



Prof. Dr. Reto M. Hilty
Direktor
Marstallplatz 1
D-80539 München
Tel.: +49 89 24246-400
Fax: +49 89 24246-503
hilty@ip.mpg.de

**Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Immaterialgüter- und
Wettbewerbsrecht, München, vom 29.4.2013**

**Zum Grünbuch der Europäischen Kommission über unlautere Handel-
spraktiken in der B2B-Lieferkette für Lebensmittel und Nicht-
Lebensmittel in Europa vom 31.1.2013, COM(2013) 37 final**

*Prof. Dr. Reto M. Hilty, Prof. Dr. Frauke Henning-Bodewig,
Priv.-Doz. Dr. Rupprecht Podszun*

Das Max-Planck-Institut für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht ist ein Forschungsinstitut der Max-Planck-Gesellschaft. Das inhaltlich unabhängige Institut unternimmt Grundlagenforschung zu Rechtsfragen von Innovation und Wettbewerb und berät regelmäßig Regierungen und Parlamente auf nationaler und internationaler Ebene. Fragen des europäischen Lauterkeits- und Kartellrechts gehören seit Langem zu den Forschungsfeldern des Instituts.¹ Vor diesem Hintergrund nimmt das Institut Stellung im Rahmen der Konsultation zum Grünbuch der Kommission über unlautere Handelspraktiken in der B2B-Lieferkette vom 31.1.2013 (COM(2013) 37 final).

¹ Vgl. aus jüngerer Zeit nur *Henning-Bodewig*, International Handbook on Unfair Competition Law, München/Oxford 2013; *Fikentscher/Hacker/Podszun*, FairEconomy – Crises, Culture, Competition and the Role of Law, Heidelberg/New York 2013; *Drexl/Kerber/Podszun*, Competition Policy and the Economic Approach, Cheltenham u.a. 2012; *Hilty/Henning-Bodewig*, Europäisches Lauterkeitsrecht und Acquis Communautaire, Heidelberg/New York 2009.



I. Zusammenfassung der Ergebnisse

- (1) Es ist der Kommission zuzustimmen, dass es in der B2B-Lieferkette zu Handelshemmnissen kommen kann. Eine genaue Beobachtung der Konstellationen in Lieferketten ist daher gerechtfertigt. Es ist der Kommission grundsätzlich auch darin zuzustimmen, dass Ungleichgewichte bei Geschäftsbeziehungen in der Lieferkette entstehen können, was wiederum zu nicht interessengerechten Vertragslösungen oder generell zu unlauteren Geschäftspraktiken führen mag.
- (2) Eine explizite Regelung von unlauteren Praktiken in der Lieferkette auf EU-Ebene wäre allerdings nur dann gerechtfertigt, wenn die Unterschiede im Regelungsansatz der Mitgliedstaaten bei der Bekämpfung eventueller Missstände branchenübergreifend zu signifikanten Handelshemmnissen führten. Diese Hemmnisse dürften von bestehenden Regelungen nicht erfasst werden und müssten den Binnenmarkt, die Grundfreiheiten und den freien Wettbewerb bedrohen. Aus den Ausführungen im Grünbuch ist nicht ersichtlich, dass diese Voraussetzungen erfüllt wären und grundsätzliche Defizite im Wirtschaftsrecht, insbesondere im Lauterkeits-, Kartell- und Vertragsrecht, bestehen.
- (3) Das Grünbuch sieht das Entstehen von Handelshemmnissen durch die Fragmentierung des Rechtsinstrumentariums der Mitgliedstaaten begünstigt. Eine derartige Fragmentierung besteht jedoch auch und gerade im einschlägigen Europäischen Acquis. Eine spezifische Regelung von unlauteren B2B-Praktiken in der Lieferkette würde nicht nur zu einer weiteren Fragmentierung des Europäischen Acquis führen, sondern sich im Recht der Mitgliedstaaten, die diese Vorgaben in ihre gewachsenen, aber unterschiedlichen Rechtssysteme integrieren, fortsetzen.
- (4) Inkohärente, unüberschaubare Regelungen begründen die Gefahr einer verstärkten Rechtsunsicherheit im grenzüberschreitenden Handel. Diese Wirkung ist mit der Rechtssicherheit abzuwägen, die von der Europäischen Kommission durch die partielle Regelung einzelner Praktiken angestrebt wird.



- (5) Dies gilt umso mehr, als sich bei allen im Grünbuch genannten Regelungsthemen Überschneidungen zu bestehenden Regelungen auf europäischer und nationaler Ebene abzeichnen. Sollte tatsächlich Regelungsbedarf auf europäischer Ebene bestehen, wäre es vorzugswürdig, zunächst die vorhandenen europäischen Regeln systemgerecht zu präzisieren und zu ergänzen. Im europäischen Lauterkeits-, Kartell- und Zivilrecht böten sich Anknüpfungspunkte, falls spezifische Probleme in einzelnen Sektoren geregelt werden müssten. Die Schaffung eines neuen, unverbundenen und branchenübergreifenden Rechtsakts scheint demgegenüber derzeit nicht erforderlich.
- (6) Daneben treten konzeptionelle Schwierigkeiten: Neue materielle Regelungen für die unternehmerische Vertragsgestaltung stehen in einem Spannungsfeld zur Privatautonomie. Durchsetzungs- und Sanktionsprobleme sollten nicht unterschätzt werden. Möglicherweise wäre die Förderung von Selbstregulierungsmechanismen oder unkomplizierten Schlichtungsverfahren praktisch wirksamer als neue Regelwerke mit harten Sanktionen.

II. Faktische Ausgangslage

Das Institut begrüßt, dass sich die Europäische Kommission mit geschäftlichen Handlungen in der Lieferkette befasst und Entwicklungen in diesem Bereich beobachtet und bewertet. In der Tat ist es für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts und das Vertrauen der Akteure in der Marktwirtschaft wichtig, dass ungleichgewichtige Verhandlungsmacht nicht die Fairness bei Vertragsverhandlungen gefährdet.

Allerdings geht aus dem Grünbuch nicht eindeutig hervor, wo entsprechende Ungleichgewichte tatsächlich bestehen, und wie sie sich auf die Lieferkette auswirken (vgl. S. 9 f. des Grünbuchs). Herkömmliche Beispiele für ungleichgewichtige Verhandlungsmacht beziehen sich häufig auf den Bereich des Lebensmittelhandels mit seinen spezifischen Produktions- und

Nachfragestrukturen. Auch die Kommission stellt im Wesentlichen darauf ab. Bereits hier ist die Tatsachenbasis allerdings nicht in allen Punkten befriedigend.²

Dass im B2B-Bereich branchenübergreifend, also über den Lebensmittelhandel hinaus, strukturelle Ungleichgewichte bestehen, wird im Grünbuch nicht nachgewiesen. Gleichwohl deutet die Kommission an, dass der mögliche Anwendungsbereich entsprechender Regelungen für B2B-Geschäfte auf die gesamte Wirtschaft („Lebensmittel und Nicht-Lebensmittel“) ausgedehnt werden soll. Eine derartige Marktregulierung findet im Grünbuch jedoch keine Tatsachenbasis.

III. Die Notwendigkeit einer Harmonisierung

Da die Kommission keine allgemeine Zuständigkeit für die Regelung geschäftlicher Verhältnisse hat, ist es in erster Linie Sache der Mitgliedstaaten, eventuell durch Verhandlungsmacht in der Lieferkette entstehende Missstände mit dem nationalen Rechtsinstrumentarium zu bekämpfen.

1. Die Rechtslage in den Mitgliedstaaten

In den meisten Mitgliedstaaten erfolgt die Bekämpfung unlauterer geschäftlicher Handlungen in der Lieferkette, wie im Grünbuch zu Recht festgestellt, über das allgemeine Vertragsrecht, das Kartellrecht und das Lauterkeitsrecht; in einigen Staaten sind zudem einzelne B2B-Praktiken (oder Ausschnitte davon) gesetzlich geregelt. Zutreffend dürfte auch die Feststellung im Grünbuch sein, dass es innerhalb der Mitgliedstaaten Unterschiede im Ansatz der Bekämpfung der genannten Praktiken gibt.

² Die unabhängige Monopolkommission kommt in ihrem 19. Hauptgutachten bezogen auf Deutschland zu einer sehr differenzierten Betrachtung von Nachfragemacht im Lebensmitteleinzelhandel. Eindeutige Belege für solche Nachfragemacht und für eine wettbewerbsfeindliche oder problematische Wirkung hat die Monopolkommission nicht festgestellt, vgl. Monopolkommission, 19. Hauptgutachten, 2010/2011, BT-Drucksache 17/10365, S. 40 ff.



Nicht zugestimmt werden kann demgegenüber der im Grünbuch angedeuteten Vermutung, dass die Mitgliedstaaten zum Teil nicht in der Lage seien, unlautere Praktiken in der Lieferkette in zufriedenstellender Weise zu bekämpfen (vgl. S. 13 f. des Grünbuchs). Die in diesem Bereich konstatierten Änderungen der nationalen Wirtschaftsgesetze können im Gegenteil gerade Ausdruck eines funktionierenden Rechtssystems sein, das flexibel auf sich ändernde faktische Verhältnisse, z.B. Machtverhältnisse in der Lieferkette, reagiert.

Ein Blick auf die deutsche Rechtssituation illustriert, wie ausdifferenziert das nationale Instrumentarium ist:

- In Deutschland gibt es für einseitige Verhaltensweisen von marktmächtigen Unternehmen Regelungen in §§ 19, 20 GWB, die strenger sind als Art. 102 AEUV. Die Möglichkeit zum Erlass solcher Regeln wurde den Mitgliedstaaten in Art. 3 Abs. 2 Satz 2 VO 1/2003 ausdrücklich eingeräumt. Die Kompetenznorm ist Ausdruck der Subsidiarität: Der Zugriff des europäischen Rechts soll auf die Fälle des Art. 102 AEUV begrenzt werden. Gerade § 20 Abs. 2-4 GWB enthält Normen, die auf die Lieferkette zugeschnitten sind. Die Anknüpfung an relative Marktmacht hat sich in der Praxis als Hebel bewährt, um die Behinderung kleinerer Unternehmen durch Unternehmen mit überlegener Marktmacht abzustellen.
- Das deutsche Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG 2004) erfasst auch B2B-Verhältnisse, insbesondere durch den Behinderungstatbestand (§ 4 Nr. 9), die Generalklausel (§ 3 Abs. 1) sowie den Schutz von Know-how (§ 17).
- Vertragsrechtliche Grundsätze wie Treu und Glauben, die Regelungen zum Verzug oder die Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen erlauben es, im Rahmen des Privatrechts Missbräuche zu bekämpfen. So hat die deutsche Rechtsprechung etwa auch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Verkehr geprüft.³

³ Vgl. nur BGH, 19.09.2007, Az. VIII ZR 141/06, BGHZ 174, 1 = NJW 2007, 3774.



Es ist dem Grünbuch kein hinreichender Nachweis zu entnehmen, dass in anderen Mitgliedstaaten die bestehenden Bestimmungen grundsätzlich nicht zur Bekämpfung der unlauteren Praktiken in der Lieferkette geeignet wären. Das Grünbuch verkennt namentlich die Bedeutung, die dem Lauterkeitsrecht in vielen Mitgliedstaaten zukommt. Zutreffend wird erwähnt, dass einige der Mitgliedstaaten den durch die Richtlinie 2005/29/EG im B2C-Verhältnis gewährten Schutz auf B2B-Praktiken erstreckt haben. Nicht erwähnt wird hingegen, dass ein derartiger Schutz in anderen Mitgliedstaaten (z.B. Belgien, Dänemark, Deutschland, Österreich, Polen, Spanien, Schweden) bereits seit langem allen Marktteilnehmern offen steht, also auch unlautere Geschäftspraktiken im B2B-Verhältnis vor, während und nach Vertragsschluss erfasst.

2. Fehlender Nachweis von Handelshemmnissen

Selbst wenn einzelne Mitgliedstaaten Schwierigkeiten mit der Bekämpfung unlauterer Praktiken in der Lieferkette haben sollten – was des konkreten Nachweises bedürfte –, begründet dies nicht die Kompetenz der Kommission nach Art. 114 Abs. 1 AEUV. Gleiches gilt für das Bestehen von Unterschieden im nationalen Regelungsansatz. Nach der Rechtsprechung des EuGH⁴ müssen die Regelungsunterschiede zwischen den Mitgliedstaaten vielmehr einen direkten Effekt auf das Funktionieren des Binnenmarkts haben.

Das Grünbuch enthält keinen hinreichenden Nachweis von spezifischen Handelshemmnissen, die gerade auf die bestehenden Unterschiede in der Rechtslage der Mitgliedstaaten zurückzuführen wären. Festgestellt wird lediglich eine abstrakte, nicht substantiierte Schwierigkeit für Unternehmen, „sich über ihre Rechte in den einzelnen Mitgliedsstaaten kundig zu machen“ (S. 14). Es ist mehr als zweifelhaft, ob dies als Rechtfertigung für eine Harmonisierung genügt.

⁴ Vgl. EuGH, Rs. C-491/01, 10.12.2002, Slg. 2002, I-11453.

IV. Fehlende Diskussion der Ergänzung des bestehenden europäischen Acquis

Wenn Handelshemmnisse bestehen sollten, wäre es vorzugswürdig, diese mit den vorhandenen Regeln zu erfassen oder die vorhandenen Regelwerke behutsam zu ergänzen. Eine neue, spezifische unionsrechtliche Regelung läuft demgegenüber Gefahr, dass die damit möglicherweise punktuell erzielbare Verbesserung der Rechtssicherheit durch die mit einer weiteren Fragmentierung des Regelungsrahmens verbundenen Nachteile aufgezehrt wird.

1. Vorhandene Regelwerke

Das Grünbuch selbst nennt verschiedene europäische Regelwerke, die zwar nicht explizit unlautere B2B-Praktiken in der Lieferkette regeln, jedoch sehr wohl einzelne ihrer Aspekte erfassen.

Im Grünbuch fehlt eine Auseinandersetzung mit der naheliegenden Frage, inwieweit eine Präzisierung oder kohärente Ergänzung des bestehenden „Patchwork“-Rechtsinstrumentariums geeignet wäre, um unlautere Praktiken in der Lieferkette – sofern der Nachweis erbracht würde, dass sie tatsächlich zu Handelshemmnissen führen – wirkungsvoll zu unterbinden.

a) Kartellrecht

So erfasst das europäische Kartellrecht bereits Fälle des Marktmachtmissbrauchs und wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen. Insbesondere Art. 102 AEUV, aber auch Art. 101 AEUV werden sowohl in privater Rechtsdurchsetzung als auch von den Kartellbehörden angewendet, um gravierende Fälle der Ausnutzung von Marktmacht zu adressieren. Wenn das Kartellrecht dabei auf die Funktionsfähigkeit der Marktwirtschaft abstellt und nicht auf die Fairness in einzelnen Transaktionen, so liegt darin eine wirtschaftspolitische Grundentscheidung, die davon ausgeht, dass funktio-

nierender Wettbewerb zu gerechten vertraglichen Lösungen führt – und dies gerade im B2B-Verkehr. Eingegriffen werden soll nur bei systembedrohenden Missständen; im Übrigen sind es Vertragsfreiheit und Geschick der Unternehmen im Wettbewerb, die über geschäftlichen Erfolg entscheiden. Jeder Eingriff des Normgebers, der über diese Grundentscheidung hinausgeht, setzt folglich voraus, dass ein strukturelles Ungleichgewicht besteht, sich die Vertragsparteien also typisiert nicht „auf Augenhöhe“ begegnen können.

Diskussionswürdig wäre demgegenüber, wie bereits angesprochen, eine Regelung der relativen Marktmacht im europäischen Kartellrecht. Dies würde freilich eine Veränderung der bei Erlass der VO 1/2003 abgesteckten Kompetenzverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten bedeuten. Das europäische Kartellrecht würde nicht mehr nur die wesentlichen, systemgefährdenden Fälle des Missbrauchs wirtschaftlicher Macht erfassen; es würde stärker als bislang zu einem Interventionsrecht in Einzelfällen. Ein derartiger Paradigmenwechsel bedürfte sorgfältiger Diskussion und Analyse.

b) Lauterkeitsrecht

Speziell der Fairness von Markthandlungen im B2B-Verhältnis dient die Richtlinie 2006/114/EG, die irreführende Praktiken und die Voraussetzungen von vergleichender Werbung regelt. Die Richtlinie 2005/29/EG erfasst weiterhin sämtliche unlautere Geschäftspraktiken, die objektiv mit der Absatzförderung zusammenhängen und zwar vor, während und nach Vertragsschluss. Auch wenn sie formal auf B2C-Rechtsgeschäfte beschränkt ist, besteht eine enge sachliche Verknüpfung mit den Interessen der Unternehmen (siehe Erwägungsgrund 7 der Richtlinie). Wegen dieser Interessenparallelität schützte bereits vor Erlass dieser Richtlinie ein erheblicher Teil der Mitgliedstaaten über das Lauterkeitsrecht auch Unternehmer vor unlauteren Praktiken (und in anderen Staaten wurde – wie das Grünbuch richtig feststellt – der Schutz über die Richtlinie hinaus entsprechend aus-



gedehnt oder jedenfalls auf kleine und mittlere Unternehmen erstreckt, z.B. in Italien).

c) Allgemeines Vertragsrecht

Schließlich leisten auch allgemein-zivilrechtliche Regelungen auf europäischer Ebene einen Beitrag dazu, den B2B-Verkehr rechtlich zu ordnen. Hier sind namentlich die Richtlinie zur Bekämpfung von Zahlungsverzug und die geplanten Regeln für das Gemeinsame Europäische Kaufrecht zu nennen. Ebenso haben die Regeln zum Schutz von Verbrauchern, etwa in der Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen oder in der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, Rückwirkungen für den geschäftlichen Verkehr zwischen Unternehmen entfaltet, auch wenn sie in diesem Bereich keine unmittelbare Geltung beanspruchen.

2. Gefahr der Verstärkung der Inkohärenz des Acquis durch neuen Regelungen

Das Grünbuch (S. 6) nennt als Rechtfertigung für eine unionsrechtliche Regelung die Förderung der wirtschaftlichen Integration und die Behebung „signifikanter Defizite des Binnenmarkts (...), die ihren Grund in der Fragmentierung der nationalen Rechtsvorschriften zu deren Bekämpfung haben“.

Eine derartige Fragmentierung besteht jedoch nicht nur auf nationaler Ebene, sondern auch und gerade im Europäischen Unionsrecht. Eine europäische Regelung unlauterer B2B-Praktiken in der Lieferkette läuft Gefahr, die ohnehin vorhandene Fragmentierung des Europäischen Acquis noch zu verstärken. Dies hätte wiederum Auswirkungen auf die Zersplitterung der Rechtssysteme jener Mitgliedstaaten, die bereits heute zunehmend Probleme mit der systemgerechten Einpassung europäischer Vorgaben in ihr gewachsenes nationales Rechtssystem haben.



a) Beispiel 1: Begriff der unlauteren Handelspraktiken

So zeigt etwa die Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG die Schwierigkeiten mehrerer Mitgliedstaaten mit einer kohärenten und systemgerechten Umsetzung in das nationale Rechtssystem. Für Unternehmen – auch solchen aus anderen Mitgliedstaaten – entsteht dadurch teilweise eher Rechtsunsicherheit als Rechtssicherheit. Als Beispiel hierfür sei die Generalklausel der Richtlinie 2005/29/EG genannt, deren Übernahme offenbar in einigen Mitgliedstaaten zu Irritationen mit dem bestehenden Rechtssystem geführt hat. Diese Irritationen würden verstärkt, wenn z.B. die im Grünbuch verwendete Definition der „unlauteren Handelspraktiken“ Eingang in eine Regelung auf europäischer Ebene finden würde. Denn das Grünbuch charakterisiert den zentralen Begriff der „unlauteren Handelspraktiken“ (S. 3, 25) in einer Weise, die von der Legaldefinition der „unlauteren Geschäftspraktiken“ in Art. 5 der Richtlinie 2005/29/EG abweicht.

Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass das Wettbewerbsrecht vieler Mitgliedstaaten auch gegen unlautere Praktiken im B2B-Verhältnis schützt, wobei – um der Umsetzungspflicht der Richtlinie 2005/29 /EG zu genügen – der Anwendungsbereich nunmehr durch den Begriff „unlautere Geschäftspraktiken“ umrissen wird. Wie würde sich dieser nun zu dem abweichenden Verständnis der „unlauteren Handelspraktiken“ des Grünbuchs verhalten? Diese Inkohärenzen sind vorweg auf europäischer Ebene auszuräumen. Sie könnten eventuell durch eine Erstreckung einzelner, bereits im B2C-Verhältnis geltender Regelungen erreicht werden. Dies bedarf jedoch eingehender Diskussionen und Analyse, auch unter Berücksichtigung der Regelungsansätze des Lauterkeitsrechts der Mitgliedstaaten.

b) Beispiel 2: Fallgruppen und europäisches Kartellrecht

Ähnliche Bedenken bestehen bei den Überschneidungsbereichen zwischen Kartellrecht und Grünbuch: Soweit in neuen Regelungen außerhalb des Kartellrechts auf Marktmacht abgestellt würde, wäre zu klären, wie sich der Begriff zu dem Eingriffskriterium der marktbeherrschenden Stellung nach



Art. 102 AEUV verhält. Zu erörtern wäre auch, in welchem Verhältnis Europäisches Kartellrecht und eventuelle neue Regeln stünden, die Fallgruppen betreffen, die im Kartellrecht zum Acquis gehören. Dies ist augenfällig für drei der im Grünbuch angesprochenen „unlauteren Handelspraktiken“:

- Die unbillige Beendigung einer Geschäftsbeziehung ist im Kartellrecht Gegenstand der „refusal to deal“-Fälle, zu denen sich eine ausgefeilte Rechtsprechung entwickelt hat.
- Die regionale Angebotsbeschränkung ist klassisches Thema des Kartellrechts und wird in Art. 101 Abs. 1 lit. b und c AEUV sowie Art. 4 lit. b Vertikal-GVO angesprochen.
- Fälle, die als „missbräuchliche Nutzung von Informationen“ angesehen werden könnten, haben etwa in der Technologie-Transfer-GVO und in der Rechtsprechung zu Art. 102 AEUV eine differenzierte Betrachtung erfahren.

c) Beispiel 3: Vertragsrechtliche Probleme

Konzeptionell schwierig erscheinen auch die eher vertragsrechtlich gedachten Tatbestände, die im Grünbuch als mögliche unlautere Handelspraktiken erwähnt werden. So scheint es vermessen, das Problem mehrdeutiger Vertragsbestimmungen lösen zu wollen, mit dem Vertragsparteien immer wieder zu kämpfen haben werden. Ebenso ambitioniert scheint der Versuch, die Risikoverteilung in B2B-Geschäften mit einem Federstrich zu organisieren (Fallgruppe „Unbillige Übertragung des kommerziellen Risikos“). Es ist eine Grundidee des Vertragsschlusses und Kern der unternehmerischen Tätigkeit, dass Parteien nach eigenen Maßstäben Risiken eingehen und absichern. Die Grenzen werden im nationalen Zivilrecht durch Gesetz und jahrzehntelange Rechtsprechungstraditionen differenziert aufgezeigt. Ein Eingriff durch Europäisches Recht bedürfte daher besonderer Rechtfertigung, zumal die Parteien im B2B-Geschäft Rechtswahlfreiheit genießen. So sehr eine faire Vertragsgestaltung für das Funktionieren der Marktwirtschaft

erforderlich ist, so differenziert müsste auch ein Europäischer Regelungsansatz ausfallen.

V. Durchsetzungs- und Sanktionsebene

Materiell-rechtliche Regelungen sind untrennbar mit Durchsetzungs- und Sanktionsmechanismen verbunden. Die Einführung neuer Regelungen würde daher voraussetzen, auch diesen Aspekt genauer zu prüfen.

- Die Schaffung zwingender vertraglicher Regelungen würde im B2B-Verkehr im Zweifel zu einer abweichenden Rechtswahl oder zu anderen Umgehungslösungen führen.
- Die Lösung über Unterlassungs- und Haftungsansprüche steht im B2B-Verkehr stärker als im Verbraucherrecht vor der Problematik, dass Unternehmen, gerade solche in schwächerer vertraglicher Position, wohl kaum die Hilfe der Rechtsordnung suchen würden, um sich gegen überlegene Vertragspartner durchzusetzen. Instrumente kollektiver Rechtsdurchsetzung, etwa für KMU, wären in dieser Hinsicht eine interessante Innovation.
- Die Formulierung spezifischer Regelungen steht sodann vor dem Problem unbestimmter Rechtsbegriffe. Gerade im B2B-Bereich, in dem sich grundsätzlich geschäftlich versierte Vertragsparteien gegenüber stehen, sollten Gerichte nicht in die Position kommen, den Willen der Parteien mit ihren eigenen Ansichten zu ersetzen – es sei denn, dass das Funktionieren der Marktwirtschaft und des Binnenmarktes als solche auf dem Spiel stehen.
- Unangemessen erscheint die Einschaltung von Behörden für die Lösung von vertraglichen Einzelfallproblemen. Die freie Interessenkoordination der Unternehmen im geschäftlichen Verkehr ist Garantie für effiziente Ressourcenallokation und innovative Lösungen. Die Einschaltung von Behörden zur Steuerung der privatrechtlichen Risikoverteilung könnte rasch zu systemwidrigen Verzerrungen führen.

Möglicherweise sind in diesem Fall Selbstregulierungsmechanismen oder unkomplizierte Instrumente wie Schlichtung oder Ombudsmannverfahren aussichtsreicher als klassische rechtliche Verfahren und Sanktionen. Vor einer materiellen Regelung sollte die Kommission daher weitere „smart sanctions“, kreative Verfahrenslösungen und Anreize für private Rechtsdurchsetzung ausloten.