



## EVALUIERUNG DES AGRAROLKG

---

### 1. Allgemeines

Der Markenverband bedankt sich für die Möglichkeit zur Stellungnahme zur Marktbefragung des Bundesministeriums für Ernährung und Landwirtschaft im Rahmen der Evaluierung des AgrarOLkG.

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 400 Mitgliedern der größte Verband dieser Art in Europa. Die Mitgliedsunternehmen stammen aus vielfältigen Branchen – von Automobil, Finanzen, Nahrungs- und Genussmittel über Telekommunikation bis hin zu Luxus und Lifestyle. Zu den Mitgliedern zählen Unternehmen aller Größenordnungen, vom Mittelstand bis zu internationalen Konzernen, wie ABUS, Beiersdorf, Hugo Boss, Coca-Cola, Deutsche Bank, Deutsche Bahn, Deutsche Post, Deutsche Telekom, Dr. Doerr Feinkost, Falke, Miele, Nestlé, Procter & Gamble, Dr. Oetker, Schamel Meerrettich, August Storck, WMF und viele andere renommierte Firmen. Ihnen ist gemeinsam, dass sie Marken nicht 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.

Für die Mitglieder des Markenverbandes ist 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. 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 in den Schutzbereich des AgrarOLkG fallen, ebenso wie Unternehmen, die nicht geschützt werden. Es zeigt sich insofern das Bild einer „ungleichmäßigen Sandwich-Position“, denn auf der Absatzseite sehen sich die betroffenen Mitglieder dem hoch konzentrierten deutschen Lebensmitteleinzelhandel gegenüber, in dem vier Unternehmen über 85 % des Marktes auf sich vereinen. Die sich daraus ergebende Situation haben Lademann/Kleccka<sup>1</sup> eindrucksvoll beschrieben.

Der Gesetzgeber des AgrarOLkG hat auch vor dem Hintergrund der kurzen Befristung des erweiterten Anwendungsbereiches in § 10 Abs. 1 S. 2 AgrarOLkG einen sehr frühen Evaluierungszeitpunkt festgeschrieben. Zum Zeitpunkt der der Bewertung zugrunde liegenden Umfrage sind die Regelungen noch keine zwei Jahre in Kraft getreten. Eine vollständige

---

<sup>1</sup> Lademann/Kleccka, Marktbeherrschung im Lebensmitteleinzelhandel?, Frankfurt 2023.

Wirksamkeit, auch auf Altverträge, ist erst seit weniger als zwölf Monaten gegeben. In diesem kurzen Zeitraum musste die BLE als Durchsetzungsbehörde Aufbauarbeit leisten, um die eigenen Prozesse zu etablieren, den Informationsfluss mit den Marktbeteiligten zu ermöglichen und eine Sensibilisierung bei den Betroffenen zu erreichen. Diesen umfangreichen Schwerpunkt der eigenen Arbeit hat sie in den vorliegenden Tätigkeitsberichten eindrucksvoll dargestellt. Die Konsequenz aus dieser Situation ist allerdings, dass zu einer Bewertung bisher wenig auf Fallpraxis zurückgegriffen werden kann, sondern den Überlegungen aus den Compliance-Anstrengungen, insbesondere der Käufer, ein besonderes Gewicht zukommt. Diese beruhen wiederum auf den eigenen Überlegungen, die mangels umfangreicherer juristischer Debatten und Fallpraxis letztlich nicht verifiziert sind.

## **2. Wirksamkeit der Verbote**

Nach Auffassung des Markenverbandes ist die Wirksamkeit von Verboten auch im AgrarOLkG maßgeblich von ihrer grundlegenden Ausgestaltung abhängig. In der behördlichen Rechtsdurchsetzung besteht aufgrund des Amtsermittlungsgrundsatzes im Verwaltungsverfahren und der Unschuldsvermutung im Bußgeldverfahren die Gefahr, dass jede Möglichkeit einer Rechtfertigung von Verhaltensweisen Verfahren verkompliziert und in die Länge zieht. Bereits der modellhaft-theoretische Vortrag einer Rechtfertigung führt dazu, dass Verstöße gegen die Verbote kaum noch festgestellt werden können. Es kommt zu einem signifikanten under-enforcement. Die gegenwärtigen kartellrechtlichen Diskussionen in den USA, der EU und Deutschland um Sec. 5 FTC-Act (das Verbot der „unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce“), neue Leitlinien zum kartellrechtlichen Missbrauchsverbot des Art. 102 AEUV und die geplanten neuen Eingriffsbefugnisse des Bundeskartellamtes (§ 32f Abs. 3 GWB-E) zeigen diese Gefahr in besonderer Weise. Sie beruht nicht zuletzt auf der Ökonomisierung der Rechtsanwendung, insbesondere infolge von Effizienzorientierung. Der auf der anderen Seite bestehenden Gefahr einer zu strikten Vorgehensweise (over-enforcement) durch per se-Verbote kann demgegenüber durch präzise Tatbestände und Unterscheidungen begegnet werden. Aus Sicht des Markenverbandes sollte vermieden werden, die Verbote des AgrarOLkG, auch soweit sie über die Anforderungen der UTP-RL hinausgehen, für eine Effizienzrechtfertigung zu öffnen. Ein solches Instrument würde nicht nur unnötig die Fehler der Ökonomisierung des Kartellrechts wiederholen. Es wäre dem an Lauterkeitsrecht orientierten AgrarOLkG auch systemfremd.

Die Diskussion in Deutschland fokussiert sich gegenwärtig, wie schon in der Entstehungszeit des AgrarOLkG, darauf, ob die Verbote der §§ 12, 14 und 17 AgrarOLkG tatsächlich erforderlich sind, oder ob sie nicht doch zu weit gehen und zum Teil sogar Geschäftsmodelle infrage stellen. Nach Auffassung des Markenverbandes besteht kein Anlass, an der Notwendigkeit dieser Verbote zu zweifeln.

Besonders gegen das strikte Verbot der Rückgabe unverkaufter Erzeugnisse ohne Zahlung von Kaufpreis und gegebenenfalls Vernichtungskosten in § 12 AgrarOLkG wird eingewandt, es wendet sich auch gegen bestimmte Geschäftsmodelle. Das gelte insbesondere, wenn die Regalbewirtschaftung bei den Lieferanten liege. Nach Auffassung des Markenverbandes erscheint die Grundannahme, dass in diesen Konstellationen regelmäßig ein Kauf der Ware anzunehmen sei, zumindest fragwürdig. Wenn ein Recht zur Rückgabe der Ware bestehen sollte, müsste es sich um

sogenannte Konditionskäufe handeln. Zu Recht hebt hier allerdings Koller<sup>2</sup> darauf ab, dass in derartigen Situationen, in denen der „Käufer“ kein Warenrisiko trägt, 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 einen Eigentumsübergang auf den Mittler, und sei es auch nur als Durchgangserwerb, die Annahme eines Kommissionsgeschäfts kategorisch ausschloss. Für die Übernahme dieser kartellrechtlichen Bewertung in das AgrarOLkG besteht jedoch kein Anlass. Wird die zivilrechtliche Orientierung an der Fremd- bzw. Eigennützigkeit des Geschäftes<sup>3</sup> 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.

Das Verbot der Abwälzung von Lagerkosten für gelieferte Erzeugnisse in § 14 AgrarOLkG greift, ähnlich wie § 16 Abs. 2 AgrarOLkG, die regelmäßige Aufgabenverteilung zwischen Lieferant und Käufer auf. Es schließt insbesondere nicht aus, dass ein Lieferant mit einem (potenziellen) Käufer unabhängig von dem Kauf Vereinbarungen über die entgeltliche Lagerung von Waren des Lieferanten abschließt, solange der Lieferant weiterhin die Verfügungsgewalt über die eingelagerten Waren behält. In welchen anderen Konstellationen ein Interesse daran bestehen sollte, von der regelmäßigen Aufgabenverteilung abzuweichen, bleibt unerfindlich.

Mit der Differenzierung zwischen Listungsentgelten für Marktneueinführungen einerseits und sonstigen Fällen andererseits greift § 17 AgrarOLkG die Differenzierung in den Vertikalleitlinien der EU-Kommission auf. In deren Rn. 383 f. führt die Kommission aus, dass bei der Marktneueinführung von Produkten Informationsasymmetrien zwischen Lieferanten und Käufer bestehen können, die durch Listungsentgelte ausgeglichen werden können. Hier zeigt sich, wie ökonomische Erkenntnisse in Verbote umgesetzt und gleichzeitig ein under-enforcement durch unklare Rechtfertigungsoptionen vermieden werden können.

### **3. Notwendigkeit weiterer Verbote**

Die BLE deutet in ihrem Tätigkeitsbericht 2022 ein zentrales Problem aller klauselorientierten Verbote des AgrarOLkG an. Durch bloße „Umetikettierung“ von Forderungen oder Zahlungen kann verbotenes zu erlaubtem Verhalten werden. Eine Veränderung der wirtschaftlichen Substanz ist dazu unter Umständen nicht erforderlich. Ein allgemeines Umgehungsverbot kann dem AgrarOLkG nach Einschätzung des Markenverbandes nicht entnommen werden; angesichts der Bußgeldbewehrung der Verbote erscheint es auch problematisch. Erwägenswert erscheint

---

<sup>2</sup> GroßKommHGB/Koller HGB § 383 Rn. 76.

<sup>3</sup> Bei Kommission oder Handelvertretung ist der Kommissionär bzw. Handelsvertreter Interessenwahrer des Kommittenten bzw. Geschäftsherren und kann nur in diesem beschränkten Rahmen eigene Interessen verfolgen. Das Geschäft ist daher fremdnützig.

demgegenüber zur Vermeidung von Lücken, die sich notwendigerweise aus einer Auflistung einzelner Tatbestände ergeben, die Ergänzung um eine Generalklausel. 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 ist nicht zu verkennen, dass insbesondere § 4a Abs. 1 Nr. 3 UWG in einem besonderen Verhältnis zum Kartellrecht steht: Marktmachtbedingtes Verhalten von Nachfragern kann danach nicht auf der Grundlage des UWG untersagt sein, wenn es nicht zugleich nach Maßgabe des GWB unzulässig ist. Hier ist allerdings zunächst nicht zu verkennen, dass es sich bei dieser Konkurrenzsituation zwischen den beiden Gesetzen um eine Entscheidung des deutschen Gesetzgebers handelt, die auch geändert werden kann. Zum anderen ist hervorzuheben, dass 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.“ Um eine Rechtsdurchsetzung durch die BLE zu gewährleisten, erscheint es sinnvoll, ein generalklauselartiges Verbot unlauterer Handelspraktiken nicht durch Veränderung des Verhältnisses zwischen UWG und GWB zu etablieren, als es vielmehr im AgrarOLkG zu verankern.

Umstritten und unklar ist in der aktuellen Diskussion, ob auch Zusammenschlüsse von Käufern zu Allianzen, die selbst nicht Erzeugnisse erwerben, als Käufer vom AgrarOLkG erfasst werden. Immer wieder entstehen 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.

Ein Verbot des Einkaufs unter Produktionskosten hält der Markenverband für fragwürdig. Angesichts der notwendig willkürlichen Zuordnung von Gemeinkosten erscheint bereits die Bestimmung der tatsächlichen Produktionskosten kaum rechtssicher möglich. Ein Verbot müsste sich konsequenterweise gegen die Käufer richten, die jedoch von den tatsächlichen Produktionskosten in der Regel keine exakte Kenntnis haben und sie zum Schutz der Wettbewerbsposition der Lieferanten auch nicht bekommen sollten. Dann bleibt aber unklar, wie ein derartiges Verbot durchgesetzt werden könnte. Der bloße Hinweis eines Lieferanten, ein angebotener Preis liege unter den Produktionskosten kann sinnvollerweise nicht ausreichen. Komplexe Nachweisverfahren etwa über Wirtschaftsprüfer würden wiederum hohe Kosten verursachen, die vernünftigerweise nicht den Käufern auferlegt werden könnten.

#### **4. Anwendungsbereich und Schwellenwerte**

Fairness- und Lauterkeitsfragen sind, wie der zitierte Erwgr. 9 VO 1/2003 andeutet und auch in Sec. 5 FTC-Act festgelegt, keine Frage von Unternehmensgröße oder Marktmacht, sondern allgemeine Anforderungen an die Marktbeteiligten. Eine Begrenzung der Anforderungen auf Unternehmen bestimmter Größenordnungen oder des Schutzes auf Unternehmen unterhalb bestimmter Schwellenwerte steht damit im Widerspruch und sollte gestrichen werden. Diese Erkenntnis liegt bereit heute den Umsetzungsgesetzen in zahlreichen Mitgliedstaaten zugrunde, darunter Dänemark, Frankreich, Italien oder Schweden. Deutschland sollte sich dem anschließen. Eine Beibehaltung der Schwellenwerte führt, wie der BDSI im Verbändegespräch vom 25. April 2023 zutreffend ausgeführt hat, lediglich 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 Befristung sollte gestrichen werden. Die Umfrage des BMEL zeigt eindrucksvoll, dass nicht nur die kleinen und mittleren Unternehmen bis zu einer Umsatzschwelle von 350 Millionen € weltweiten Konzernumsatzes von unlauteren Handelspraktiken betroffen sind. 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. Das ist erforderlich, um Zweifelsfragen bereits bei der Bestimmung des persönlichen Anwendungsbereiches des AgrarOLkG zu vermeiden.

Zudem wird in der aktuellen Diskussion behauptet, dass der erweiterte persönliche Anwendungsbereich auf erzeugergetragene Unternehmen zu beschränken sei. Eine stichhaltige Begründung für die Diskriminierung anderer Unternehmen und zur Rechtfertigung einer Wettbewerbsverzerrung konnte bisher nicht gefunden werden. Eine Klarstellung erscheint wünschenswert.

#### **5. Rechtsschutz / Rolle der Durchsetzungsbehörde**

Die Tätigkeitsberichte der BLE zeigen eine engagierte und wirksame Durchsetzungsbehörde für das AgrarOLkG. Gleichwohl ist eine Begrenzung ihrer Ressourcen nicht zu verkennen. Das führt notwendig zu einer Priorisierung der Verfahren und einer nur selektiven Durchsetzung der Vorschriften. Wie in anderen Rechtsbereichen erscheint eine Ergänzung durch die private Rechtsdurchsetzung sinnvoll. Aufgrund der Besonderheiten des „Angstfaktors“ bzw. „Ross-und-Reiter-Problems“ ist allerdings kaum mit einer privaten Rechtsdurchsetzung durch einzelne Unternehmen zu rechnen. Den Verbänden kommt hier eine besondere Bedeutung zu. Über das Rechtsschutzinstrumentarium des UWG besteht aktuell die Möglichkeit einer Verbandsklage lediglich für Verbände mit einer Mitgliedschaft, die die Wertschöpfungsstufen überschreitet (zum Beispiel: Wettbewerbszentrale) oder für Verbände der Käufer. Die wichtigen Klagemöglichkeiten für Lieferantenverbände, wie sie in § 33 Abs. 4 GWB geregelt sind, besteht aktuell nach Einschätzung des Markenverbandes nicht. Dies sollte geändert werden. Dabei kommt es darauf an, dass die Lieferantenverbände in jedem Fall auch bloße Feststellungsklagen erheben können. Nach der zivilprozessualen Logik ist das ausgeschlossen, solange die Möglichkeit einer Unterlassungsklage

besteht, und zwar auch dann, wenn diese praktisch am Angstfaktor scheitert. Das erscheint nicht sinnvoll.

Unklar und umstritten ist gegenwärtig auch, ob es sich bei den Verboten des AgrarOLkG um Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB handelt. Ähnlich wie im Kartellrecht hält es der Markenverband für sinnvoll, dass die rechtswidrig agierenden Käufer ihre Unrechtsgewinne nicht behalten dürfen, sondern eine Kompensation der Lieferanten erfolgen muss. Mit diesem Ziel sollte die Eigenschaft der Verbote als Schutzgesetze klargestellt werden.

Berlin, den 26.05.2023

gez. Dr. Andreas Gayk