich zu begrüßen.

Das notwendige Einvernehmen beider Behörden leistet einen wichtigen Beitrag, damit die Durchsetzung des neuen Rechts unabhängig von politischer Einflussnahme und von Partikularinteressen einzelner Branchen unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sowie mit wettbewerbsökonomischem Sachverstand und Verständnis für die Verhältnisse in der Lieferkette erfolgt.

Die Beamten des Bundeskartellamts haben das europäische UTP-Gesetzgebungsverfahrens bereits aktiv begleitet und sind daher mit der Regelungsmaterie vertraut. Im Hinblick auf die Funktionsweise der Lebensmittellieferkette, insbesondere auch in Zusammenhang mit den üblichen Vertragsgestaltungsformen und ihren Auswirkungen besteht dort aufgrund langjähriger Erfahrungen mit den Unternehmen der Lebensmittellieferkette eine ausgezeichnete Fachkenntnis. Diese und die bisherige Praxis des Amtes bürgen für eine Ausübung des Aufgreifermessens unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und der Opportunität. Das Amt hat in der Vergangenheit gleichzeitig unter Beweis gestellt, dass es Recht – wo dies geboten ist – effizient und wirksam durchzusetzen bereit und in der Lage ist.

Da auch mit Bußgeldverfahren beim Bundeskartellamt bereits eine weitreichende Praxiserfahrung besteht, ist es sachgerecht, dass diese Behörde auch bei der Festsetzung etwaiger Bußgelder Gelegenheit zur Stellungnahme erhält (§ 26 Abs. 2 S. 2 AgrarOLkG-E).

cc) Veröffentlichung von Entscheidungen (§ 26 Abs. 5 AgrarOLkG-E)

Nach der Regelung des § 26 Abs. 5 AgrarOLkG-E veröffentlicht die Durchsetzungsbehörde ihre gegenüber dem Käufer getroffenen Entscheidungen unter Nennung dessen Namens auf ihrer Internetseite. Eine Ausnahme von dieser Regel ist nur für den Fall vorgesehen, dass die Entscheidung lediglich einen geringfügigen Verstoß betrifft.



Mit dieser Pflicht zur Veröffentlichung der Entscheidung unter Nennung des Namens im Rahmen der gebundenen Verwaltung geht die Regelung des Entwurfs über die Vorgaben des Art. 6 Abs. 1 lit. f) UTP-Richtlinie hinaus. Danach ist der Durchsetzungsbehörde nämlich lediglich die Befugnis zur Veröffentlichung entsprechender Entscheidungen einzuräumen. Den EU-Vorgaben genügt daher eine Ermächtigung der Durchsetzungsbehörde zur Veröffentlichung im Rahmen einer Ermessensentscheidung. Diese ist von der Behörde unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu treffen. Dabei sind von der Behörde die Gesichtspunkte der Erforderlichkeit, Geeignetheit und Angemessenheit zu berücksichtigen. Es liegt auf der Hand, dass damit eine Veröffentlichung keineswegs immer in Betracht kommt, soweit ein nicht nur geringfügiger Verstoß vorliegt. Vielmehr muss die Veröffentlichung auch erforderlich sein, z. B. weil ein öffentliches Interesse daran besteht.

Die Zielrichtung der Regelung des Regierungsentwurfs geht nun aber in eine andere Richtung: Ausweislich der Gesetzesbegründung (S. 54 f.) soll die Veröffentlichung dazu dienen, den Käufer im Sinne der Generalprävention von Verstößen gegen die Verbote abzuschrecken. Das mit der Veröffentlichung verbundene "naming and shaming" ist also nicht nur ein Kollateralschaden, sondern deren Zweck. Die Veröffentlichung der Entscheidung unter Nennung des Namens des betroffenen Käufers gewinnt so den Charakter einer Nebensanktion, die neben die Bußgeldandrohungen nach § 53 AgrarOLkG-E tritt. Dies ist besonders bedenklich, weil die vorgesehenen Bußgelder von bis zu 500.000 Euro bereits eine hinreichend abschreckende Wirkung entfalten und nach der Gesetzesbegründung auch im Hinblick auf den Unrechtsgehalt etwaiger Rechtsverstöße angemessen sind. Eine Veröffentlichung der Entscheidung mit der intendierten Prangerwirkung ohne konkrete Verhältnismäßigkeitsprüfung ist aber auch deshalb bedenklich, weil sie dem rechtsstaatlichen Grundsatz der Unschuldsvermutung widerspricht. Zwar muss die Behörde nach § 26 Abs. 5 S. 2 AgrarOLkG-E ggf. auf die fehlende Bestandskraft hinweisen. Dies wird aber in der Praxis kaum Einfluss auf die negativen Folgen für das Unternehmen durch eine - ggf. zu Unrecht - ausgelöste öffentliche Berichtserstattung und die damit verbundenen Imageschäden haben.

Die Durchsetzungsbehörde sollte daher zur Veröffentlichung von Entscheidungen unter Nennung des Namens des betroffenen Unternehmens ausschließlich aufgrund einer Ermessensentscheidung berechtigt werden, wie dies auch dem Willen des EU-Gesetzgebers entspricht. Sollte der Gesetzgeber diese Voraussetzung nicht vorsehen wollen, so muss zumindest das im § 26 Abs. 5 AgrarOLkG-E vorgesehene Regel-Ausnahmeverhältnis umgekehrt werden, so dass eine Veröffentlichung ausschließlich bei besonders schwerwiegenden Verstößen in Betracht kommt.

m) Gerichtsverfahren (Abschnitt 4)

aa) Rechtsweg, Verfahrensordnung (§ 30 AgrarOLkG-E)



Die prozessrechtlichen Regeln für das Gerichtsverfahren sind inkonsistent. Einerseits enthält § 30 Abs. 1 eine abdrängende Sonderzuweisung zur Zivilgerichtsbarkeit. Hier gelten die Regeln der Zivilprozessordnung. Andererseits sind nach Abs. 2 Teile der Verwaltungsgerichtsordnung ausnahmsweise auf die Verfahren vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf anwendbar. Dies wird in der Gesetzesbegründung mit dem "verwaltungsrechtlichen Charakter" entsprechender Klagen begründet. Diese Begründung wirkt generisch, zumal anscheinend nur bestimmte Regelungen der VwGO gelten sollen, andere wiederum nicht (z. B. die aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklage – vgl. unten). Das Vorgehen sorgt für Misstrauen im Hinblick auf einen willkürlich aus einzelnen Versatzstücken zusammengefügten Rechtsschutz. Eine Notwendigkeit, Zivilprozesse in dieser Form verwaltungsrechtlich auszuformen, ist nicht zu erkennen. Es böte sich vielmehr an, die bewährten Regelunge des GWB, welches ebenso wenig auf die VwGO verweist, im Wege eines Verweises umfänglich zu übernehmen. Im Interesse eines einheitlichen Verfahrensrechts sollte Abs. 2 daher gestrichen werden.

bb) Aufschiebende Wirkung (§ 31 AgrarOLkG-E)

Klagen gegen eine Verfügung der Durchsetzungsbehörde sollen nach § 31 AgrarOLkG-E keine aufschiebende Wirkung haben. Wie auch in der Gesetzesbegründung (S. 56) festgestellt wird, entspricht dies der bei kartellrechtlichen Streitigkeiten anwendbaren Regel des § 64 GWB.

Es ist allerdings nicht nachzuvollziehen, warum abweichend von den kartellrechtlichen Verfahrensvorschriften (§ 65 Abs. 3 GWB) im Interesse des Klägers in den Vorschriften für das Gerichtsverfahren keine Möglichkeit für den Kläger vorgesehen wird, die Anordnung der aufschiebenden Wirkung zu beantragen. Damit wird die Rechtsposition der Kläger bei Rechtsstreitigkeiten mit der Durchsetzungsbehörde ohne ersichtlichen Grund empfindlich gegenüber ähnlichen Rechtsstreitigkeiten mit dem Bundeskartellamt geschwächt.

Es sollte daher bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen eine entsprechende Möglichkeit geschaffen werden, die aufschiebende Wirkung zu beantragen. Hierzu könnte ein neuer Absatz 2 des § 31 AgrarOLkG-E vorgesehen werden. In Anlehnung an die Regel des § 65 Abs. 3 GWB schlagen wir die folgende Formulierung vor:

- (2) Auf Antrag kann das Gericht die aufschiebende Wirkung anordnen, wenn
 - 1. die sofortige Vollziehung nicht im öffentlichen Interesse oder im überwiegenden Interesse eines Beteiligten geboten ist,
 - 2. ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Verfügung bestehen,
 - 3. die Vollziehung für den Betroffenen eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte.

Die Gewährung einer Möglichkeit, die aufschiebende Wirkung wie oben dargestellt zu beantragen, ist insbesondere auch aus rechtstaatlichen Erwägungen (Art. 19 Abs. 4 GG) geboten und sollte daher unbedingt in das Gesetz aufgenommen werden.



3. <u>Übergangsbestimmung (Art. 1 Nr. 22 b. - § 56 AgrarOLkG-E)</u>

Nach der Übergangsbestimmung des § 56 haben die Vertragsparteien Liefervereinbarungen, die vor dem Inkrafttreten der neuen Vorschriften abgeschlossen wurden, innerhalb von einem Jahr nach dem Inkrafttreten an die geltenden Vorgaben anzupassen.

IV. Zusammenfassung

Grundsätzlich ist festzustellen, dass in Deutschland kein Bedarf an der Regulierung der Vertragsbeziehungen in der Lebensmittellieferkette besteht. Sie ist mit der Gefahr von Wettbewerbsbeschränkungen, daraus resultierenden Effizienzverlusten und im Ergebnis mit steigenden Verbraucherpreisen verbunden. Daher sollte der Gesetzgeber bei der unvermeidlichen Umsetzung der UTP-Richtlinie mit Augenmaß und Zurückhaltung vorgehen und auf jedes "Gold-Plating" verzichten.

Während der Referentenentwurf sich noch an diesem Ziel orientiert hat, weicht der Regierungsentwurf bedauerlicherweise an entscheidenden Stellen von einer Eins-zu-eins-Umsetzung der europäischen Vorgaben ab. Das generelle Verbot von Vertragsgestaltungen, die der EU-Gesetzgeber wegen der damit verbundenen Effizienzen für die gesamte Lieferkette gerade nicht in die "schwarze Liste" aufgenommen, sondern bei Vorliegen entsprechender klarer und eindeutiger Vereinbarungen ausdrücklich erlaubt hat, ist ein großer Fehler, der zu volkswirtschaftlichen Wohlstandsverlusten und damit zu höheren Preisen führen kann. Ausdrücklich positiv ist dagegen die Tatsache zu erwähnen, dass die Regelung zum Anwendungsbereich (§ 10 AgrarOLkG-E) unverändert aus der UTP-Richtlinie übernommen wurde.

Leider geht der Regierungsentwurf auch an einzelnen weiteren, aber sehr praxisrelevanten Stellen über die Richtlinienvorgaben hinaus. Auch hier drohen Effizienzverluste und unnötige Wettbewerbsbeschränkungen. Weiterhin besteht angesichts der Bußgeldrelevanz und der drohenden Reputationsverluste bei einigen Regelungen wichtiger Klarstellungsbedarf, um für die Unternehmen Rechtssicherheit zu gewährleisten.

Die folgenden Änderungsvorschläge sollten sehr ernst genommen werden, weil zu weit gehende Eingriffe in die Vertragsverhältnisse der Lieferkette und unnötige Rechtsunsicherheiten ernsthafte Effizienzprobleme mit Nachteilen nicht zuletzt auch für den Verbraucher auslösen können.

Im Einzelnen regen wir dringend die folgenden Modifikationen an:

 Die Definition "verderblicher Erzeugnisse" in § 2 Abs. 1 Nr. 4 AgrarOLkG-E ist mit der Gefahr verbunden, dass sie über die Zielsetzung der EU-Gesetzgebers hinaus eine Vielzahl von Produkten erfasst, deren Haltbarkeit standardmäßig durch Schutzmaßnah-



- men wie z. B. einer Kühlung über den Zeitraum von 30 Tagen hinaus verlängert wird. Die Anwendung der strengeren Vorgaben zu den Zahlungsfristen (§ 11 Abs. 1 Nr. 1 AgrarOLkG-E) wäre aber in diesen Fällen nicht sachgerecht. Daher sollten standardmäßige Schutzmaßnahmen bei der Feststellung der Verderblichkeit berücksichtigt werden.
- Die generellen Verbote, zu vereinbaren, dass nicht verkaufte Erzeugnisse retourniert werden k\u00f6nnen (\u00accents 12 AgrarOLkG-E) und f\u00fcr die Lagerung Zahlungen bzw. Preisnachl\u00e4sse zu erbringen sind (\u00accents 14 AgrarOLkG-E) m\u00fcssen gestrichen und wie urspr\u00fcnglich im Referentenentwurf vorgesehen in die "graue Liste" des \u00accents 19 AgrarOLkG-E aufgenommen werden. Dies w\u00fcrde auch den Vorgaben des EU-Gesetzgebers entsprechen, der damit Effizienzverluste und unn\u00f6tige Wettbewerbsbeschr\u00e4nkungen vermeiden wollte.
- AgrarOLkG-E sicherzustellen. dass Ş 15 zumindest nachträgliche Vertragsänderungen nicht ausschließt, soweit sich die Vertragspartner entsprechende Änderungen vorbehalten haben. Die Bestimmung des § 16 Abs. 2 S. 2 AgrarOLkG-E schränkt zulässige Zahlungsvereinbarungen unverhältnismäßig und über Richtlinienvorgaben hinaus ein, indem die Vereinbarung von Zahlungen des Lieferanten an den Käufer verboten wird, soweit kein "spezifischer Zusammenhang mit dem Verkauf ... des Lieferanten "besteht. Die genannten Regelbeispiele werden der Komplexität der Vertragsbeziehungen in der Lieferkette nicht gerecht und sind mit der Gefahr verbunden, die Verhandlungsspielräume über die Richtlinienvorgaben hinaus einzuschränken. Sie sollten gestrichen werden. Bereits in der Norm sollte zudem dem mutmaßlichen Willen des Gesetzgebers entsprechend ausdrücklich klargestellt werden, dass auch in Zukunft Zahlungen vereinbart werden können, die ausschließlich mit dem Wiederverkaufsgeschäft des Käufers im Zusammenhang stehen.
- Um Missbrauchs- und Erpressungspotenzial zu reduzieren, muss im Hinblick auf die Regelung zu den Vergeltungsmaßnahmen in § 17 AgrarOLkG-E ausdrücklich klargestellt werden, dass der Tatbestand nur erfüllt ist, wenn eine Kausalität zwischen der Geltendmachung von Rechten und der Vergeltungsmaßnahme besteht. Die Beweislast trifft nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen denjenigen, welcher sich auf das Recht beruft.
- Der in § 22 AgrarOLkG-E eingeführte Begriff der "Ausnutzung eines wirtschaftlichen Ungleichgewichts" sollte gestrichen werden. Der Begriff ist nicht in der Richtlinie enthalten und auch nicht erforderlich, führt aber zu Unklarheiten sowie Abgrenzungsproblemen im Hinblick auf andere Regelungen der deutschen Rechtsordnung. Da es auch der Gesetzgeber für wahrscheinlich hält, dass in der Praxis Sachverhalte parallel vom Bundeskartellamt und der Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung (BLE) bearbeitet werden und Ermittlungen auf Grundlage des AgrarOLkG-E daher auch in kartellrechtliche Verfahren münden können, sollte in § 23 AgrarOLkG-E die Anwendbarkeit der kartellrechtlichen Verfahrensvorschriften und der Rechtsbehelfe des GWB ausdrücklich vorgesehen werden.
- Wegen der großen Bedeutung für die Praxis sollte die Durchsetzungsbehörde gesetzlich verpflichtet werden, zeitnah innerhalb einer konkreten Frist die in § 26 Abs. 1 AgrarOLkG-E vorgesehenen Leitlinien zur Einstufung von Erzeugnissen als "verderblich" zu veröffentlichen, um rechtskonformes Verhalten bei der Vereinbarung von Zahlungsfristen zu gewährleisten.



- Die in § 26 Abs. 5 AgrarOLkG-E vorgesehene Verpflichtung der Durchsetzungsbehörde zur Veröffentlichung ihrer Entscheidungen unter Nennung des Namens des betroffenen Unternehmens im Rahmen der gebundenen Verwaltung soweit es sich nicht nur um geringfügige Verstöße handelt hat bewusst den Charakter einer Nebensanktion und eines Prangers. Diese Zielsetzung des Gesetzgebers ist unangemessen, da die übrigen Sanktionsinstrumente bereits ausreichen, um rechtskonformes Verhalten zu gewährleisten. Die Regelung geht auch über die EU-Vorgaben hinaus. Eine Veröffentlichung sollte daher nur in Betracht kommen, wenn dies nach richtiger Ermessensausübung der Behörde unter Berücksichtigung der damit verbundenen negativen Folgen für das betroffene Unternehmen erforderlich, geeignet und angemessen ist.
- Der Rechtsschutz vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf sollte durch Verweis auf das GWB ausgestaltet werden. Die Ausnahmeregelung in § 30 AgrarOLkG-E, die teilweise zur Anwendung der Verwaltungsgerichtsordnung führt, ist inkonsistent und daher zu streichen.
- Aus rechtstaatlichen Erwägungen sollten Kläger gemäß § 31 AgrarOLkG-E jedenfalls die Möglichkeit erhalten, unter bestimmten Voraussetzungen die Anordnung der aufschiebenden Wirkung einer Klage gegen Verfügungen der Durchsetzungsbehörde zu beantragen.



Anlage zur Stellungnahme zu dem Entwurf der Bundesregierung eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Agrarmarktstrukturgesetzes (BT-Drs. 19/2602)

Position zum Anwendungsbereich der Regeln zu unlauteren Handelspraktiken in der Lebensmittellieferkette (§ 10 AgrarOLkG-E)

2. Februar 2021



I. Einleitung

Nach den Vorgaben der UTP-Richtlinie¹ ist die Anwendung der neuen Regeln, mit denen Lieferanten und Erzeuger vor sogenannten unlauteren Handelspraktiken in der Lebensmittellieferkette geschützt werden sollen, auf Unternehmen mit einem Jahresumsatz von maximal 350 Mio. Euro begrenzt (Art. 1 Abs. 2 UTP-RL). Der Regierungsentwurf des Bundesministeriums für Ernährung und Landwirtschaft vom 18.11.2020, mit dem die EU-Richtlinie in nationales Recht umgesetzt werden soll, orientiert sich eng an diesen Vorgaben und gewährleistet damit an einer zentralen Stelle eine Eins-zu-eins-Umsetzung. Auf diese Weise wird sichergestellt, dass große und ggf. sogar international tätige Unternehmen der Lebensmittelindustrie als Verkäufer nicht in den Anwendungs- und damit den Schutzbereich des Gesetzes fallen.

Im Verlauf der nationalen politischen Debatte ist von der lebensmittelerzeugenden Industrie wiederholt eine Erweiterung des Anwendungsbereichs der neuen Regeln größenunabhängig auf alle Industrieunternehmen gefordert worden.

Jede Erweiterung des Anwendungsbereichs der UTP-Regeln über die EU-Vorgaben hinaus bedeutet nicht nur einen erheblichen Eingriff in die grundgesetzlich garantierte Vertragsfreiheit, sondern begegnet auch schweren wettbewerbsökonomischen Bedenken, da ein solcher erweiterter Eingriff in die Vertragsbeziehungen das Gleichgewicht in den Verhandlungen empfindlich beeinträchtigen und zu Ineffizienzen in der Lieferkette beitragen würde, so dass im Ergebnis auch Nachteile für die Verbraucher zu erwarten wären. Vor einer Ausweitung des Anwendungsbereichs hatte seinerzeit auch das Bundeskartellamt gewarnt: "Es kann nicht Rechtsgrundlage und Sinn dieses Richtlinienentwurfs sein, marktstarke Großunternehmen der Lebensmittelbranche zu schützen, nur weil sie in der Wertschöpfungskette nicht nur Abnehmer, sondern auch Lieferant sind."²

Einzelne Parlamentarier des Bundestags diskutieren mit dem Ziel, größere Molkereigenossenschaften mit Umsätzen von mehreren Milliarden Euro in den Schutzbereich einzubeziehen, sowie über eine Erweiterung des Anwendungsbereichs auf bis zu vier Mrd. Euro Jahresumsatz, wobei diese Erweiterung ggf. ausschließlich für Genossenschaften gelten soll.

Eine Beschränkung des Anwendungsbereichs auf bestimmte Rechtsformen wäre allerdings sehr problematisch. Industrieunternehmen, die eigentlich nicht in den Anwendungsbereich der Norm fallen, könnten dies durch die Wahl einer anderen Rechtsform ändern und damit ihre Position in den Vertragsverhandlungen – abweichend von der Zielsetzung des Gesetzgebers – verbessern. Außerdem stellt sich auch die grundsätzliche Frage, warum Genossenschaften schützenswerter sein sollen als Unternehmen mit einer anderen Rechtsform. Die Praxis zeigt, dass gerade auch Molkereigenossenschaften mit höherer Wertschöpfung keine signifikant höheren Milchpreise an die Erzeuger zahlen und die erwirtschaftete Wertschöpfung damit nicht an diese weiterreichen.³ Eine Verbesserung der Ertragssituation der Landwirte ist durch eine solche Maßnahme daher nicht zu erwarten. Ein differen-

¹ Richtlinie über unlautere Handelspraktiken in den Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen der Agrar- und Lebensmittelversorgungskette (EU 2019/633, EU ABI. vom 25.04.2019, S. 59 ff.).

² vgl. Handelsblatt, 22.11.2018.

³ Wertschöpfung von Molkereien, Zusammenfassung der Ergebnisse der Analyse von Jahresabschlüssen 2009 bis 2013, Bericht auf Grundlage eines Gutachtens im Auftrag der MEG Milch Board w. V., S. 8.



zierter Anwendungsbereich (z. B. eine "Lex Molkereigenossenschaften") begegnet außerdem erheblichen wettbewerbsrechtlichen Bedenken, da ein solches Vorgehen ernste wettbewerbliche Verwerfungen im Verhältnis zu nicht-genossenschaftlich organisierten Molkereien auslösen würde. Eine Erweiterung des Anwendungsbereichs abhängig von der Rechtsform würde bestimmte Rechtsformen sachgrundlos diskriminieren, wäre daher ordnungspolitisch mehr als fragwürdig und deshalb wohl kaum zu realisieren.

Es besteht daher die Gefahr, dass eine Erweiterung des Anwendungsbereichs zwar den Schutz der Genossenschaften im Blick hat, tatsächlich aber für alle Unternehmen unabhängig von der Rechtsform gilt, so dass im Ergebnis auch große Industrieunternehmen mit erheblicher Markt- und Verhandlungsmacht in den Anwendungsbereich der eigentlich für den Schutz kleinerer Produzenten konzipierten Schutzvorschriften einbezogen würden. Eine Erweiterung des Anwendungsbereichs mit dem Ziel, große Molkereigenossenschaften besonders zu schützen, würde also unter diesen Voraussetzungen zwangsläufig zu nicht intendierten Begünstigungen anderer großer Marktteilnehmer in der Lebensmittellieferkette wie z. B. großer Industrieunternehmen führen und damit die wettbewerbspolitischen Probleme, welche mit einer Erweiterung des Schutzbereichs ohnehin verbunden wären (vgl. unten Gliederungspunkt III.1.), potenzieren.

II. Europäischer Hintergrund

Der Regelungsgegenstand der Richtlinie wurde über viele Jahre auf europäischer Ebene kontrovers diskutiert. Die schließlich von Rat und EU-Parlament beschlossene UTP-Richtlinie widerspricht grundsätzlich den Prinzipien einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung: Sie ist vom Willen getragen, die Position kleinerer Erzeuger in den Vertragsverhandlungen mit relativ größeren Vertragspartnern einseitig zu verbessern (in der Annahme, dass sie aufgrund ihrer Größe eine schlechtere Verhandlungsposition haben) und ihre Erträge durch regulatorische Eingriffe in den Wettbewerb zu erhöhen. Der HDE hat dieses EU-Regulierungsvorhaben schon aus ordnungspolitischen Erwägungen, aber auch in der Überzeugung, dass Größe nicht Ausdruck von Verhandlungsmacht sein muss, von Beginn an abgelehnt. Das weitere EU-Gesetzgebungsverfahren hat Anlass zu neuer Kritik geboten.

Selbst der ordnungspolitisch fragwürdige Ansatz, die Ertragssituation der Landwirte durch gesetzliche Regulierung zu verbessern, wurde durch die Ausdehnung des Schutzbereichs auch auf nachgelagerte (Industrie-)Unternehmen der Lebensmittellieferkette bereits im Entwurf der EU-Kommission verwässert und damit die ordnungspolitische Fehlausrichtung der europäischen Gesetzgebung weiter verschärft. Außerdem wurde der im Richtlinienentwurf vorgesehene, auf einer umfassenden Folgenabschätzung basierende Anwendungsbereich, von dem ursprünglich lediglich KMU-Unternehmen mit maximal 259 Beschäftigten und einem Jahresumsatz von höchsten 50 Mio. Euro erfasst werden sollten, um 700 Prozent auf 350 Mio. Euro erhöht. Zudem wurde die "Schwarze Liste" von vier auf neun absolute Verbotsklauseln erweitert, die in der Praxis überwiegend nur im Verhältnis zwischen Industrie und Handel zur Anwendung kommen. Während der ursprüngliche Richtlinienentwurf von der europäischen Kommission noch auf Basis einer Betrachtung der insbesondere wettbewerblichen Auswirkungen (Impact Assessment) erstellt worden war, hat man im weiteren Richtlinienverfahren hierauf verzichtet.



Dabei war eine Erweiterung des Schutzbereichs auf größere Industrieunternehmen oberhalb des KMU-Bereichs zur Zweckerreichung weder erforderlich noch geeignet. Es ist eine Tatsache, dass eine Beeinträchtigung der Erzeuger durch Vertragsgestaltungen zwischen nachgelagerten Akteuren der Lebensmittellieferkette wie Industrie und Handel ("Kaskadeneffekt") in keiner Weise belegt ist. Dies wird nicht zuletzt durch die Folgenabschätzung der EU-Kommission bestätigt. Im Gegenteil kann der Eingriff in die Austauschverhältnisse zwischen Industrie und Handel die unterschiedlichen Ertragslagen der Hersteller und des Lebensmitteleinzelhandels zementieren oder weiter zu Gunsten der Hersteller beeinflussen. Bereits heute erzielen Hersteller im Vergleich zum Handel vielfache Umsätze und Renditen von teilweise über 20 Prozent.

Die 2019 in der EU verabschiedete Richtlinie enthielt im Vergleich zum Entwurf der EU-Kommission bereits einige wesentliche, wettbewerbspolitisch bedenkliche und daher auch vom HDE dezidiert kritisierte Verschärfungen. Insgesamt nimmt sie in der vorliegenden Fassung Wettbewerbsbeschränkungen in der gesamten Lieferkette nicht nur bewusst in Kauf, sondern intendiert diese sogar und schafft ein Sonderregulierungsrecht, das sich von kartellrechtlichen Wertmaßstäben abkoppelt. Bereits der Eingriff des EU-Gesetzgebers in die Vertragsbeziehungen ist daher mit erheblichen volkswirtschaftlichen Risiken und der Gefahr von Wohlstandsverlusten verbunden.

III. Keine Erweiterung des Anwendungsbereichs

Eine abermalige Erweiterung des Anwendungsbereichs im nationalen Gesetzgebungsverfahren wäre mit einer weiteren und voraussichtlich massiven Erhöhung der ohnehin schon bestehenden Gefahren für den Wettbewerb und die Ausgewogenheit in den Vertragsbeziehungen verbunden. Sie hätte preissteigernde Wirkung zu Lasten der Verbraucher. Landwirten und Erzeugern würde sie dagegen keinen Mehrwert bringen. Aus Gründen der Verbraucherwohlfahrt ist es daher unbedingt erforderlich, dass der Gesetzgeber auch in Zukunft nicht über die Vorgaben des Anwendungsbereichs der Richtlinie hinausgeht.

1. Gefahr ernsthafter Marktstörungen

Eine größenunabhängige Anwendung der UTP-Regeln oder auch nur eine Erhöhung der Umsatzschwelle für den Anwendungsbereich wäre mit dem Risiko schwerwiegender Marktstörungen und Effizienzverluste zum Nachteil der Verbraucher verbunden.⁴

In den Erwägungsgründen der UTP-Richtlinie wird klargestellt, dass KMU-Unternehmen im Fokus der Regulierung stehen und durch den neuen Rechtsrahmen primär geschützt werden sollen. Die Erweiterung des ursprünglichen Anwendungsbereichs und die damit verbundene Einbeziehung größerer Unternehmen mit einem Jahresumsatz von bis zu 350 Mio. Euro in den Schutzbereich wurde bereits auf EU-Ebene mit unterstellten, aber nicht belegten "Kaskadeneffekten" zu Lasten der Erzeuger begründet, die es zu vermeiden gelte.⁵ Bewusst wurde aber eine pauschalierende

⁴ So weist etwa der Chefvolkswirt der GD Wettbewerb der europäischen Kommission auf entsprechende Gefahren einer Ausweitung der Regelungen auf große Hersteller hin (Economic impact of unfair trading practices regulations in the food supply chain (DG Competition), 22.01.2018, in: Commission Staff Working Document, Impact Assessment, Initiative to improve the food supply chain (unfair trading practices), S. 260, 262 f.).

⁵ Richtlinie über unlautere Handelspraktiken in den Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen in der Agrar- und Lebensmittelversorgungskette, (EU) 2019/633, ErwG 9.



Bewertung der Schutzbedürftigkeit anhand der Größe – ermittelt auf Grundlage des Jahresumsatzes – gewählt.⁶ Es war gleichzeitig das erklärte Ziel des EU-Gesetzgebers, große Unternehmen, die "nicht oder wesentlich weniger gefährdet sind als ihre kleineren … Wettbewerber", vom Schutzbereich der Richtlinie auszunehmen.⁷

Dies hatte wettbewerbsökonomische Gründe. Der Chefvolkswirt der GD Wettbewerb hat nämlich im Rahmen des Impact Assessments festgestellt: "Die Regulierung von Handelsgeschäften zwischen ... großen Akteuren könnte den Druck verringern, den Großkunden auf große Hersteller ausüben können, um ihre Margen zu verringern, und aufgrund ihrer breiten Auswirkungen auf den Markt und letztlich auf die Verbraucherpreise erhebliche Marktstörungen verursachen." Bamit ist klargestellt, dass eine Einbeziehung großer Anbieter in den Schutzbereich der Richtlinie mit der Gefahr erheblicher Marktstörungen verbunden ist, die sich in steigenden Margen bei den großen Herstellern bei gleichzeitig steigenden Verbraucherpreisen ausdrücken würden. Vornehmlich ist zu befürchten, dass große Hersteller die UTP-Regeln nutzen werden, um Druck auf den Lebensmitteleinzelhandel auszuüben, damit dieser die Verbraucherabgabepreise erhöht, ohne dass die Erzeuger von dieser Maßnahme profitieren. Zusammenfassend werden also Effizienzverluste zu Lasten der Verbraucher befürchtet, wenn der Anwendungsbereich der Richtlinie auch auf größere Anbieter ausgedehnt werden sollte.

Der EU-Gesetzgeber hat sich daher bewusst dafür entschieden, den Anwendungsbereich zu begrenzen und große Lieferanten vom Schutzbereich der Richtlinie auszunehmen.¹⁰ Ziel der EU-Kommission war es nämlich keineswegs, die Verhandlungsposition des Lebensmitteleinzelhandels gegenüber großen Lieferanten zu mindern.¹¹ Der EU-Gesetzgeber hat vielmehr ausdrücklich Handlungsbedarf ausschließlich im Verhältnis kleiner Anbieter zu großen Abnehmern gesehen.¹²

Dies ist insoweit konsequent, als es keine generell "fairen" Preise bzw. Konditionen gibt, die sich losgelöst von der Verhandlungsposition eines Anbieters und Nachfragers rein intrinsisch als eine der Leistung fest anhaftende Größe bestimmen ließen.¹³ Genau dieser Fehlvorstellung erliegen aber diejenigen, welche die Klauselverbote der UTP-Richtlinie als Grundlage "fairer Handelspraktiken" größenunabhängig auf alle Anbieter anwenden wollen.

Die mit der UTP-Richtlinie gewählte Lösung entspricht auch der Empfehlung des Bundeskartellamts, welches in seiner Stellungnahme wie folgt davor gewarnt hat, marktstarke Großunternehmen der Lebensmittelindustrie mit den UTP-Regelungen zu schützen: "Es kann nicht Rechtgrundlage und Sinn dieses Richtlinienentwurfs sein, marktstarke Großunternehmen der Lebensmittelbranche zu schützen, nur weil sie in der Wertschöpfungskette nicht nur Abnehmer sondern auch

⁶ Ebd. ErwG 14.

⁷ Ebd. ErwG 14.

⁸ Economic impact of unfair trading practices regulations in the food supply chain (DG Competition), 22.01.2018, in: Commission Staff Working Document, Impact Assessment, Initiative to improve the food supply chain (unfair trading practices), S. 260, 262 f.

¹⁰ Richtlinie über unlautere Handelspraktiken in den Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen in der Agrar- und Lebensmittelversorgungskette, (EU) 2019/633, ErwG 9.

¹¹ Economic impact of unfair trading practices regulations in the food supply chain (DG Competition), 22.01.2018, in: Commission Staff Working Document, Impact Assessment, Initiative to improve the food supply chain (unfair trading practices), S. 260, 262 f.

¹² Richtlinie über unlautere Handelspraktiken in den Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen in der Agrar- und Lebensmittelversorgungskette, (EU) 2019/633, ErwG 9.

¹³ Thomas: Das Anzapfverbot des GWB, WuW 2019, S. 23. 27.



Lieferant sind. "14 Auch die Bundesrechtsanwaltskammer warnt in ihrer Stellungnahme davor, in der nationalen Umsetzung über eine Eins-zu-eins-Umsetzung hinauszugehen, indem festgestellt wird: " ... die BRAK (ist) der Auffassung, dass der Umsetzungsakt der UTP-Richtlinie in deutsches Recht keinesfalls über den Gehalt der Richtlinie hinausgehen darf. "15

2. Berücksichtigung der Zielsetzung des EU-Gesetzgebers

Bei der Frage, ob eine Erweiterung des Anwendungsbereichs geboten ist, darf der Ausgangspunkt der Richtlinie außerdem nicht aus dem Auge verloren werden: Sie sollte dazu beizutragen, der landwirtschaftlich tätigen Bevölkerung eine angemessene Lebenshaltung zu gewährleisten, was gemäß Artikel 39 AEUV eines der Ziele der Gemeinsamen Agrarpolitik ist. ¹⁶ Nur unter dieser Prämisse war eine Richtlinie auf Basis von Artikel 39 AEUV überhaupt zulässig.

Auch diese Intention spricht gegen eine Erweiterung des Anwendungsbereichs, weil anderenfalls weitere (Groß-)Unternehmen der Industrie im Widerspruch zur ursprünglichen Zielsetzung des Gesetzgebers in den Schutzbereich der Regulierung einbezogen würden.

Auch der in der Debatte immer wieder behauptete "Kaskadeneffekt" ändert nichts an der Tatsache, dass eine solche Maßnahme am Willen des EU-Gesetzgebers vorbeiginge. Wie der Chefvolkswirt der GD Wettbewerb festgestellt hat, bestehen nämlich weder Anreize noch Verpflichtungen der verarbeitenden Industrie, etwaige zusätzliche Vorteile in Folge einer Regulierung mit den Lieferanten zu teilen.¹⁷ Es ist daher mehr als fraglich, ob Landwirte von einer Regulierung profitieren würden, die der Industrie größere Margen verschafft. Da der "Kaskadeneffekt" auch jeder betriebswirtschaftlichen Logik widerspricht, ist seine Existenz nachdrücklich zu bestreiten.

3. Fehlendes Regulierungsbedürfnis speziell in Deutschland

Ferner ist darauf hinzuweisen, dass in Deutschland bereits ein hinreichendes Instrumentarium zum Schutz kleinerer Anbieter vor marktmächtigen Abnehmern besteht. Das Bundeskartellamt verweist auf das kartellrechtliche Konzept der relativen Marktmacht mit dem Anzapfverbot, dass bei bilateraler Abhängigkeit wirksam wird. Bereits bei einer Aufforderung zur Gewährung sachlich nicht gerechtfertigter Vorteile wegen Marktmachtmissbrauchs kann das Kartellamt auf dieser Grundlage gegen den marktmächtigen Abnehmer vorgehen. Dieses Instrumentarium ist nach Einschätzung des Bundeskartellamts "gut handhabbar" und das Kartellamt für solche Fälle "gut gewappnet". 18 Das Bundeskartellamt widerspricht damit auch der von den Herstellern und Erzeugern vertretenen These, das Kartellamt sei ein "zahnloser Tiger" (dagegen spricht auch die BGH-Entscheidung im Fall "Hochzeitsrabatte"19).

¹⁴ Anmerkungen des Bundeskartellamts zum Europäischen Gesetzgebungsverfahren betreffend die "Richtlinie über unlautere Handelspraktiken in der Lebensmittelversorgungskette", 19.11.2018, S. 2.

¹⁵ Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer Nr. 28/2020, August 2020, S. 4.

¹⁶ Kommissionsvorschlag für die Richtlinie COM(2018) 173 final, S. 1.

¹⁷ Economic impact of unfair trading practices regulations in the food supply chain (DG Competition), 22.01.2018, in: Commission Staff Working Document, Impact Assessment, Initiative to improve the food supply Chain (unfair trading practices), S. 260, 262 f.

¹⁸ Anmerkungen des Bundeskartellamts zum Europäischen Gesetzgebungsverfahren betreffend die "Richtlinie über unlautere Handelspraktiken in der Lebensmittelversorgungskette", 19.11.2018, S. 1 f. 19 BGH 23.1.2018, KVR 3/17, WUW1262205 – "Hochzeitsrabatte".



Neben dem Kartellrecht existieren in Deutschland noch die Regulierungen des Zivilrechts (AGB-Kontrolle) und des Lauterkeitsrechts (UWG). Alle drei Instrumente können unabhängig von der Größe des betroffenen Unternehmens zum Einsatz kommen und gewährleisten daher bereits heute für alle Marktteilnehmer faires Verhalten in der Lebensmittellieferkette.

Es besteht in Deutschland daher kein weiterer Handlungsbedarf des Gesetzgebers zur Gewährleistung eines fairen Wettbewerbs. Der Anwendungsbereich der UTP-Regeln muss nicht erweitert werden. Im Gegenteil würden die damit verbundenen Kollateralschäden nicht nur den Zielen des EU-Gesetzgebers, sondern auch der Vertragsfreiheit als einem der wichtigsten Grundprinzipien der sozialen Marktwirtschaft widersprechen.

IV. Zusammenfassung

Eine Erweiterung des Anwendungsbereichs der neuen Regeln auf Grundlage der UTP-Richtlinie über die EU-Vorgaben hinaus wird entschieden abgelehnt. Wie auch der Chefvolkswirt der GD Wettbewerb, das Bundeskartellamt und die Bundesrechtsanwaltskammer festgestellt haben, begegnet eine Erweiterung des Anwendungsbereichs schweren wettbewerbsökonomischen Bedenken²⁰, da ein solcher erweiterter Eingriff in die Vertragsbeziehungen das Gleichgewicht in den Verhandlungen empfindlich beeinträchtigen und zu Ineffizienzen in der Lieferkette beitragen würde, so dass im Ergebnis auch Nachteile für die Verbraucher zu erwarten wären. Gegen eine solche gesetzgeberische Maßnahme sprechen insbesondere auch die folgenden Argumente:

- Bereits die verabschiedete EU-Richtlinie enthält gegenüber dem Entwurf der EU-Kommission entscheidende, wettbewerbspolitisch bedenkliche Verschärfungen. Insbesondere wurde der Anwendungsbereich schon im EU-Gesetzgebungsverfahren erheblich erweitert, ohne dass es dafür eine Folgenabschätzung gegeben hat.
- Eine erneute Erweiterung des Anwendungsbereichs würde die Gefahren für den Wettbewerb und schwerwiegende Marktstörungen nochmals deutlich erhöhen und der bewussten Zielsetzung des EU-Gesetzgebers, auf Machtungleichgewichte in den Vertragsbeziehungen zu reagieren, widersprechen. In der Folge wären negative Effekte für die Verbraucher zu erwarten, ohne dass die Situation der Erzeuger verbessert würde.
- Die Beschränkung des Anwendungsbereichs auf kleinere Lieferanten entspricht auch der Empfehlung des Bundeskartellamts. Eine Erweiterung würde dagegen zu einer Ertragsverbesserung multinationaler Unternehmen der Lebensmittelindustrie führen und Konzentrationstendenzen verschärfen. Internationale Großkonzerne sind auch nicht schutzbedürftig. Sie realisieren bereits heute Margen, die häufig mit 10 bis 20 Prozent um ein Vielfaches über denen des Lebensmitteleinzelhandels liegen, der nur Margen von weniger als 3 Prozent erzielt. Da sie regelmäßig als börsennotierte Unternehmen dem shareholder value verpflichtet sind, kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass Gewinnverschiebungen in der Lieferkette vom Handel zu diesen Industrieunternehmen eine Ertragsverbesserung bei den landwirtschaftlichen Erzeugern zur Folge hätten.
- Der EU-Gesetzgeber wollte mit der Richtlinie primär die landwirtschaftlichen Erzeuger schützen, um der landwirtschaftlich tätigen Bevölkerung eine bessere Ertragssituation zu verschaffen. Eine

²⁰ Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer Nr. 28/2020, August 2020, S. 4.



Erweiterung des Anwendungsbereichs auch auf größere Industrieunternehmen würde dieser Zielsetzung widersprechen.

 Gerade in Deutschland besteht wegen des umfassenden Instrumentariums zum Schutz kleinerer Vertragspartner im Kartell-, Zivil- und Lauterkeitsrecht kein Regulierungsbedarf, der eine Erweiterung des Anwendungsbereichs rechtfertigen könnte.