

REFORM DES AGRAROLKG 2024

1. Zum Markenverband

Die Markenwirtschaft steht in Deutschland für einen Markenumsatz in Höhe von knapp 1,1 Bill. Euro und rund 5,2 Mio. Arbeitsplätze. Der 1903 in Berlin gegründete Markenverband ist die Spitzenorganisation der deutschen Markenwirtschaft und mit seinen rund 300 Mitgliedern der größte Verband dieser Art in Europa. Die Mitgliedsunternehmen stammen aus vielfältigen Branchen. Darunter befindet sich eine große Zahl an Herstellern von Nahrungs- und Genussmitteln sowie anderer Verarbeiter von Agrarerzeugnissen, u.a. der Kosmetikbranche oder des Pharmabereichs. Zu den Mitgliedern zählen Unternehmen aller Größenordnungen, vom Mittelstand bis zu internationalen Konzernen, wie Arla, Beiersdorf, Coca-Cola, Dr. Doerr Feinkost, MCM Klosterfrau, Nestlé, Dr. Oetker, Schamel Meerrettich, August Storck, Weleda und viele andere renommierte Firmen.

Ihnen ist gemeinsam, dass sie Marken nicht nur als Instrument der Leistungsdifferenzierung verstehen, sondern als Orientierungsmittel und Wertelieferant gleichermaßen für Unternehmen, Verbraucher und Gesellschaft. Dem gerecht werden zu können, bedarf es eines fairen Leistungswettbewerbs. Die Markenartikelhersteller vertreiben dabei ihre Produkte in Deutschland weit überwiegend über den Groß- und Einzelhandel. Dabei stehen viele dem hoch konzentrierten Lebensmitteleinzelhandel (LEH) gegenüber, in dem vier Händler mehr als 85 % des Marktes unter sich aufteilen. Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs steht in diesem Sektor infrage. Zuletzt in den Zusammenschlussvorhaben Kaufland/Real¹ und Edeka/Real² stellte das Bundeskartellamt eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs fest, dem allerdings mit Mitteln der Fusionskontrolle schon nicht mehr begegnet werden konnte. Zur Herstellung des für einen fairen Leistungswettbewerb notwendigen Verhandlungsgleichgewichts bedarf es daher einer sowohl kartellrechtlichen wie auch lauterkeitsrechtlichen Verhaltenskontrolle, wozu das kartellrechtliche Anzapfverbot ebenso dient wie das Recht gegen unlautere Handelspraktiken (UTP) im AgrarOLkG.

Für die Mitglieder des Markenverbandes ist hinsichtlich des UTP-Rechts kennzeichnend, dass sie sich vielfach in einer dualen Position als Käufer und Lieferant in den Agrar- und Lebensmittellieferketten befinden. Als Käufer von Agrar- oder Fischereierzeugnissen sind sie Adressaten der Verbote und Beschränkungen durch das AgrarOLkG. Nur wenn sie Lebensmittelerzeugnisse herstellen und vertreiben, können sie im Weiterverkauf als Lieferanten geschützt sein. Unter den Mitgliedsunternehmen finden sich solche, die aufgrund ihrer Größe aktuell in den Schutzbereich des

¹ BKartA, 22.12.2020, B2-83/20, Rn. 528, 647 – Kaufland/Real

² BKartA, 17.03.2021, B2-85/20, Rn. 884 –Edeka/Real

AgrarOLkG fallen, ebenso wie Unternehmen, die nicht geschützt werden. Es zeigt sich insofern das Bild einer „ungleichmäßigen Sandwich-Position“. Die sich daraus ergebende Situation haben Lademann/Klecza³ eindrucksvoll beschrieben.

2. Gesetzentwurf vom 25.06.2024 (BT-Drucksache 20/11948) – Klarstellungs- und Verbesserungsbedarf

Der Markenverband begrüßt, dass mit dem „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung agrarrechtlicher Vorschriften“ (BT-Drs. 20/11948) vom 25.06.2024 jetzt der notwendige Prozess zur Anpassung des deutschen UTP-Rechts angegangen wird. Die Stärkung des UTP-Rechts und seiner Durchsetzungsbehörde sind dem Grunde nach ebenso zu begrüßen wie notwendig. Die Analysen der Monopolkommission, die für das Hauptgutachten XXV angekündigt und vorab auszugsweise bekannt geworden sind, weisen deutlich auf von Markt und Wettbewerb unkontrollierte Spielräume des LEH und die Existenz des Kaskadeneffekts hin, der der europäischen UTP-Richtlinie zugrunde liegt. Gleichzeitig ist dem Policy-Brief 13 der Monopolkommission zuzustimmen, dass bei jeder Anpassung des UTP-Rechts sorgfältig potentiell unerwünschte Nebeneffekte einer Regelung bedacht werden müssen. Dabei kommt es jedoch auch darauf an, tatsächliche manifest unfaire Praktiken nicht aufgrund theoretisch möglicher positiver Auswirkungen zu vernachlässigen. Präzise Abgrenzungen der Gründe für Unlauterkeit einerseits und Effizienzpotentiale andererseits sollten daher nach Auffassung des Markenverbandes neben der Adressierung neuer manifest unfairer Praktiken und der Klärung von Streitfragen im Vordergrund der Neuregelung stehen.

Vor diesem Hintergrund geht der Gesetzentwurf nach Ansicht des Markenverbandes grundsätzlich in die richtige Richtung. Gleichwohl besteht noch an zahlreichen Punkten Klarstellungs- bzw. Verbesserungsbedarf. Diese Punkte fassen wir nachfolgend zusammen und ergänzen sie um konkrete Formulierungsvorschläge, die aus der Perspektive des Markenverbandes den oben genannten Kriterien Rechnung tragen.

3. Vereinfachung der Anwendung

a) Anwendungsbereich

Der Evaluierungsbericht des Bundesministeriums für Ernährung und Landwirtschaft zeigt deutlich, dass insbesondere im Bereich des persönlichen Anwendungsbereichs des Gesetzes für die Unternehmen erhebliche Schwierigkeiten bestehen, ob und gegenüber wem die Regelungen der §§ 11 ff. AgrarOLkG zur Anwendung kommen. Diese Herausforderung wird im Gesetzentwurf nicht aufgegriffen. Weder wird deutlicher, was in § 10 Abs. 1 S. 2 AgrarOLkG unter den dort erwähnten „Produkten“ im Gegensatz zu den in § 2 Nr. 1 bis 3 erwähnten „Erzeugnissen“ unterscheidet oder was unter Milch- etc. Produkten zu verstehen ist. Noch wird die Komplexität der Umsatzberechnung durch § 10 Abs. 2 wesentlich reduziert.

Dabei sind Fairness- und Lauterkeitsfragen, wie Erwgr. 9 VO 1/2003 andeutet und auch in Sec. 5 FTC-Act festgelegt ist, keine Frage von Unternehmensgröße oder Marktmacht, sondern allgemeine

³ Lademann/Klecza, Marktbeherrschung im Lebensmitteleinzelhandel?, Frankfurt 2023.

Anforderungen an die Marktbeteiligten. Eine Begrenzung der Anforderungen auf Unternehmen bestimmter Größenordnungen oder des Schutzes auf Unternehmen unterhalb bestimmter Schwellenwerte steht zu im Widerspruch und sollte gestrichen werden. Gleichzeitig ist zu bedenken, dass negative Auswirkungen auf die Erzeuger durch den Kaskadeneffekt umso breiter zu befürchten sind, je größer das unlauteren Praktiken ausgesetzte Unternehmen der Zwischenstufe ist. Diese Erkenntnisse liegen bereits heute den Umsetzungsgesetzen in zahlreichen Mitgliedstaaten zugrunde, darunter Dänemark, Frankreich, Italien oder Schweden. Deutschland sollte sich dem anschließen. Eine Beibehaltung der Schwellenwerte führt lediglich potentiell zu Wettbewerbsverzerrungen zwischen geschützten und nicht geschützten Unternehmen.

In jedem Fall gilt es, die Erweiterung des Anwendungsbereiches in § 10 Abs. 1 S. 2 AgrarOLkG beizubehalten. Die in dem Gesetzentwurf vorgesehene weitere Obergrenze von EUR 15 Mrd. globalem Jahresumsatz für Lieferanten schränkt den erweiterten Anwendungsbereich allerdings ein und ist daher in Anbetracht des Evaluierungsberichts des BMEL, der eindrucksvoll zeigt, dass nicht nur die kleinen und mittleren Unternehmen bis zu einer Umsatzschwelle von EUR 350 Mio. weltweiten Konzernumsatzes von unlauteren Handelspraktiken betroffen sind, nicht nachvollziehbar.

Die in dem Gesetzentwurf vorgesehene Streichung der Befristung ist hingegen zu begrüßen.

Gleichzeitig sollte die differenzierte Nomenklatur des § 10 Abs. 1 S. 2 AgrarOLkG, der nicht wie § 2 Abs. 1 AgrarOLkG von Erzeugnissen spricht, sondern von Produktbereichen und Verkaufssegmenten, sofern nicht dem obigen Vorschlag einer Streichung sämtlicher Schwellenwerte gefolgt wird, dringend vereinfacht werden.

Diese Veränderungen erscheinen erforderlich, um Zweifelsfragen bereits bei der Bestimmung des persönlichen Anwendungsbereiches des AgrarOLkG zu vermeiden und die betroffenen Unternehmen nicht mit komplexen bürokratischen Dokumentationen der Anwendungsvoraussetzungen zu belasten.

b) Durchsetzung

Die Tätigkeitsberichte der BLE zeigen eine engagierte und wirksame Durchsetzungsbehörde für das AgrarOLkG. Das bisher für Entscheidungen der BLE erforderliche Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt wirft jedoch, neben der Richtlinienkonformität zahlreiche Fragen zu Maßstab für die Entscheidung des Bundeskartellamts und die Bestimmung der Tatsachengrundlagen auf. Die Zurückstufung der Mitwirkungserfordernisse des Bundeskartellamtes auf eine wechselseitige Information und damit letztlich eine Form des *amicus curiae* verdient uneingeschränkte Zustimmung.

4. Klarstellungen

Die seit den ersten Entwürfen zum jetzigen AgrarOLkG laufenden juristischen Fachdebatten werfen eine Mehrzahl von Fragestellungen auf, die nur durch klare Entscheidungen entweder höchstrichterlicher Rechtsprechung oder des Gesetzgebers beantwortet werden können. Dabei ist zu bedenken, dass sie mitunter weniger durch Unsicherheiten begründet scheinen. Vielmehr vermitteln sie den Eindruck, gesetzgeberische Entscheidungen und Intentionen aus bestimmten Interessen oder dogmatischer Überzeugung unterlaufen zu wollen. An diesen Stellen ist aus Sicht des

Markenverbandes ein Klarstellung sinnvoll, auch um nicht bei der nur langsam sich entwickelnden Verwaltungs- und Rechtsprechungspraxis unnötig lange Unsicherheiten in Kauf nehmen zu müssen.

a) Anwendungsbereich

So wird in der aktuellen Diskussion behauptet, dass der erweiterte persönliche Anwendungsbereich auf sog. erzeugergetragene Unternehmen zu beschränken sei. Eine stichhaltige Begründung für die Diskriminierung anderer Unternehmen und zur Rechtfertigung einer Wettbewerbsverzerrung konnte bisher nicht gefunden werden. Soweit der hier vorgeschlagenen vollständigen Streichung der Schwellenwerte nicht gefolgt wird, erscheint eine Klarstellung wünschenswert, indem darauf hingewiesen wird, dass die Eigentümerstruktur weder des Käufers noch des Lieferanten auf die Bestimmung des Anwendungsbereiches Einfluss hat.

b) Gruppe von Käufern (Kooperationen)

Weiterhin bestehen unterschiedliche Auffassungen, ob auch Zusammenschlüsse von Käufern zu Allianzen als Käufer vom AgrarOLkG erfasst werden, wenn sie selbst nicht Erzeugnisse erwerben, sondern auf andere Weise zu einer Stärkung der Verhandlungsposition der eigentlichen Erwerber beitragen. Immer wieder existieren Konstellationen, in denen Vertragsverhandlungen von solchen Dritten durchgeführt werden oder ihre entgeltliche Inanspruchnahme seitens der Käufer von den Lieferanten verlangt wird. Das trifft etwa auf Allianzen zu, die für sich in Anspruch nehmen, bestimmte Vermarktungsleistungen zu vermitteln oder aber Zahlungsströme zu bündeln und abzusichern. Nach Auffassung des Markenverbandes werden sie zwar von § 2 Abs. 1 Nr. 5 AgrarOLkG erfasst. Eine Klarstellung erscheint jedoch sinnvoll.

Für eine effektive Bekämpfung unlauterer Handelspraktiken müssen sämtliche relevanten Aktivitäten sowohl auf Lieferanten- wie auf Käuferseite zutreffend erfasst werden, auch wenn einzelne Elemente der Geschäftsbeziehung auf einer der beiden Seiten auf unterschiedliche rechtliche Einheiten verteilt werden. Maßgeblich muss eine Betrachtung der wirtschaftlichen Einheiten sein, wie sie z.B. mit dem kartellrechtlichen Unternehmensbegriff erfolgt. Selbst wenn Kooperationen sich noch nicht zu einer wirtschaftlichen Einheit verfestigen, muss sichergestellt werden, dass das gesamte Verhalten, das zu einer Stärkung der Verhandlungsmacht der Käuferseite beiträgt, erfasst und in den Anwendungsbereich des AgrarOLkG einbezogen wird.

c) Retourenverbot

Besonders gegen das strikte Verbot der Rückgabe unverkaufter Erzeugnisse ohne Zahlung von Kaufpreis und gegebenenfalls Vernichtungskosten in § 12 AgrarOLkG wurde eingewandt, es wende sich auch gegen etablierte und für beide Seiten attraktive Geschäftsmodelle, wenn die Regalbewirtschaftung bei den Lieferanten liege.

Nach Auffassung des Markenverbandes ist es zu begrüßen, dass der Gesetzentwurf das Verbot in der bestehenden Form grundsätzlich aufrechterhält. Zweifelhaft erscheint allerdings die Einführung einer weiteren produktbezogenen Differenzierung durch die Modifikation zu einer „grauen Klausel“ für nicht verkaufte Erzeugnisse, die mindestens 12 Monate weiter zum Verkauf geeignet sind. Nach der Bewertung des Markenverbandes begründet sich die Kritik vor allem an der Abgrenzung, ob es sich bei der konkreten Geschäftsbeziehung um Kauf – hier in der Form des sog. Konditionengeschäfts -

handelt und es mithin dem Retourenverbot unterliegt, oder vielmehr um Kommission. In Beiden Fällen trägt der Käufer bzw. Kommissionär kein Warenrisiko. Das beruht beim Konditionengeschäft auf auflösenden oder aufschiebenden Bedingungen und bei der Kommission auf ihrem Wesen als Vermittlungsgeschäft. Zu Recht hebt hier allerdings Koller⁴ darauf ab, dass in derartigen Situationen regelmäßig eine kommissionsorientierte Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses die angemessenere Risikoverteilung gewährleistet. Das stimmt mit der Wertung des § 12 AgrarOLkG überein. Die Ablehnung eines Kommissionsmodells in diesen Fallkonstellationen beruht im Wesentlichen auf einem kartellrechtlich vorgeprägten Verständnis der Abgrenzung von Kommission und Kauf, die nach den insoweit maßgeblichen europäischen Vertikalleitlinien allein auf die Risikotragung abstellt und insbesondere bei Eigentumsübergang auf den Mittler ein Kommissionsgeschäft kategorisch ausschließt.⁵ Für die Übernahme dieser kartellrechtlichen Bewertung in das AgrarOLkG besteht jedoch kein Anlass. Wird die zivilrechtliche Orientierung an der Fremd- bzw. Eigennützigkeit des Geschäftes⁶ in den Vordergrund gestellt, ergibt sich daraus auch, dass die eigenverantwortliche Regalbewirtschaftung mit der Möglichkeit, die Produkte auch anderweitig einzusetzen, von vornherein nicht dem Verbot des § 12 AgrarOLkG unterfallen muss. Ein zwischenzeitlicher Eigentumserwerb durch den Mittler bleibt, solange der Geschäftsherr weiter über die notwendigen Weisungsrechte verfügt, unerheblich. Auf diese Weise kann sichergestellt werden, dass der Wertung des § 12 AgrarOLkG Rechnung getragen wird und gleichzeitig auch für schneller verderbliche Waren eine eigenverantwortliche Regalbewirtschaftung durch den Lieferanten/Kommittenten als sinnvolles Geschäftsmodell mit angemessener Risikoverteilung umgesetzt werden kann. Sinnvoll erscheint allerdings, eine klare und eindeutige vorherige Vereinbarung dieser Risikoverteilung einzufordern.

Diese Differenzierung kann über die Präzisierung des für das UTP-Recht maßgeblichen Erwerbsbegriffs erfolgen. Sie führt gleichzeitig dazu, die Umgehungsversuche durch sog. Pay-on-scan-Modelle, die in der Begründung des Gesetzentwurfs auf Seite 17 Absatz 1 als eine solche „Ausweichbewegung“ ausdrücklich erwähnt werden, zurückzudrängen. Denn sie tritt der formalistischen Betrachtung eines späten Erwerbs durch den Käufer entgegen, sobald dieser bereits zuvor rechtlichen oder tatsächlichen Einfluss auf die Erzeugnisse und ihre kommerzielle Verwertung erhält, sei es auch in Konsignationslagern. Auf diese Weise wird ein Verbot von pay-on-scan-Modellen überflüssig.

⁴ GroßKommHGB/Koller HGB § 383 Rn. 76.

⁵ Eine Ausnahme besteht neuerdings lediglich beim sog. Durchgangserwerb, der aber im hiesigen Zusammenhang wiederum die Fragen nach den Pay-on-scan Modellen aufwirft.

⁶ Bei Kommission oder Handelsvertretung ist der Kommissionär bzw. Handelsvertreter Interessenwahrer des Kommittenten bzw. Geschäftsherrn und kann nur in diesem beschränkten Rahmen eigene Interessen verfolgen. Das Geschäft ist daher fremdnützig.

5. Erweiterung der Verbote

a) Einkauf unter Produktionskosten

Der Markenverband begrüßt, dass ein mögliches Verbot des Einkaufs von Lebensmitteln und Agrarerzeugnissen unterhalb ihrer Produktionskosten in den Gesetzentwurf nicht Eingang gefunden hat.

b) Vertragsstrafen und (pauschalierter) Schadensersatz

Demgegenüber erscheinen die im Evaluierungsbericht des BMEL und im Tätigkeitsbericht 2022 der BLE erwähnten, mit Pönalen bewehrten Lieferservicegrade ein neuer und gravierender Bereich zu sein, in dem Lieferanten unfairen Geschäftspraktiken ausgesetzt sind, und die in den Gesetzentwurf leider nicht als verbotene Handelspraktik Eingang gefunden hat. Bei diesem Thema geht es zunächst allein um die Tatsache, dass Käufer im Handel regelmäßig Lieferservicegrade in Größenordnungen erwarten, die eine detaillierte gemeinsame Planung und Forecasting voraussetzen. Diese werden allerdings von den Käufern regelmäßig verweigert und auch mengenmäßige Begrenzungen von Bestellmengen, deren Überschreitung zu Ausnahmen führt, abgelehnt. Ihre besondere Brisanz erhält diese Praxis dadurch, dass die Einkaufsbedingungen des Handels vielfach (pauschalierten) Schadenersatz oder Vertragsstrafen für den Fall der Nichteinhaltung der Servicegrade vorsehen und diese vom Handel durch Rechnungseinbehalt unmittelbar vollstreckt werden. Jedenfalls dem letzteren gilt es entgegenzutreten. Auf diese Weise würde erreicht, dass die Feststellung von Serviceleveln und die Risiken von Belastungen der Lieferketten nicht durch eine der Parteien faktisch einseitig zugeordnet werden, sondern sich die Parteien verständigen müssen. Der Markenverband ist der Ansicht, dass diese sehr weit verbreitete unfaire Geschäftspraktik des Handels als weiteres „schwarzes“ Verbot im Rahmen der Novellierung des AgrarOLkG in das Gesetz aufgenommen werden sollte.

c) Generalklausel statt Umgehungsverbot

Die BLE deutet in ihrem Tätigkeitsbericht 2022 ein zentrales Problem der klauselorientierten Verbote des AgrarOLkG an. Durch bloße „Umetikettierung“ von Forderungen oder Zahlungen kann verbotenes zu erlaubttem Verhalten werden. Eine Veränderung der wirtschaftlichen Substanz ist dazu vielfach nicht erforderlich. Der Gesetzentwurf adressiert dieses Thema indem ein explizites Verbot der Umgehung der anderen Verbote nach Buchst. a bis e und g als Buchst. h neu eingeführt werden soll. Ein solches Umgehungsverbot wirft allerdings in zweifacher Weise Fragen auf.

Zunächst erscheint angesichts der Bußgeldbewehrung der Verbote dieses Vorgehen aus Sicht des Markenverbandes problematisch. Denn die Bußgeldbewehrung der Verbote führt im deutschen wie im EU-Recht zu einem Analogieverbot. Das geplante Umgehungsverbot des neuen Buchst. h in § 23 Satz 2 ist jedoch von einer Analogie nicht zu unterscheiden und daher verfassungsrechtlich problematisch. Sowohl mit einer Analogie wie mit einem Umgehungsverbot wird eine andere Gestaltung erfasst, als tatbestandlich beschrieben ist, um die ähnlichen wirtschaftlichen Auswirkungen adressieren zu können.

Zum zweiten verschiebt ein Umgehungsverbot lediglich die zu beantwortende Fragestellung. Bisher kommt es darauf an, den Tatbestand eines Verbots von anderen, nicht verbotenen Konstellationen abzugrenzen. Mit einem Umgehungsverbot stellt sich die Frage, wann ein nicht vom Tatbestand

erfasster Sachverhalt eine Umgehung eines Verbots darstellt und wann eine neue, bisher und auch vom Umgehungsverbot nicht erfasste aber u.U. dennoch unfaire Praktik vorliegt.

Zur Vermeidung immer neuen gesetzgeberischen Nachbesserungsbedarfs, der sich notwendigerweise aus einer Auflistung einzelner Tatbestände ergeben wird, dürfte vielmehr die Ergänzung um eine Generalklausel die sinnvollere (und verfassungsrechtlich belastbarere) gesetzgeberische Lösung sein. Sie ist dem deutschen Lauterkeitsrecht auch im geschäftlichen Verkehr keineswegs fremd, wie sich an §§ 3 Abs. 1 und 4a Abs. 1 Nr. 3 UWG zeigt. Allerdings wird heute noch zum Teil angenommen, dass insbesondere § 4a Abs. 1 Nr. 3 UWG in einem besonderen Verhältnis zum Kartellrecht steht: Marktmachtbedingtes Verhalten von Nachfragern könne danach nicht auf der Grundlage des UWG untersagt sein, wenn es nicht zugleich nach Maßgabe des GWB unzulässig sei.

Dennoch kann aus Sicht des Markenverbandes durch einen Verweis auf § 3 Abs. 1 und 4a Abs. 1 Nr. 3 UWG im AgrarOLkG klargestellt werden, dass das beschriebene Verständnis nicht mehr den aktuellen Anforderungen entspricht. Das gilt umso mehr, als das europäische Recht, auf dem das AgrarOLkG fußt, keine vergleichbare Sperrwirkung der (europäischen) Wettbewerbsregeln gegenüber lauterkeitsrechtlichen Verboten kennt. Vielmehr hebt Erwgr. 9 VO 1/2003 hervor, dass der Vorrang europäischen Wettbewerbsrechts nationale Rechtsvorschriften mit anderen Zielen nicht ausschließt: „Dementsprechend dürfen die Mitgliedstaaten im Rahmen dieser Verordnung in ihrem Hoheitsgebiet innerstaatliche Rechtsvorschriften anwenden, mit denen unlautere Handelspraktiken - unabhängig davon, ob diese einseitig ergriffen oder vertraglich vereinbart wurden - untersagt oder geahndet werden. Solche Rechtsvorschriften verfolgen ein spezielles Ziel, das die tatsächlichen oder vermuteten Wirkungen solcher Handlungen auf den Wettbewerb auf dem Markt unberücksichtigt lässt. Das trifft insbesondere auf Rechtsvorschriften zu, mit denen Unternehmen untersagt wird, bei ihren Handelspartnern ungerechtfertigte, unverhältnismäßige oder keine Gegenleistungen umfassende Bedingungen zu erzwingen, zu erhalten oder den Versuch hierzu zu unternehmen.“

Diese differenzierte Betrachtung der Schutzzwecke, aus der sich eine Anwendbarkeit der lauterkeitsrechtlichen Generalklausel unabhängig von der Reichweite des Kartellrechts ergibt, hat sich der deutsche Gesetzgeber nach Auffassung des Markenverbandes bereits zu eigen gemacht, indem er von den Möglichkeiten strikterer Verhaltensvorgaben Gebrauch gemacht hat, als sie in der UTP-Richtlinie enthalten sind. Es wird auch durch § 24 AgrarOLkG nahegelegt und würde durch einen entsprechenden Verweis in § 23 S. 2 AgrarOLkG klargestellt. Es könnte ergänzend in der Gesetzesbegründung erläutert werden. Gleichzeitig verhinderte ein Verweis eine Zersplitterung des Lauterkeitsrechts in mehrere B2B-bezogene Generalklauseln, die mit unterschiedlichen Inhalten konkretisiert werden könnten. Diese Gefahr bestünde, sollte § 23 S. 1 AgrarOLkG durch eine Qualifizierung der Liste des § 23 S.2 zu Regelbeispielen zu einer Generalklausel entwickelt werden. Welche Rückwirkungen das auf die Auflistung hat, ob nicht etwa doch entgegen der Intention Abwägungselemente eingeführt würden, in europarechtswidriger Weise, sofern es sich um 1:1-Umsetzungen der Richtlinie handelt, müsste gesondert untersucht werden.

Um eine Rechtsdurchsetzung durch die BLE zu gewährleisten, müsste deren Kompetenz in § 28 AgrarOLkG entsprechend erweitert werden.

6. Formulierungsvorschläge

Der Markenverband unterbreitet nachstehend Formulierungsvorschläge für einige der ob allgemeiner angesprochenen Punkte. Die Änderungen zum aktuellen Gesetzestext sind im Änderungsmodus gefasst:

a) Gruppe von Käufern:⁷

§ 2

5. Käufer ist

- a) jedes Unternehmen ~~natürliche oder juristische Person, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt~~, einschließlich Gruppen ~~natürlicher oder juristischer Personen von Unternehmen~~ wie Zusammenschlüsse von Erzeugern und Vereinigungen solcher Zusammenschlüsse,
- b) jede Behörde in der Europäischen Union, die Agrar-, Fischerei- oder Lebensmittelzeugnisse gegen Entgelt erwirbt, unabhängig davon, ob dem Erwerbsvorgang ein Kaufvertrag zugrunde liegt, wobei Gruppen von Käufern Agrar-, Fischerei- oder Lebensmittelzeugnisse nicht selbst erwerben müssen;

b) Retourenverbot, pay-on-scan:⁸

§ 2

5. Käufer ist

- a) jede natürliche oder juristische Person, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, einschließlich Gruppen natürlicher oder juristischer Personen wie Zusammenschlüsse von Erzeugern und Vereinigungen solcher Zusammenschlüsse,
- b) jede Behörde in der Europäischen Union, die Agrar-, Fischerei- oder Lebensmittelzeugnisse gegen Entgelt erwirbt, ~~unabhängig davon, ob dem Erwerbsvorgang ein Kaufvertrag zugrunde liegt~~,

7. Lieferant ist

- a) jeder Erzeuger eines Agrar- oder Fischereierzeugnisses,
- b) jede sonstige natürliche oder juristische Person,
- c) jede Mehrheit von Personen gemäß Buchstabe a oder Buchstabe b, insbesondere jeder Zusammenschluss von Erzeugern und jede Vereinigung solcher Zusammenschlüsse, ~~der oder die von dem oder der~~ Agrar-, Fischerei- oder Lebensmittelzeugnisse gegen Entgelt erworben werden, unabhängig davon, ob dem Veräußerungsvorgang ein Kaufvertrag zugrunde liegt.

8. Erwerb von Agrar-, Fischerei- oder Lebensmittelzeugnissen ist jeder rechtsgeschäftliche Vorgang, durch den der Lieferant seine rechtliche und tatsächliche Kontrolle über die wirtschaftlichen Verwertungsmöglichkeiten auch nur teilweise verliert, unabhängig davon, ob dem Erwerbsvorgang ein Kaufvertrag zugrunde liegt.

Im weiteren Verlauf der §§ 11 bis 21 AgrarOLkG sollte genau darauf geachtet werden, ob im Einzelfall von Kauf oder Erwerb zu sprechen ist. In § 12 sollte es sich nach Ansicht des Markenverbandes tatsächlich um „nicht verkaufte“ Erzeugnisse handeln, wobei der Käufer jedoch verpflichtet sein sollte, den „Erwerbspreis“ zu zahlen. § 13 sollte die kurzfristige Stornierung eines „Erwerbs“ betreffen.

⁷ Der folgende Vorschlag behält als Grundlage den aktuellen Gesetzestext bei und integriert den weiter hier zu integrierenden Vorschlag gem. Buchst. b) hier nicht.

⁸ Der vorstehende Vorschlag gem. Buchst. a) ist hier nicht integriert.

c) Aufrechnungsverbot:

„Mit Ansprüchen aus Schadenersatz oder Vertragsstrafen kann der Käufer gegen Forderungen des Lieferanten auf Zahlung des Erwerbsentgeltes nur aufrechnen, wenn die Forderung des Käufers rechtskräftig festgestellt ist.“

d) Generalklausel:

§ 23 S. 2

Nr. 10 „Geschäftspraktiken verwendet, die nach § 3 Abs 1 sowie in Verbindung mit § 4a Abs. 1 UWG unzulässig sind.“

In der Gesetzesbegründung sollte das Verhältnis zu § 19 Abs. 2 Nr. 5 i.V.m. § 20 Abs. 2 GWB klarstellend dahingehend aufgegriffen werden, dass aggressive Geschäftspraktiken in diesem Sinne auch dann verboten sind, wenn die Tatbestandsalternative des § 4a Abs. 1 Nr. 3 UWG herangezogen wird und die Voraussetzungen des Anzapfverbotes und/oder der Abhängigkeit nicht vorliegen.

§ 28 Abs. 1:

2. nach Anhörung des Käufers einen Verstoß gegen eines der in § 23 Satz 2 in Verbindung mit den §§ 11 bis 21 und in Verbindung mit § 4 des Gesetzes zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen oder § 3 Abs 1 sowie in Verbindung mit § 4a des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb normierten Verbote festzustellen und die Anordnungen zu treffen, die zur Beseitigung des Verstoßes und zur Verhütung künftiger Verstöße notwendig sind,

§ 28 Abs. 2 - wird nach dem Gesetzentwurf insgesamt aufgehoben, um Zweifel an der Unionsrechtskonformität auszuräumen, daher ist auch die obige vorgeschlagene Ergänzung des § 28 Abs. 1, die andernfalls ebenfalls in § 28 Abs. 2 einzufügen wäre, obsolet

Berlin, den 29.06.2024

gez. Dr. Andreas Gayk