

Öffentliche Konsultation zur Evaluierung der Vertikal-GVO Anmerkungen zu ausgewählten Themen (Dokumenten-Nr. D 1050)

Allgemeines Thema / relevante Vorschrift	Anmerkung
Relevanz der GVO und der Leitlinien; Verlängerung	<p>Die Vertikal-GVO und die Leitlinien bieten eine ganz wesentliche und in der Praxis enorm nützliche Orientierungshilfe. Die Voraussetzung, die deutsche Behörden und Gerichte im Falle der Einzelfreistellung an die Beweisführung betreffend das Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 101 Abs. 3 AEUV anlegen, sind praktisch kaum zu erfüllen. Insofern erwarten wir negative Auswirkungen, wenn die GVO und die Leitlinien nicht verlängert werden.</p>
Notwendigkeit der Überarbeitung der GVO und der Leitlinien	<p>Wir sehen angesichts der andauernden rasanten Veränderung der Vertriebslandschaft (z.B. wachsende Bedeutung und veränderte Rolle von Plattformen, weiter steigende Preistransparenz, Nutzung von Preisalgorithmen, Konsolidierung und verstärkte internationale Kooperation auf Händlerenebene, verstärkter Direktvertrieb durch Hersteller/Marketplaces, Nutzung von Eigenmarken durch Händler, Gestaltung eines selektiven Vertriebssystems-, die Notwendigkeit der Überarbeitung der GVO und der Leitlinien.</p> <p>Der durch die Aufnahme zahlreicher Kernbeschränkungen in der GVO entstandene Eindruck, dass vertikale Beschränkungen (entgegen der ausdrücklichen Anerkennung, dass vertikale Beschränkungen grundsätzlich weniger problematisch als horizontale Beschränkungen sind) als grundsätzlich problematisch angesehen werden, sollte überdacht werden¹. Entsprechend entwickelte sich auch die Praxis der nationalen Wettbewerbsbehörden in den letzten Jahren, die einen starken Fokus auf vertikale Beschränkungen gelegt haben.</p> <p>Ganz allgemein ist es für Hersteller in der EU wichtig, dass der Rechtsrahmen für den Vertrieb möglichst in allen Ländern gleich ist. Vertriebs- und Konditionssysteme werden – auch angesichts der zunehmenden internationalen Tätigkeit der Kunden – immer mehr über mehrere Länder hinweg harmonisiert. Vor dem Hintergrund ist es misslich, wenn die Interpretation der europäischen Kartellrechtsregeln in verschiedenen Ländern stark abweicht. Die Kommission sollte alle Möglichkeiten nutzen, um hier zu einer europaweit möglichst einheitlichen Auslegung und Anwendung des Rechts beizutragen.</p>
Rechtssicherheit durch die GVO und die Leitlinien generell	<p>Die Vertikal-GVO und die Leitlinien bieten insofern ein ausreichendes Maß an Rechtssicherheit und sind klar und verständlich, als es um „Standardfälle“ geht, beispielsweise um klassische vertikale Preisbindung.</p> <p>Es gibt aber viele Fälle, in denen die Vertikal-GVO und die Leitlinien entweder keine, keine ausreichenden, oder keine ausreichend klaren Vorgaben machen, oder bei denen die Regeln zu starr sind und den komplexen Beziehungen zwischen Herstellern und Händlern in der Wirklichkeit nicht gerecht werden.</p>

¹ a.A. Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e. V. (im Folgenden: BITKOM)

	<p>Angesichts der Tatsache, dass die Leitlinien – trotz ihres unverbindlichen Charakters – jedenfalls faktisch für Unternehmen „das Gesetz“ bei der Bewertung von vertikalen Beschränkungen darstellen, ist dies misslich. Im Folgenden greifen wir ein paar Beispiele heraus.</p>
<p>Rechtssicherheit beim Thema „vertikale Vereinbarungen“ (Art. 1 Abs. 1a GVO und RN 24-26 der Leitlinien)</p>	<p>Die gesamte GVO und die Leitlinien sind formuliert für das „Downstream“-Verhältnis zwischen Herstellern und Händlern. Unklar ist dagegen die konkrete Anwendung der Regeln in der GVO und den Leitlinien auf Fälle, in denen es um „Upstream“-Verhältnisse geht, also über den Einkauf von Rohstoffen und Komponenten, beispielsweise in einer Lieferkette Rohstoffhersteller – Distributor – Komponentenhersteller – Hersteller des Endprodukts.</p> <p>Solche Verhältnisse sind von der GVO nach dem Wortlaut erfasst (siehe auch RN 25 der Leitlinien), aber es finden sich dazu keine weiteren Ausführungen. Beispielsweise kann es Fälle geben, in denen der Hersteller des Endprodukts (der über eine gewisse Nachfragemacht verfügt) die Rohstoffpreise direkt mit dem Rohstoffhersteller verhandelt hat und diese gegenüber seinem (kleine, wenig marktstarken) Komponentenhersteller gelten sollen. Den Fällen gemein ist, dass entlang der Lieferkette die – vom Endkunden (=Hersteller des Endprodukts) vorgegebenen – Preise durchgereicht werden. U.E. sind solche Bestimmungen allerdings keine verbotene RPM, weil entweder schon keine Beschränkung des Intra-Brand-Wettbewerbs vorliegt (der Endkunde verzichtet auf den (Intra- Brand-)Wettbewerb, wenn er bereits eine Ebene höher in der Lieferkette die Preise mit dem Vorlieferanten verhandelt) oder weil es sich um zulässige Höchstpreisvorgaben handelt. Klarstellende Hinweise zur Zulässigkeit solcher „Upstream“-Verhältnisse wären aus Gründen der Rechtssicherheit allerdings wünschenswert.</p>
<p>Rechtssicherheit beim Thema „Wettbewerbsverbote“ (Art. 1 Abs. 1d GVO)</p>	<p>Bei der Begriffsbestimmung der „Wettbewerbsverbote“ ist es problematisch auf den Bezug des Abnehmers im Vorjahr abzustellen, da der Bedarf im laufenden Kalenderjahr von dem Bedarf des Vorjahres erheblich abweichen kann. Dieser Umstand hat angesichts der Wirtschaftskrise besondere Bedeutung erlangt. Sinnvoll erscheint es daher, an den voraussichtlichen Bedarf des Kalenderjahres anzuknüpfen, für welches die Mindestabnahmemenge festgelegt wird, und den Zeitpunkt des Vertragsschlusses als Ermittlungszeitpunkt heranzuziehen. Eine damit einhergehende Prognoseunsicherheit sollte jedoch nicht zu Lasten der Vertragspartner ausgelegt werden; hier sollte ein Toleranzspielraum bestehen.</p>
<p>Rechtssicherheit beim Thema De-minimis-Vereinbarungen (RN 8-11 der Leitlinien) und beim Thema vertikale Preisbindung (Art. 4a GVO und RN 48-49 der Leitlinien)</p>	<p>Generell ist positiv, dass sich die EU-Kommission dem US-Ansatz (<i>Leegin</i>) genähert hat und ausdrückliche Beispiele für Effizienzeinreden bei der Preisbindung der zweiten Hand nennt. Wie von der EU-Kommission festgestellt (RN 225 der LL), kann eine solche Preisbindung im Einzelfall hilfreich sein, um neue Produkte zu vermarkten oder verkaufsfördernde Maßnahmen zu intensivieren. Allerdings sollte geprüft werden, ob die Preisbindung der zweiten Hand nach wie vor als Kernbeschränkung klassifiziert werden muss. Zumindest erscheint angesichts dezidiert und divergierender Entscheidungspraxis</p>

auf nationaler Ebene eine Präzisierung der Leitlinien im Hinblick auf Preisempfehlungen erforderlich.

Jedenfalls dürften kurzfristige, auf einzelne oder wenige Produkte bezogene Beschränkungen wie beispielsweise die anlässlich der Einführung eines neuen, innovativen Produktes in den Markt geltende Vorgabe eines Minimalpreises oder eine „Minimum Advertised Price“-Regelung für einen begrenzten Zeitraum oder – mit ähnlicher Wirkung – ein kurzfristiges Verbot des Angebots und der Werbung im Internet für ein solches Produkt es dem Hersteller in der Regel ermöglichen, die Investitionen in das Produkt wieder hereinzuholen. Derartige Beschränkungen sollten als „de minimis“-Fälle von einer Freistellung profitieren.²

Die Kommission möge folgende Situation speziell im Online-Handel zur Kenntnis nehmen: Ein einziger Händler füttert – möglicherweise sogar versehentlich oder durch eine Fehlfunktion seiner Software – unmittelbar nach Erscheinen eines neuen Produktes einen sehr niedrigen Verkaufspreis in eine Preisvergleichswebseite. Die Transparenz dieses Angebots im Internet führt zu einer unmittelbar einsetzenden, teilweise auch automatisch durch Preisalgorithmen herbeigeführten oder verstärkten Abwärtsspirale, die zunächst den gesamten Onlinehandel und dann auch den durch die billigen Onlineangebote unter Druck gesetzten stationären Handel erfasst. Der Hersteller ist nicht in der Lage, darauf zu reagieren oder eine solche Situation zu verhindern, weil jede Einflussnahme auf den Weiterverkaufspreis verboten ist. Die Händler werden in diesem Fall schon nach aller kürzester Zeit nicht mehr bereit sein, den vom Hersteller geforderten Preis zu bezahlen, und der Hersteller kann die Entwicklungs- und Marketingkosten für das Produkt nicht decken. Dieser nicht praxisferne Fall führt zu einem Preisverfall von Markenprodukten. Er adressiert zusätzlich die offene Fragestellung, ob der Lieferant in einer solchen Konstellation zumindest noch an seine UVP erinnern darf. Hier wäre eine Kohärenz in der Behördenpraxis wünschenswert.

In einem Markt, in dem der Inter-Brand-Wettbewerb funktioniert, ist zweifelhaft, ob beispielsweise ein sechswöchiges Verbot an Händler, ein bestimmtes, neues Produkt unter Preis X anzubieten (und die dazugehörige Möglichkeit des Herstellers, bei Verstößen einzuschreiten), wirklich eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung auslöst.

Angesichts der strengen Schwarz-Weiß-Regelung (wenn eine Rechtfertigung nicht gelingt, dürfte schnell ein Bußgeld im Raum stehen), ist eine Behandlung solcher Fälle über eine Einzelfreistellung nach Art. 101 (3) AEUV nicht angemessen. Wir regen zumindest eine Diskussion an über klare, hinreichend eng formulierte „de minimis“-Ausnahmen vom grundsätzlichen Verbot der vertikalen Preisbindung.

Rechtssicherheit beim Thema Handelsvertreterprivileg (RN 12-21 der Leitlinien)

Das sogenannte Handelsvertreterprivileg hat sich bewährt und sollte beibehalten werden. Handelsvertreter in ihrem Kerntätigkeitsfeld (vormals: „echte Handelsvertreter“) sollten weiterhin vom Kartellverbot nicht erfasst werden. Beispielsweise im Tankstellenbereich führt das verbreitete Vertriebssystem über

² a.A. BITKOM, der sich gegen eine Benachteiligung digitaler Vertriebswege ausspricht.

Handelsvertreter zu lebhaftem Wettbewerb in Deutschland mit Vor-Steuer-Preisen, die zu den niedrigsten in Europa zählen. Die hohe Wettbewerbsintensität ist eng mit der diesem Geschäftsmodell eigenen Verteilung von Risikotragung und Steuerungshoheit verbunden. Der Prinzipal trägt die Kosten der Lagerung und des Absatzes, im Gegenzug wird ihm Preishoheit und durchgängige Markenexklusivität eingeräumt.

Allerdings sind einige Ausführungen zu Handelsvertreterverträgen in den Leitlinien noch unklar. Das betrifft insbesondere die Regelung zur sog. „Doppelprägung“. In den Leitlinien heißt es (RN 16 g), der echte Handelsvertreter dürfe „keine anderen Tätigkeiten auf Verlangen des Auftraggebers auf demselben sachlich relevanten Markt wahrnehmen muss, es sei denn, der Auftraggeber übernimmt die Kosten hierfür in vollem Umfang“. Diese Regelung wird weithin so verstanden, dass ein echter Handelsvertreter nicht gleichzeitig Händler auf demselben Markt sein kann. Der Hersteller von Produkt X ist also nicht in der Lage, seine bestehenden Händler beispielsweise für eine besondere Premium-Linie von Produkt X als Handelsvertreter einzusetzen.

Ob eine solche Regelung zur „Doppelprägung“ inhaltlich sinnvoll ist oder nicht, sei hier dahingestellt, jedenfalls ist die Formulierung in den Leitlinien nicht klar. Ist der Händler „auf Verlangen“ des Herstellers als Händler tätig? Und was soll die Kostentragung hier bedeuten?

Unklar ist auch die Regelung, dass der Handelsvertreter nicht verpflichtet sein darf, auf eigene Kosten in „verkaufsfördernde Maßnahmen zu investieren“. Wie die gegenläufige Einschätzung der Kommission und des Gerichts im Fall DaimlerChrysler (Rs. T- 325/01, konkret zu Vorführwagen) zeigt, kann man sehr unterschiedlicher Auffassung sein, wo die Grenze verläuft zwischen dem normalen Risiko, das der Handelsvertreter kraft seiner Aufgabe als Vermittler von konkreten Geschäften trägt, und der Übernahme von Aufgaben wie der allgemeinen Produktwerbung, für die eigentlich der Hersteller verantwortlich ist.

Angesichts der Tatsache, dass bei einer Fehlinterpretation der Regeln zur Risikotragung des Handelsvertreters automatisch eine bußgeldbewehrte Kernbeschränkung vorliegt (Preisbindung), ist hier mehr Klarheit dringend erforderlich.

Rechtssicherheit bei dualem Vertrieb (Art. 2 Abs. 4 GVO und RN 26, 27 der Leitlinien)

Laut Art. 2 Abs. 4b ist die Vertikal-GVO auch anwendbar auf das vertikale Verhältnis zwischen Hersteller und Händler, wenn der Hersteller neben seiner Rolle als Lieferant auch im Wettbewerb mit dem Händler an Verbraucher verkauft. Das ist eine nützliche Klarstellung, geht aber ein wenig am Problem vorbei: Deutlich schwieriger ist nämlich die Frage, wo in einem solchen Fall die verbotene horizontale Abstimmung zwischen dem Hersteller (in seiner Funktion als Einzelhändler) und seinen Abnehmern (den Händlern) anfängt.

Anders als „normale“ konkurrierende Einzelhändler, die nach der Vorstellung des Kartellrechts eher keinen direkten Kontakt miteinander haben sollten, ist der dual vertreibende Hersteller naturgemäß regelmäßig in engem Kontakt mit seinen Händlern (die nunmehr ja auch seine Konkurrenten sind). Verhalten, das im Hersteller-Händler-Verhältnis völlig normal ist (z.B. das Aussprechen von unverbindlichen Preisempfehlungen, die Absprache über geeignete

	<p>Produkte für Werbeaktionen, oder das Abfragen von aktuellen und künftig geplanten Mengen), wäre im Verhältnis zwischen echten konkurrierenden Händlern (beispielsweise Handelskette A und Onlinehändler B) allerdings sehr fragwürdig.</p> <p>Ist die GVO so zu verstehen, dass sie im Fall von dualem Vertrieb auch jegliche eventuelle horizontale Auswirkung von derartigen – im Kern vertikalen – Vereinbarungen erfasst? Oder sind diese horizontalen Auswirkungen getrennt zu bewerten, sodass eine eigentlich von der GVO gedeckte Verhaltensweise doch noch nach Art. 101 AEUV verboten sein kann (z.B. bei einem im Rahmen des Vertikalverhältnisses erforderlichen Informationsaustausch)? Das wäre eine inkonsistente Lösung. Darüber hinaus wären auch für Fälle von dualem Vertrieb, die beispielsweise wegen Überschreitung der Marktanteilschwellen nicht unter die GVO fallen, Leitlinien wünschenswert.</p>
<p>Rechtssicherheit bei der Marktanteilsschwelle (Art.3 GVO)</p>	<p>Sollte die Kommission an dem bisherigen Prinzip der Marktanteilsschwellen festhalten, sollte überlegt werden die Schwelle zumindest anzuheben. Praktisch handhabbarer und wettbewerbspolitisch angemessener wäre eine Marktanteilsschwelle von mindestens 40 %. Zudem wäre es hilfreich, wenn die EU-Kommission den Unternehmen konkretere Orientierungshilfen zur Ermittlung der Marktanteilsschwellen zur Verfügung stellen und auch ihre Mitteilungen, z.B. zur Marktdefinition, regelmäßig an aktuelle ökonomische Gegebenheiten anpassen würde. Da vertikale Wettbewerbsbeschränkungen – auch noch bei Marktanteilen von 40 % – gerade für den <i>inter-brand</i> Wettbewerb fördernd wirken können, sollte erneut auf den Prüfstand, ob vertikale Wettbewerbsbeschränkungen nicht grundsätzlich dem Missbrauchsprinzip unterstellt werden könnten.</p> <p>Es sollte evaluiert werden, welche Auswirkungen die Einführung einer zweiten Marktanteilsschwelle gehabt hat, insbesondere inwieweit die zweite Marktanteilsschwelle den Wert der GVO in Bezug auf eine rechtssichere Selbsteinschätzung womöglich gemindert hat. Die zweite Marktanteilsschwelle bringt in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten und gesteigerte Komplexität mit sich. Es ist nicht ersichtlich, inwieweit sie bei der Beurteilung lediglich einseitiger Beschränkungen zwingend notwendig ist, um freizustellende Beschränkungen von solchen abzugrenzen, bei denen nicht mit hinreichender Sicherheit davon ausgegangen werden kann, dass sie die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllen. Die Rechtssicherheit wäre ohne zweite Marktanteilsschwelle höher, da der Hersteller dann nur seinen eigenen Marktanteil einschätzen müsste. Jedenfalls aber sollte nur dasjenige Unternehmen, das die Beschränkung auferlegt, eine nicht wesentliche Marktstellung (40 % sollten ausreichend sein) haben. Hat das Unternehmen, dem die Beschränkung auferlegt wird, eine starke Marktstellung, so wird es der Beschränkung kaum zustimmen. Insofern trägt eine zweite Marktanteilsschwelle auch nicht bis kaum dazu bei, wettbewerblich kritische Fallgestaltungen vom Anwendungsbereich der GVO auszunehmen.</p>
<p>Rechtssicherheit bei Gebietsbeschränkungen (Art. 4b, lit. I)</p>	<p>Nach dem Wortlaut der Vertikal-GVO sind Gebietsbeschränkungen nur insoweit vom Kartellverbot freigestellt, als sie dem Schutz des (exklusiven) Eigenvertriebs des Herstellers oder eines Exklusivhändlers dienen. Ein wachsender</p>

<p>GVO) - exklusiver Eigenbetrieb</p>	<p>EWR und die Tatsache, dass in der Praxis häufig exklusive und nichtexklusive Vertriebsformen nebeneinander gewählt werden, führen zur Unzulässigkeit der meisten Gebietsbeschränkungen. Dies gilt insbesondere bei multinational tätigen Herstellern mit welt- bzw. EWR-weit vertriebenen Produkten. Die Anforderungen, die die EU-Kommission insofern an einen zulässigen Exklusivvertrieb stellt, sind zu kompliziert und praxisfern. Sie erschweren den Aufbau eines exklusiven Händlervertriebssystems. Es sollte möglich sein z.B. einen exklusiven Vertriebspartner für Spanien zu bestimmen und im restlichen Europa mit verschiedenen, nicht-exklusiven Vertriebspartnern zusammen zu arbeiten. Nach den Regelungen der geltenden Vertikal-GVO wird ein Vertriebssystem für die betroffenen Unternehmen zwangsläufig zu einem starren Korsett. Jede noch so kleine Änderung im Vertriebssystem, z.B. jeder Vertrieb eines Herstellers an oder über weitere nichtexklusive Händler (eventuell zusätzlich zum Eigenvertrieb) in einem einzigen Mitgliedstaat, erfordert eine Vertragsänderung mit sämtlichen Händlern.</p> <p>Mit Blick auf die zunehmende Bedeutung des Online-Vertriebs sollte überlegt werden, inwieweit die Unterscheidung zwischen Aktiv- und Passivvertrieb im Onlinebereich klargestellt werden kann (siehe unten).</p>
<p>Rechtssicherheit bei Kundenbeschränkungen (Art. 4b GVO) - Weiterverarbeitungsgebot</p>	<p>Das Verbot von Kundenbeschränkungen gemäß Art. 4 b) Vertikal-GVO (E) wird vielfach dahingehend ausgelegt, dass es zugleich ein Verbot enthält, den Abnehmer zu verpflichten, die Vertragswaren weiterzuverarbeiten bzw. weiterzuverwenden und nicht <i>stand-alone</i> ohne weitere Wertschöpfung weiter zu vertreiben (sog. „Weiterverarbeitungsgebot“). Dies führt in der Praxis zu dem Ergebnis, dass bestimmte strategische Produkte zum Nachteil der Kunden überhaupt nicht an Systemanbieter verkauft werden.</p> <p>Insbesondere in Bereichen, in denen es in der Regel keine reine Händlerebene gibt (sog. OEM-Märkte), sollte ein Hersteller seinem Abnehmer vorgeben dürfen, dass er die Vertragswaren in seine eigenen Produkte einbauen muss und nicht ohne weiteres <i>stand-alone</i> weiterverreiben darf. Zudem besteht ein Wertungswiderspruch zu den zulässigen Weiterverarbeitungsverböten („Abnehmer darf die Produkte nicht in seine Produkte integrieren“), da diese als reine Verwendungsbeschränkungen von der Vertikal-GVO erfasst werden. Allerdings wäre auch hier eine Klarstellung in den Leitlinien wünschenswert, dass es mit der GVO vereinbar ist, dem Abnehmer bestimmte Verwendungen zu untersagen.</p> <p>Weiterhin sollten die Leitlinien klarstellen, dass jegliche Form der Abgrenzung von Kundengruppen zulässig ist, welche es erlaubt, die vorbehaltenen Kunden von den nicht vorbehaltenen klar abzugrenzen, sei es aufgrund abstrakter Kriterien wie Mindestabnahmemenge oder Vertriebskanal oder aufgrund einer dem Vertrag beigefügten Liste von Kunden.</p>
<p>Rechtssicherheit beim Thema „Beschränkungen von Onlineverkäufen“, RN 52-54 der Leitlinien)</p>	<p>Die deutliche Zunahme des Online-Handels seit Inkrafttreten der aktuellen Vertikal-GVO, die Erkenntnisse aus der Sektoruntersuchung E-Commerce und nicht zuletzt die vielfältige und zum Teil in den Mitgliedstaaten divergierende Fallpraxis in diesem Bereich führen dazu, dass im Bereich des Online-Handels der wohl größte Änderungsbedarf an der GVO und den Leitlinien besteht.</p>

Aufgrund der großen Dynamik in diesem Bereich und der schnellen technischen Entwicklung müssen hier möglichst flexible Regelungen gefunden werden, die Herstellern und Händlern auch bei der Schaffung von neuen Geschäftsmodellen Rechtssicherheit geben. Die Kommission sollte erwägen, die Vertikal-Leitlinien - auch unabhängig von der Laufzeit der Vertikal-GVO - in kürzeren Abständen, etwa alle fünf Jahre, zu aktualisieren oder das aus dem Kfz-Bereich bekannte Instrument der Q&A zu verwenden, um den neuesten Entwicklungen gerecht zu werden. Darüber hinaus könnte die Kommission in neuen und komplexen Fragen auch informelle Konsultationsgespräche mit den betroffenen Marktteilnehmern anbieten.

Zunächst ist festzustellen, dass sich im Bereich des Internethandels die klassischen Grenzen zwischen aktivem und passivem Verkauf durch technische Entwicklungen wie die weitverbreitete Nutzung von Cookies oder ein gezieltes „Targeting“ des Endkunden auflösen. Die Unterscheidung zwischen aktiven und passiven Verkäufen spielt aber nach der Systematik der GVO ohnehin ausschließlich da eine Rolle, wo Händlern ein Gebiet oder eine Kundengruppe zugewiesen wird. In solchen Fällen ist es erlaubt, die Händler vor aktiven Verkäufen in ihr Gebiet oder an ihre Kunden zu schützen, aber passive Verkäufe – einschließlich Internetverkäufe – müssen immer möglich sein. Es ist aber keineswegs zwingend, die GVO so zu lesen, dass jegliche Beschränkung des Internetverkaufs auch außerhalb von Fällen der Kunden- und Gebietszuweisung stets eine Kernbeschränkung ist.

Auch wenn man anerkennt, dass der Onlinehandel den grenzüberschreitenden Vertrieb erleichtert und schon deshalb in Europa Schutz genießt, gehen die Regelungen in der GVO und in den Leitlinien über das erforderliche Maß hinaus und beschränken die Vertriebsgestaltungsfreiheit der Hersteller unverhältnismäßig.

Ein Beispiel ist das Thema „Doppelpreissystem“. Nach den Leitlinien ist es verboten zu vereinbaren, „dass der Händler für Produkte, die er online weiterverkaufen will, einen höheren Preis zahlt als für Produkte, die offline verkauft werden sollen“. Nur in Form von festen, umsatzunabhängigen Gebühren kann der Offline- gegenüber dem Onlinehandel privilegiert werden. Diese Regelung geht an der Wirklichkeit vorbei: Erstens ist es leicht einsichtig, dass beim stationären Vertrieb höhere Fixkosten anfallen und dass beim Vertrieb über physische Verkaufsstellen andere, aus Sicht des Herstellers höherwertige Leistungen (Präsentation in Läden in zentraler Einkaufslage, bessere Möglichkeiten der aufmerksamkeitsstarken Präsentation einzelner Produkte als im Internet, persönliche Erläuterungen direkt „am“ Produkt, konkreter Ansprechpartner für den Kundendienst u.Ä.) erbracht werden können. Weshalb es per se wettbewerbsbeschränkend sein soll, diese Tatsache bei der Gestaltung von Konditionen für hybride Händler zu berücksichtigen, ist schwer verständlich. Zweitens ist die „feste Gebühr“ für bestimmte Leistungen weder für Hersteller noch für Händler eine praktikable Alternative zu – zwingend „umsatzabhängigen“ – Konditionsbestandteilen wie Rabatten und Boni. Drittens ist schwer verständlich, weshalb es (abseits von Marktbeherrschung) in bestimmten Konstellationen erlaubt sein soll, reine Onlinehändler bei Preisen und Konditionen im Vergleich zu stationären Händlern zu benachteiligen, aber bei hybriden Händlern

kein Unterschied zwischen ihrem Online- und Offlinegeschäft möglich sein soll. Eine Unterscheidung müsste zumindest dann möglich sein, wenn das Onlinegeschäft beim Hybridhändler eine gewisse Größenordnung erreicht hat, dieser also einen ganz wesentlichen Teil seines Geschäfts online macht. Es ist systematisch merkwürdig, weshalb ein Hybridhändler mit einem nur kleinen Offlinegeschäft wesentlich bessergestellt werden kann als der reine Onlinehändler.

Ganz allgemein ist es ein unverhältnismäßiger Eingriff in die Vertriebsgestaltungsfreiheit, wenn Herstellern durch das Kartellrecht vorgegeben wird, dass sie den Internetvertrieb stets und ausnahmslos als unbedingt gleichwertig zum stationären Vertrieb anzusehen und entsprechend gleich zu behandeln haben³

Weitere Beispiele bieten die – aus Herstellersicht eindeutig übermäßig strengen – Fälle „Ping“ der Competition and Markets Authority und „Stihl“ der Autorité de la Concurrence. Obwohl in Fall „Ping“ die Behörde anerkannt hat, dass das Online-Verkaufsverbot von einer genuinen geschäftlichen Strategie des Herstellers getragen war (und es keinerlei Anhaltspunkte z.B. für Preisbindung oder die Beschränkung von grenzüberschreitendem Handel gab), und obwohl im Fall „Stihl“ mit dem Schutz von Verbrauchern vor Verletzungen offensichtlich auch ein legitimer Zweck verfolgt wurde und die Beschränkung so gestaltet war, dass Onlineaktivitäten der Händler in großem Umfang möglich waren, sind die Behörden von schweren Wettbewerbsbeschränkungen ausgegangen und haben empfindliche Bußgelder verhängt. Vor diesem Hintergrund sind klare europäische Regelungen erforderlich, bei denen die Vertriebsgestaltungsfreiheit der Hersteller angemessen berücksichtigt wird. Auch muss es, wie anderswo angemerkt, Maßnahmen für eine möglichst einheitliche Anwendung der Regeln durch die nationalen Kartellbehörden geben.

Der Vollständigkeit halber sei als weiteres Beispiel für nationale Divergenzen in der Fallpraxis das Thema Bestpreisklauseln genannt, zu dem es dringend einer Klarstellung auf europäischer Ebene bedarf, so insbesondere zu der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen es sich bei einer Bestpreisklausel um eine Kernbeschränkung nach Artikel 4 a Vertikal-GVO handelt.

Eine weitere Klarstellung wäre in Bezug auf die Frage erforderlich, ob ein Verbot der Nutzung von Preissuchmaschinen eine Kernbeschränkung darstellt. Eine Kernbeschränkung nach Artikel 4 b Vertikal-GVO dürfte aufgrund der Coty-Entscheidung des EuGHs (dazu s.u.) mangels einer abgrenzbaren Kundengruppe nicht gegeben sein. Offen ist jedoch, ob es sich um eine Kernbeschränkung nach Art. 4 c Vertikal-GVO handeln kann. Der deutsche Bundesgerichtshof hat dies in der ASICS-Entscheidung angenommen. Die Kommission hatte sich in ihrem Abschlussbericht zur Sektoruntersuchung E-Commerce dahingehend geäußert, dass ein Verbot der Nutzung von Preissuchmaschinen, das an qualitative Kriterien anknüpft, nach der Vertikal-GVO freigestellt sein könnte. Hier sollten die Leitlinien um klarstellende Ausführungen,

³ Modifizierend BITKOM, der darauf hinweist, dass eine generelle Bevorzugung des Offline-Verkaufs fortschrittsfeindlich sei, da immer mehr Kunden online einkauften. Es solle daher stets auf eine Balance und Gleichberechtigung der Vertriebswege ankommen. Eine Differenzierung sollte nur bei sachlichen Gründen möglich sein.

	<p>auch zur Einordnung der „qualitativen Kriterien“ ergänzt werden, um Herstellern und Händlern eine rechtssichere Selbsteinschätzung zu ermöglichen.</p> <p>Offen ist in diesem Zusammenhang schließlich auch, ob die Vertikal-GVO Anwendung auf Intermediäre findet.</p>
<p>Rechtssicherheit beim Thema Selektivvertrieb (Art. 4c GVO und RN 56, 57 und 174-188 der Leitlinien)</p>	<p>Hier hat das Urteil in der Rechtssache Coty schon viel bewirkt. Die Vertikal-GVO und die Leitlinien sollten die Erkenntnisse aus diesem Urteil deutlich reflektieren, auch um divergierende Auslegungen durch nationale Kartellbehörden zu verhindern. Demnach stellen Drittplattformverbote grundsätzlich keine Kernbeschränkungen im Sinne der Vertikal-GVO dar und zwar weder eine Kundengruppenbeschränkung (Art. 4 lit. b Vertikal-GVO) noch ein Verbot des passiven Verkaufs an Endverbraucher im Rahmen eines selektiven Vertriebssystems (Art. 4 lit. c Vertikal-GVO). Die Freistellung von Drittplattformverboten nach der Vertikal-GVO gilt unabhängig von der Art der betroffenen Produkte, also insbesondere unabhängig von der Frage ob es sich bei der Ware um ein sogenanntes Luxusprodukt (dessen Definition der EuGH ohnehin sehr weit auslegt) handelt oder nicht. Auch außerhalb des Anwendungsbereichs der Vertikal-GVO stellen Drittplattformverbote im Selektivvertrieb nicht per se eine Wettbewerbsbeschränkung dar, sondern können gerechtfertigt sein, um das Luxusimage eines Markenproduktes zu schützen. Die Kommission sollte in ihren Leitlinien für weitere Klarstellungen sorgen, beispielsweise zu der Frage, ob sich die Coty-Grundsätze auch auf andere Vertriebssysteme übertragen lassen.⁴</p> <p>Wünschenswert wäre auch eine noch deutlichere Klarstellung dahingehend, dass ein Selektivvertriebssystem, das an den Metro-Kriterien scheitert, keinesfalls – wie im Pierre Fabre-Urteil ausgeführt – eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung ist, sondern dass es stets auf die Auswirkungen ankommt, und dass hier die typischerweise mit dem Selektivvertrieb einhergehende Dämpfung des Preiswettbewerbs normalerweise durch eine Steigerung des Qualitätswettbewerbs ausgeglichen wird. Es gibt in den letzten Jahren ein gesteigertes Bedürfnis für Selektivsysteme. Diese sollten jedoch nur dann im Fokus der Kartellbehörden stehen, wenn es Hinweise auf flankierende verbotene Praktiken gibt (Preisbindung, übermäßig strenge Anforderungen an den Onlinevertrieb, Diskriminierung aus unsachlichen Gründen).</p> <p>Im Folgenden nehmen wir noch Stellung zu zwei konkreten Themen:</p> <p>Das Erfordernis einer physischen Verkaufsstelle ist nach der derzeitigen Regelung in Selektivverträgen, die unter die Vertikal- GVO fallen, freigestellt. Dies soll auch in Zukunft so bleiben. Auch qualitativ hochwertige Webseiten können aus Sicht eines Herstellers nicht die Rolle ersetzen, die der stationäre Handel spielt, insbesondere als Botschafter für die Marke und ihr Image und als eine Stelle, wo der Verbraucher die Produkte tatsächlich ansehen und ausprobieren kann und unmittelbar persönliche Beratung und Service erhält. Dass Hersteller, die selbst nicht direkt stationär vertrieben, jedenfalls für ihre selektiv vertriebenen Produktlinien auf diese Art der Vermarktung absolut</p>

⁴ Tws. a.A. BITKOM, der für eine Aufnahme enger und an qualitative Vorgaben geknüpfte Ausnahmefälle für Plattformverbote plädiert, da Plattformverbote den Händlern und den Kunden schaden. Er lehnt auch eine Ausweitung der Coty-Grundsätze ab.

	<p>angewiesen sind, um diese Produkte zur Zufriedenheit der Verbraucher und zum Schutz des Images in den Markt zu bringen, sollte selbstverständlich sein. Es sollte im Sinne der Vertriebsgestaltungsfreiheit allen Herstellern freistehen, ob sie reine Onlinehändler in ihren Selektivvertrieb aufnehmen möchten oder nicht.⁵</p> <p>Die Aussage in den Leitlinien (RN 175), die Nutzung einer Mindestumsatzschwelle für Händler führe zu einem per se schwieriger zu rechtfertigenden quantitativen Selektivvertriebssystem, ist aus unserer Sicht nicht korrekt.⁶ Mit der Aufnahme eines Händlers in ein Selektivvertriebssystem sind oft gewisse „Anfangsinvestitionen“ seitens des Herstellers verbunden, z.B. finanzielle Unterstützung bei der passenden Gestaltung von Ausstellungsflächen. Im Gegenzug erwartet der Hersteller, dass der Händler ein Mindestmaß an Engagement beim Verkauf der Selektivprodukte an den Tag legt, nachgewiesen durch einen Mindestumsatz. Die Umsatzklausel dient in dem Fall nicht dazu, die Zahl der Händler zu beschränken, sondern als Nachweis für ein gewisses Maß an „Commitment“ zur Marke und zum Produkt und als messbare Größe für Erfolg und Erfahrung beim Verkauf der Selektivprodukte. Mittelbar erlaubt die Klausel es dem Hersteller, seine Vertriebsbemühungen auf die Händler zu konzentrieren, die entsprechendes Engagement und Entwicklungspotenzial zeigen. Auch stellt eine derartige Klausel, die offensichtlich von einem legitimen Zweck getrieben wird, nicht per se eine verbotene Beschränkung von Querlieferungen innerhalb des Selektivsystems dar, wie es in der Guess-Entscheidung anklingt.</p>
<p>Rechtssicherheit bei nicht freigestellten Beschränkungen - "Evergreen-Klausel" und "hohe Investitionen" (Art. 5a GVO)</p>	<p>Die Vertikal-GVO stellt Wettbewerbsverbote nur dann vom Kartellverbot frei, wenn ihre Laufzeit von vornherein auf höchstens fünf Jahre beschränkt ist (Artikel 5a Vertikal-GVO). Eine Wettbewerbsverbotsregelung, die sich jeweils automatisch um einen bestimmten Zeitraum verlängert, wenn sie nicht vom Abnehmer gekündigt wird (sog. „Evergreen-Klausel“), genügt den Anforderungen der Vertikal-GVO hingegen ausdrücklich nicht. Eine Evergreen-Klausel mit einfacher Kündigungsmöglichkeit (<i>termination without cause</i>) wird in der Praxis als gleichwertig zu einem Auslaufen des Vertrags mit Verlängerungsoption angesehen. Das Erfordernis, ein einfaches ordentliches Kündigungsrecht ausüben zu müssen, stellt im Geschäftsverkehr keine besondere Hürde dar, die einer besonderen kartellrechtlichen Beachtung bedarf. Insofern sollte Art. 5a Vertikal-GVO nicht weiter auf einer absoluten, auf maximal fünf Jahre beschränkten Laufzeit von Wettbewerbsverboten bestehen, sofern die Vereinbarung eine einfache Kündigungsmöglichkeit vorsieht.</p> <p>Darüber hinaus besteht in vielen Bereichen des Wirtschaftslebens auch das berechtigte Bedürfnis, Wettbewerbsverbote mit längeren Laufzeiten zu schließen,</p>

⁵ a.A. BITKOM, der dafür plädiert, in die Leitlinien klare qualitative Vorgaben aufzunehmen, unter welchen Umständen der Weiterverkauf von Produkten im Selektivvertrieb eingeschränkt werden darf. Diese Kriterien sollten nur in der Art des Produkts begründet sein. Eine persönlichen Beratung im stationären Ladengeschäft sollte, wenn überhaupt, nur in eng begrenzten Ausnahmefällen vereinbart werden können.

⁶ a.A. BITKOM, der der Ansicht ist, dass eine Mindestumsatzschwelle vor allem zu Lasten von kleinen Händlern und damit auch zulasten der Verbraucher geht.

	<p>wenn diese mit Effizienzgewinnen verbunden sind oder langfristige Investitionen getätigt werden. Dies gilt z.B. auch für Serviceverträge von Produkten, die einen langen Service-Zyklus haben, bei denen etwa ein Service innerhalb von fünf Jahren nach Installation nicht notwendig ist. Hier läuft die Regelung der Vertikal-GVO derzeit ins Leere. Die Freistellung gemäß Art. 5a Vertikal-GVO für eine 5-Jahresfrist wird gewährt, weil bei einem Großteil typischer Vertriebswaren länger dauernde Wettbewerbsverbote zur Erreichung pro-kompetitiver Effekte nicht erforderlich sind. Die EU-Kommission sollte eine ausdrückliche Öffnungsklausel für Fälle hoher Investitionen aufnehmen oder wenn die Vertragswaren oder -dienstleistungen vom Abnehmer unter nicht nur unerheblicher Nutzung von technischen Einrichtungen wie z.B. Lagertanks, Verkaufsräumeinrichtungen oder Werbe- und Verkaufshilfen, verkauft werden, die im Eigentum des Anbieters stehen oder von diesem überwiegend finanziert werden.</p>
<p>Rechtssicherheit bei nicht freigestellten Beschränkungen - nachvertragliche Wettbewerbsverbote" (Art. 5b GVO)</p>	<p>Bei einer angemessenen Vergütung sollte es auch möglich sein, nachvertragliche Wettbewerbsverbote für Händler für die Dauer von zwei Jahren zu vereinbaren, wenn sie sich auf Waren oder Dienstleistungen beziehen, die mit den Vertragswaren oder Dienstleistungen im Wettbewerb stehen und sie sich auf Räumlichkeiten oder Grundstücke beschränken, von denen aus der Abnehmer während der Vertragslaufzeit seine Geschäfte betrieben hat und sie außerdem unerlässlich sind, um das Know-how des Anbieters zu schützen (Artikel 5b Vertikal-GVO). Die Anhebung der Einjahresfrist auf zwei Jahre entspricht zumindest in Deutschland üblichen nachvertraglichen Wettbewerbsverboten für Handelsvertreter und Mitgesellschafter.</p>