



Bundeskartellamt



Offene Märkte | Fairer Wettbewerb

Quo vadis Vertikal-GVO – Zeit für eine Anpassung an die Digitalökonomie?

Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht

10. Oktober 2019

Hintergrundpapier

Bundeskartellamt

Kaiser-Friedrich-Straße 16

53113 Bonn

Inhaltsverzeichnis

B. Geänderte Aufgabenverteilung und neue Akteure im Online-Vertrieb	7
I. Anwendungsbereich der Vertikal-GVO – Begriff der vertikalen Vereinbarung	7
1. Intermediäre als Teil der Vertriebskette.....	8
2. Umgang mit horizontalen Wettbewerbsverhältnissen.....	9
II. Handelsvertreterprivileg	12
C. Wettbewerbsbeschränkungen im Online-Vertrieb	15
I. Rechtssicherheit hinsichtlich verbreiteter Beschränkungen durch Hersteller.....	15
1. Vertikale Preisbindung	15
2. Wettbewerbsbeschränkungen im Rahmen des selektiven Vertriebs.....	17
3. Brand-bidding restrictions	23
4. Doppelpreissysteme.....	23
II. Neuartige Beschränkungen durch Intermediäre/Plattformen.....	24
1. Paritätsklauseln.....	24
2. Exklusivität	26
3. Einfluss auf Preissetzung.....	27
D. Angemessener Ausgleich zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit in dynamischen Märkten	28
I. Probleme und Anpassungsbedarf der bestehenden Mechanismen	28
1. Marktanteilsschwellen.....	29
2. Kernbeschränkungen	30
3. Regeln zum Entzug der Gruppenfreistellung	32
II. Verzicht auf Vertikal-GVO?.....	33

A. Einleitung

Seit ihrer Einführung vor fast 20 Jahren haben die Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung (Vertikal-GVO)¹ und die dazugehörigen Leitlinien² zentrale Bedeutung für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung vertikaler Vereinbarungen erlangt. In ihrer bestehenden Form läuft die Vertikal-GVO planmäßig am 31. Mai 2022 aus. Bereits im November 2018 hat die Europäische Kommission daher ein öffentliches Konsultationsverfahren zur Erneuerung der EU-Wettbewerbsregeln im Vertikalbereich eingeleitet.³

Seit dem erstmaligen Inkrafttreten der Vertikal-GVO hat das Internet die Art und Weise, wie Waren und Dienstleistungen vertrieben werden, grundlegend verändert.⁴ Der Online-Handel hat sich als zusätzlicher bedeutender Vertriebskanal etabliert, der eine Reduktion der Transaktionskosten und eine erhöhte Transparenz mit sich bringt und es auch kleineren Einzelhändlern ermöglicht, ihre Reichweite auf dem Markt zu vergrößern. Zugleich hat der mit der Digitalökonomie einhergehende umfassende Wandel des Vertriebs auch neue Anbieter und neue Formen vertraglicher Beschränkungen hervorgebracht. Bei Betrachtung aller Produktgruppen wird zwar nach wie vor ein Großteil der Umsätze im stationären Einzelhandel erwirtschaftet. Der Onlinehandel weist jedoch eine stärkere Wachstumsrate auf, wobei die Verbreitung des Onlinehandels und die Wachstumsraten in verschiedenen Produktgruppen unterschiedlich hoch ausfallen.⁵ Im Jahr 2018 wurden nach Angaben des HDE im B2C-E-Commerce-Markt in Deutschland mindestens EUR 53,3 Mrd. netto – und damit mindestens EUR 4,4 Mrd. mehr als im Vorjahr – umgesetzt.⁶ Hiervon entfielen mehr als EUR 20 Mrd. allein auf den führenden Marktplatz Amazon.⁷

Zwar sind die grundlegenden Erkenntnisse zu Schadensszenarien sowie möglichen Effizienzvorteilen vertikaler Beschränkungen vielfach auf die Digitalökonomie übertragbar.⁸ Geänderte

¹ Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABIEU 2010 L 102/1.

² Europäische Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen vom 19. Mai 2010, ABIEU 2010 C 130/01 („Vertikal-LL“).

³ Zum Verfahren siehe https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/ares-2018-5068981_de.

⁴ Bereits im Jahr 2013 waren vertikale Beschränkungen in der Internetökonomie dementsprechend Gegenstand der Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht. Die Beiträge der Referenten und das Hintergrundpapier sind abrufbar auf der Website des Bundeskartellamts.

⁵ Vgl. hierzu Bundeskartellamt, Fallbericht vom 09. November 2018, B2-106/18 – *Karstadt/Kaufhof*.

⁶ Quelle: HDE, abrufbar unter [einzelhandel.de/presse/zahlenfaktengrafiken/861-online-handel](https://www.einzelhandel.de/presse/zahlenfaktengrafiken/861-online-handel).

⁷ Bundeskartellamt, Pressemitteilung vom 17. Juli 2019, B2 – 88/18 – *Amazon*.

⁸ Für die ökonomischen und rechtlichen Grundlagen vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen wird auf das aus Anlass des Arbeitskreises Kartellrecht im Jahr 2013 veröffentlichte Hintergrundpapier verwiesen.

wirtschaftliche Rahmenbedingungen, neuartige Geschäftsmodelle und neue vertragliche Gestaltungen werfen jedoch eine Vielzahl von Anwendungsfragen auf. Dementsprechend hat sich die Fallpraxis der europäischen Wettbewerbsbehörden und Gerichte in den letzten Jahren erheblich weiterentwickelt. Zusätzliche Erkenntnisse hat auch die von der Europäischen Kommission durchgeführte Sektoruntersuchung zum elektronischen Handel („Sektoruntersuchung e-commerce“) gebracht.⁹ Vor diesem Hintergrund gibt die Überarbeitung der Vertikal-GVO Anlass, sich vertieft mit der Frage zu befassen, inwieweit der Rechtsrahmen einer Anpassung an die Digitalökonomie bedarf. Betrachtet werden sollen dabei drei größere Themenfelder:

Geänderte Aufgabenverteilung und neue Akteure im Online-Vertrieb

Eine Anpassung des Rechtsrahmens kann zunächst aufgrund einer geänderten Aufgabenverteilung und aufgrund neuer Akteure im Online-Vertrieb gefordert sein (Abschnitt B.). Die erleichterten Möglichkeiten eines Internetangebots aber auch das Streben nach mehr Einfluss auf den Vertrieb führen dazu, dass Hersteller heute häufiger selbst unmittelbar im Verkauf an Endkunden tätig werden und dabei mit ihren Händlern in Wettbewerb treten. Dies wirft vermehrt Fragen nach der – vertikalen oder horizontalen – Natur der Zusammenarbeit auf. Darüber hinaus hat das Erstarken des Online-Handels neue Akteure mit teils erheblicher Marktmacht entstehen lassen: Digitale Plattformen agieren als Vermittler („Intermediäre“), die Kunden auf der Suche nach Waren – aber auch nach Dienstleistungen – mit einem passenden Anbieter zusammenbringen. Wenn solche Intermediäre auf dem Markt erfolgreich sind, sorgen Netzwerkeffekte häufig dafür, dass sie eine bedeutende Größe erlangen und als „Gatekeeper“ unverzichtbar werden können. Die Einordnung dieser Vermittler wirft zahlreiche Fragen auf. Zentral ist dabei die Abgrenzung zwischen Intermediären, die (nur) Anbieter einer Vermittlungsleistung sind, und solchen, die als Abnehmer und eigene Vertriebsstufe angesehen werden können. Weitere Probleme stellen sich bei Hybridplattformen, die Dritten Transaktionen mit Endkunden ermöglichen und daneben zugleich selbst als Einzelhändler fungieren.

Beurteilung typischer und neuartiger Wettbewerbsbeschränkungen im Online-Vertrieb

Fragen nach einer Weiterentwicklung der Vertikal-GVO folgen auch aus den spezifischen Wettbewerbsbeschränkungen, die in den letzten Jahren im Online-Vertrieb zu beobachten waren (Abschnitt C.). Dies gilt auf der einen Seite für Restriktionen, die von Herstellern bzw. Lieferanten ausgehen und die wettbewerblichen Spielräume der Händler einschränken. Hier-

⁹ Alle Unterlagen zur Sektoruntersuchung e-commerce sind abrufbar unter https://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiries_e_commerce.html.

bei handelt es sich teilweise um „altbekannte“ Praktiken wie vertikale Preisbindung und selektive Vertriebssysteme, die angesichts der Umbrüche im Vertrieb eine neue Relevanz erhalten. Daneben treten internetspezifische Restriktionen wie Marktplatz-Verbote, „brand-bidding restrictions“ und Doppelpreissysteme. Diese haben zwar zu behördlichen Verfahren und gerichtlichen Entscheidungen, nicht jedoch zu einer abschließenden rechtlichen Beurteilung geführt. Gleiches gilt für die auf der anderen Seite in den Blick zu nehmenden Beschränkungen, die von Intermediären wie Marktplätzen oder Buchungsportalen ausgehen. Prominentes Beispiel sind die sogenannten MFN- oder Preisparitätsklauseln, mit denen Plattformen die Preissetzungsfreiheit der auf ihnen vertretenen Anbieter beschränken.

Ausgleich zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit in dynamischen Märkten

Schließlich haben die teilweise neuartigen Fragestellungen der Digitalökonomie und die verstärkte Fallpraxis der letzten Jahre gewisse Schwächen in der „Mechanik“ des aktuellen Regelungsrahmens aufgezeigt (Abschnitt D.). Dies betrifft etwa die zentrale Bedeutung, welche die Vertikal-GVO der formalen Marktanteilsschwelle zumisst. Es stellt sich auch die Frage, ob die sogenannten Kernbeschränkungen, bei denen eine Wettbewerbsschädlichkeit unabhängig von der Marktstellung der beteiligten Unternehmen vermutet wird, einerseits hinreichend offen sind, um neue Sachverhalte zu erfassen, und den Unternehmen andererseits ausreichend Rechtssicherheit gewähren. Problematisch ist dabei auch, inwiefern sie es ermöglichen, unterschiedlichen Bedingungen in verschiedenen Mitgliedstaaten gerecht zu werden. Übergreifend ist zu diskutieren, ob im aktuellen System ein angemessener Ausgleich zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit erzielt wird oder aber eine übermäßige Starrheit des Regelungsrahmens dazu führt, dass dieser sachwidrige Antworten auf neue Fragen gibt und zu „Alles oder Nichts“-Entscheidungen führt. Denn die bestehenden „Ventile“ für eine Einzelfallbetrachtung, insbesondere das Instrument des Entzugs der Vorteile der Freistellung, haben sich in der Praxis als wenig funktionsfähig erwiesen. Es stellt sich die Frage, wie diese angepasst werden können, um mehr Flexibilität zu ermöglichen. Alternativ könnte auch darüber nachgedacht werden, ob nicht mehr als 15 Jahre nach dem Übergang zum System der Legalausnahme und dem Prinzip der Selbsteinschätzung auf das formale Instrument einer Freistellungsverordnung verzichtet und als Orientierungshilfe für die Praxis allein auf das flexiblere und konkretere Instrument der Leitlinien zurückgegriffen werden kann.

B. Geänderte Aufgabenverteilung und neue Akteure im Online-Vertrieb

Der erstarkende Online-Handel hat die Vertriebslandschaft nachhaltig verändert. Neben den klassischen Mitgliedern der Vertriebskette sind neue Akteure entstanden. Plattformen bieten ihre Dienste an, um zwischen verschiedenen Nutzergruppen ein Geschäft zu vermitteln. Mit Blick auf diese Intermediäre ist allerdings nicht eindeutig, welche Rolle sie innerhalb (oder außerhalb) der von der Vertikal-GVO gedanklich zugrunde gelegten traditionellen Vertriebskette einnehmen. Häufig sind die Intermediäre keine klassischen Wiederverkäufer, sondern vermitteln lediglich die Transaktionen zwischen Anbietern und Abnehmern einer Ware oder Dienstleistung. Es stellt sich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen sie nur als Anbieter von Vermittlungsdienstleistungen oder auch als Abnehmer von Waren/Dienstleistungen qualifiziert werden können (unter I.1). Auch im Übrigen hat sich die Rollenverteilung in der Vertriebskette durch das Erstarken des Onlinehandels verändert. Die Hersteller engagieren sich zunehmend im Direktvertrieb und werden – neben den Händlern – auf Einzelhandelsebene aktiv. Die im Rahmen der Liefervereinbarung getroffenen Absprachen mit den Händlern strahlen damit auch auf das Wettbewerbsverhältnis auf Einzelhandelsebene aus. Es stellt sich die Frage, wie künftig mit den zunehmenden horizontalen Aspekten vertikaler Vereinbarungen umgegangen werden soll (unter I.2.). Schließlich ist auch das bekannte Instrument des Handelsvertreters in neuen Ausprägungen anzutreffen. Klärungsbedürftig ist insoweit, unter welchen Voraussetzungen Plattformen als „echte“ Handelsvertreter ihres Auftraggebers zu qualifizieren sein können, so dass ihnen auferlegte Verpflichtungen bereits nicht unter Art. 101 Abs. 1 AEUV fallen (unter II.).

I. Anwendungsbereich der Vertikal-GVO – Begriff der vertikalen Vereinbarung

Die Vertikal-GVO findet nur auf vertikale Vereinbarungen Anwendung, bei denen die beteiligten Unternehmen auf unterschiedlichen Ebenen der Produktions- oder Vertriebskette tätig sind. Die Urheber der Vertikal-GVO hatten dabei klassische zwei- oder dreistufige Vertriebssysteme, bestehend aus dem Anbieter (typischerweise Hersteller oder Großhändler) einer Ware oder Dienstleistung und verschiedenen Abnehmern¹⁰ (typischerweise Großhändler oder Einzelhändler), vor Augen. In dieser Struktur lassen sich die in der Vertikal-GVO vorgesehenen Rollen „Anbieter“ und „Abnehmer“ in der Regel deutlich zuordnen. Eine weitere Rolle „Intermediär“ ist in der Vertikal-GVO nicht ausdrücklich vorgesehen. Für Plattformen ergeben sich für die Zuordnung zu den traditionellen Kategorien einige Schwierigkeiten.

¹⁰ Hierzu zählen gemäß Art.1 Abs. 1 lit. h) Vertikal-GVO auch Unternehmen, die Waren/Dienstleistungen für Rechnung eines anderen Unternehmens verkaufen.

1. Intermediäre als Teil der Vertriebskette

Die Frage, auf welcher Stufe der Vertriebskette sich die an einer Vereinbarung beteiligten Unternehmen befinden, ist für die Beurteilung nach der Vertikal-GVO von einiger Bedeutung. Die Einordnung als Anbieter oder Abnehmer – und damit die Perspektive auf die Rolle und die Vereinbarung – ist nicht nur maßgeblich für die Marktabgrenzung und die Ermittlung der Marktanteile, sie kann auch darüber entscheiden, ob eine Wettbewerbsbeschränkung durch die Vertikal-GVO freigestellt ist oder nicht.¹¹

Plattformen – Anbieter von Vermittlungsdienstleistungen oder Verkäufer „für Rechnung“?

Viele Plattformen ermöglichen den Kauf der Produkte direkt über die Website der Plattform¹² und übernehmen auch zusätzliche Funktionen, wie beispielsweise die Zahlungs- und Lieferungsabwicklung. Beispiele hierfür sind die Ticketing-Plattform CTS-Eventim oder auch Hotelbuchungsportale wie booking und HRS. In solchen Fällen kann es mitunter schwierig sein, abzugrenzen, ob es sich bei den Plattformen nur um Anbieter von Vermittlungsdienstleistungen oder auch um Weiterverkäufer der Produkte (d.h. Abnehmer iSd. Vertikal-GVO) handelt.

Im Verfahren betreffend HRS hat das OLG Düsseldorf mit Blick auf die Preisparitätsklauseln, die das Portal den über sie anbietenden Hotelbetreibern auferlegt hat, auf den Vermittlungsmarkt abgestellt. Das Gericht stellte dabei in Frage, ob die Vertikal-GVO auf den Sachverhalt überhaupt Anwendung findet. Zwar erbringe das Hotelportal Vermittlungsdienstleistungen gegenüber den Hotels, sodass beide auf unterschiedlichen Ebenen der Vertriebskette tätig seien. Allerdings regelten die in Frage stehenden Preisparitätsklauseln weder die Bedingungen für den Bezug der Vermittlungsdienstleistungen noch für den Weiterverkauf dieser Dienstleistung durch die Hotelunternehmen.¹³ In einer späteren Entscheidung hat das OLG Düsseldorf die Anwendbarkeit der Vertikal-GVO jedoch bejaht und das Hotelportal nicht als Anbieter einer Vermittlungsleistung, sondern als unechten Handelsvertreter der Hotels beim Vertrieb ihrer Hotelzimmer angesehen.¹⁴

¹¹ Zum Beispiel handelt es sich nur um eine Kernbeschränkung, wenn der Anbieter den Abnehmer bei der Festsetzung seines Verkaufspreises einschränkt (Art. 4 lit. a) Vertikal-GVO). Der umgekehrte Fall ist nicht geregelt.

¹² Teilweise treten Sie „im Namen und im Auftrag“ der Anbieter auf.

¹³ So zum Beispiel im Falle von Hotelbuchungsportalen, vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9. Januar 2015, VI Kart 1/14 (V), juris Tz. 123 ff. – *HRS-Bestpreisklausel*

¹⁴ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 4. Dezember 2017, VI-U (Kart) 5/17, juris Tz.30 ff. – *Expedia*.

Im Fall CTS/Eventim hatte das angebotene Leistungsbündel des Ticketsystems von CTS neben der technischen Systemanbindung als Transaktionsplattform eine bedeutende Vertriebsfunktion. Diese kam insbesondere durch die vereinbarte Stellung von CTS als Kommissionärin oder Handelsvertreterin im Sinne des HGB bei der Vermittlung der aus dem Ticketsystem stammenden Eintrittskarten zum Ausdruck. Zwar stellte das Bundeskartellamt für die Zwecke der Marktmachtermittlung allein auf den Vermittlungsmarkt ab. Gleichwohl schloss es nicht aus, dass das Ticketsystem von CTS Eventim für die Zwecke der Vertikal-GVO und für mit dem Prinzipal vereinbarte Wettbewerbsbeschränkungen zulasten der nachgelagerten Vertriebsstufe als Abnehmer im Sinne der Vertikal-GVO zu behandeln sein könnte.¹⁵

Diese Fälle zeigen die Schwierigkeit und die Bedeutung der Abgrenzung zwischen Anbieterplattformen und Abnehmerplattformen. Zentrale Bedeutung dürfte insoweit dem Grad der unmittelbaren Mitwirkung an (dem Abschluss) der Transaktion und der Übernahme der (rechtlichen oder tatsächlichen) Verantwortung für die Transaktion zukommen. Die eigene Einordnung in den Geschäftsbedingungen oder Vereinbarungen kann Indizwirkung haben, letztlich kommt es aber auf die Funktion der Plattform im konkreten Kontext an.¹⁶ Ferner hat sich in der Praxis gezeigt, dass weitere Kriterien ebenfalls relevant sein können, sich isoliert betrachtet aber nur bedingt zur trennscharfen Abgrenzung eignen. Soweit die Plattform zwingend in die Transaktion eingebunden ist, z. B. die Zahlungsabwicklung oder die Logistik übernimmt, könnte dies darauf hinweisen, dass die Plattform als Weiterverkäufer tätig ist. Soweit Plattformen freiwillige Leistungen, z. B. after-sales Services anbieten, ist die Beurteilung ambivalent. Einerseits drücken sie hierdurch ein erhöhtes Interesse an den einzelnen Transaktionen aus. Andererseits können diese Services auch allein dazu dienen, die Beliebtheit der Plattform zu steigern.

2. Umgang mit horizontalen Wettbewerbsverhältnissen

Die Internetökonomie hat nicht nur dazu geführt, dass mit den Intermediären neue Akteure hinzugekommen sind. Die erleichterte Möglichkeit, Endkunden zu erreichen, hat auch die Rollenverteilung und die Wettbewerbsverhältnisse untereinander verändert. Früher waren auf Einzelhandelsebene im Wesentlichen nur Händler tätig, sodass diese nicht im Wettbewerb zu den Herstellern standen. Dies spiegelt sich auch im Leitbild der Vertikal-GVO wieder, wonach

¹⁵ Bundeskartellamt, Beschluss vom 4. Dezember 2017, B 6-132/14-2, Tz. 107 – *CTS Eventim Exklusivität*.

¹⁶ Zur Unterscheidung verschiedener Plattfortmtypen siehe auch Bundeskartellamt, Arbeitspapier des Think Tanks Internet zur Marktmacht von Plattformen und Netzwerken vom 09. Juni 2016 („Think Tank Papier“), B6-113/15, abrufbar auf der Website des Bundeskartellamts.

der direkte Vertrieb der Hersteller an Endkunden eher die Ausnahme war. Inzwischen betreiben jedoch viele Hersteller eigene Online-Shops und zum Teil auch stationäre Geschäfte (sog. Direktvertrieb). Daneben sind auf Einzelhandelsebene auch einige Plattformen (bspw. Amazon) tätig, die die Transaktionen nicht nur für die Händler vermitteln, sondern daneben selbst als Einzelhändler Waren anbieten (sog. Hybridplattformen).

Beiden Konstellationen ist gemein, dass neben dem Vertikalverhältnis (Hersteller-Händler bzw. Plattform-Händler) zwischen den an der Vereinbarung Beteiligten auch ein Wettbewerbsverhältnis auf Einzelhandelsebene besteht.

a) Hersteller als Wettbewerber der Händler

Auf Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern findet die Vertikal-GVO grundsätzlich keine Anwendung (Art. 2 Abs. 4 Satz 1 Vertikal-GVO). Vielmehr sind diese nach den Leitlinien über horizontale Vereinbarungen¹⁷ zu beurteilen, wobei für die „vertikalen Elemente“ einer solchen Vereinbarung aber die Vertikal-LL herangezogen werden können.¹⁸ Eine pauschale (Rück-)Ausnahme sieht Art. 2 Abs. 4 Satz 2 Vertikal-GVO für den sog. Dualvertrieb vor, d.h. für Konstellationen, in denen zwar der Anbieter zugleich Hersteller und Händler der Waren oder Dienstleistungen, der Händler aber nur auf Handelsebene tätig ist. Zum Zeitpunkt der Entstehung dieser Regelung war der Dualvertrieb weit weniger verbreitet, sodass der Vertrieb über Händler für die Hersteller wesentlich bedeutender war.¹⁹ Vor diesem Hintergrund ging die Europäische Kommission davon aus, dass die potentiellen Auswirkungen der Vertikalvereinbarung in der Regel die etwaigen Auswirkungen zwischen den Vertragsparteien überwiegen würden.²⁰

Viele Liefervereinbarungen enthalten Regelungen, die im Horizontalverhältnis kartellrechtlich zumindest bedenklich wären. So sind die für die Durchführung einer Vertikalvereinbarung ausgetauschten Informationen in der Regel umfangreicher als jene, die zwischen Wettbewerbern ausgetauscht werden dürfen. Dies betrifft beispielweise produktgenaue Rückmeldungen über Abverkaufsmengen. Auch im Hinblick auf den Austausch über unverbindliche Preisempfehlungen oder die Abstimmung über den Zeitraum und Dauer von Angebotskampagnen stellt sich

¹⁷ Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit („Horizontal-LL“), ABIEU 2011 C 11/01.

¹⁸ Europäische Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, 2010 C 130/01 („Vertikal-LL“), Tz. 27.

¹⁹ Zur Entwicklung siehe Europäische Kommission, commission staff working document vom 10. Mai 2017 („Staff Working Paper“), Tz. 178 ff.

²⁰ Vgl. Europäische Kommission, Vertikal-LL, Tz. 28.

die Frage, inwieweit die im reinen Vertikalverhältnis grundsätzlich zulässigen Verhaltensweisen aufgrund des horizontalen Wettbewerbsverhältnisses den Charakter von Kartellen erreichen können.

Sollen Vereinbarungen zwischen direktvertreibenden Herstellern und ihren Händlern pauschal von der Vertikal-GVO profitieren?

Es sprechen gute Gründe dafür, dass die dem Art. 2 Abs. 4 Vertikal-GVO zugrundeliegende Annahme, wonach die Beschränkung des Wettbewerbs zwischen direktvertreibenden Herstellern und Händlern in aller Regel nur geringe Auswirkungen hat, nicht mehr uneingeschränkt gilt. Der Direktvertrieb erlangt zunehmend Bedeutung für die Hersteller und steigert damit auch die Anreize für horizontale Koordination. Die pauschale Regelung des Art. 2 Abs. 4 Vertikal-GVO gilt hingegen unabhängig vom tatsächlichen Umfang des Direktvertriebs des Herstellers. Vor diesem Hintergrund scheint es angezeigt, neue Abgrenzungsregeln für den Umgang mit dem Dualvertrieb zu finden.

b) Hybridplattformen als Wettbewerber der Händler – Ein Fall des dualen Vertriebs?

Ein wesentlicher Teil des Angebots von (Marktplatz-)Plattformen besteht darin, die direkte Interaktion bzw. Transaktion zwischen verschiedenen Nutzergruppen (z.B. Händlern und Endkunden) zu ermöglichen – sie bieten Vermittlungsdienstleistungen an. In dieser Hinsicht kann man durchaus von einem Vertikalverhältnis zwischen den Plattformen und ihren jeweiligen Nutzergruppen sprechen. Soweit Plattformen neben ihren Vermittlungsdiensten aber auch selbst als Einzelhändler auftreten, stehen sie in einem Wettbewerbsverhältnis zu den Händlern, die ihre Waren über die Plattform verkaufen.

Erfasst Art. 2 Abs. 4 Satz 2 Vertikal-GVO auch Hybridplattformen?

Auf den ersten Blick erscheint auch in dieser Konstellation die Rückausnahme des Dualvertriebs gem. Art. 2 Abs. 4 Satz 2 Vertikal-GVO anwendbar. Denn in der Regel besteht nur auf Einzelhandelsebene ein Wettbewerbsverhältnis, weil nur die Plattformen auf „vorgelagerter Ebene“ Vermittlungsdienstleistungen anbieten. Dies hätte zur Folge, dass auch Vereinbarungen zwischen Hybridplattformen und den ihnen angeschlossenen Händlern von der Freistellung der Vertikal-GVO profitieren könnten.

Die Konstellation unterscheidet sich jedoch in einem wesentlichen Punkt, namentlich der Identität des gehandelten Produktes/der Dienstleistung, vom klassischen Dualvertrieb. Im Dualvertrieb nutzt der Hersteller zwei verschiedene Vertriebskanäle für den Absatz desselben

Produkts – er verkauft es direkt an die Endabnehmer oder er schaltet einen Händler ein. Hybridplattformen betreiben jedoch zwei parallele Geschäftsmodelle: Einerseits vermitteln sie für den Händler den Verkauf – diese Vermittlungsdienstleistung gibt der Händler jedoch nicht an die Endkunden weiter. Andererseits verkaufen sie in Konkurrenz zu den angeschlossenen Händlern selbst Produkte – diese haben sie aber nicht auf vorgelagerter Stufe hergestellt. Es kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass Art. 2 Abs. 4 Vertikal-GVO auch diese Konstellation privilegiert. Die Fallpraxis hat gezeigt, dass diesen Vereinbarungen ganz erhebliche horizontale Wettbewerbsbeschränkungen innewohnen können.

Ein Praxisbeispiel bietet das 2013 vom Bundeskartellamt geführte Verfahren gegen Amazon: Die Plattform untersagte den auf dem Marketplace tätigen Händlern, die Produkte, die sie auf Amazon Marketplace anbieten, an anderer Stelle im Internet (d.h. auf anderen Internet-Marktplätzen und eigenen Online-Shops) günstiger anzubieten. Das Bundeskartellamt sah hierin auch eine Preisvereinbarung zwischen Wettbewerbern und damit eine Kernbeschränkung. Dem Zugang zum Marketplace lägen keine rein vertikalen Vereinbarungen zugrunde, da Amazon und die Dritthändler direkte Wettbewerber auf den betroffenen Handelsmärkten seien. Es handele sich daher auch um eine horizontale Handelskooperation. Das Verfahren wurde eingestellt, nachdem Amazon die Preisparitätsklausel europaweit beseitigt hatte.²¹

II. Handelsvertreterprivileg

Neben dem „klassischen“ zweistufigen Vertrieb und dem Direktvertrieb greifen viele Hersteller auch auf den Einsatz von Handelsvertretern zurück. Hierbei werden Dritte beauftragt, die Waren und/oder Dienstleistungen im Namen und im Auftrag des Anbieters zu vertreiben. Die Einschaltung eines Handelsvertreters kann Herstellern die Erschließung neuer Vertriebsgebiete oder eine gezielte Vermarktung neuer Produkte ermöglichen, ohne eine (oft ressourcenintensive) unternehmenseigene Vertriebsstruktur aufbauen zu müssen.

Im Regelungsgefüge der Vertikal-GVO gelten Handelsvertreter nach der Legaldefinition des Art. 1 Abs. 1 lit. h) als Abnehmer. Grundsätzlich ist das Kartellrecht auch auf Vereinbarungen zwischen Handelsvertretern und ihren Prinzipalen anwendbar. Wenn jedoch der Handelsvertreter keine oder nur unwesentliche vertragsspezifische und auch sonst keine Risiken trägt,

²¹ Bundeskartellamt, Fallbericht vom 9. Dezember 2013, B6-42/12 – Amazon.

die mit marktspezifischen Investitionen oder mit den ihm vom Prinzipal übertragenen Tätigkeiten verbunden sind,²² ist das Kartellverbot nicht anwendbar (sog. „Handelsvertreterprivileg“).²³ Die Privilegierung beruht auf dem Gedanken, dass der Prinzipal zur Risikotragung auf nachgelagerter Vertriebsstufe in der Regel nur bereit sein dürfte, wenn er die Geschäftsstrategie und die hiermit verbundenen Vertriebsmodalitäten wie Preis, Vertriebsgebiet etc. vorgeben kann. Die Handelsvertreter werden folglich als „verlängerter Arm“ des Prinzipals angesehen. Die in diesem Rahmen vereinbarten Beschränkungen der unternehmerischen Freiheit der Handelsvertreter sind der Konstellation immanent und können hingenommen werden.

Können Intermediäre vom Handelsvertreterprivileg profitieren?

In der heutigen Praxis stellt sich vor allen Dingen die Frage, ob bzw. unter welchen Bedingungen auch die Beziehung zu den „neuen Intermediären“ wie Buchungsportalen, Marktplätzen oder sonstigen Vermittlungsplattformen vom Handelsvertreterprivileg profitieren kann.

Zwar könnten solche Intermediäre auf den ersten Blick als „echte“ Handelsvertreter angesehen werden, ist doch ein traditionell sehr wichtiges Kriterium, dass der Handelsvertreter kein Eigentum an den Produkten erwirbt bzw. die Dienstleistungen nicht selber erbringt sowie selbst keine vertragsbezogenen Investitionen trägt.²⁴ Dies trifft in der Regel auch auf Intermediäre zu. Deren Geschäftsmodelle weichen jedoch von dem traditionellerweise mit Handelsvertretern in Verbindung gebrachten Typus (kleiner Händler für großen Hersteller) ab: Sie verfügen über eine erhebliche Verhandlungsmacht, da sie häufig wesentlich größer sind als die Anbieter, die ihre Vermittlungsdienstleistungen in Anspruch nehmen. Üblicherweise richten sich daher auch – anders als beim abhängigen Handelsvertreter – etwaige Verhaltensbeschränkungen vom Intermediär gegen den Hersteller.²⁵ Ferner dienen die Intermediäre in der Regel einer Vielzahl von Anbietern, sodass sie kein integraler Bestandteil der Vertriebsaktivitäten des Anbieters sein dürften.²⁶ Sie tragen erhebliche marktspezifische Risiken (Investitionen in die Software, die Plattform, insbesondere in das eigene Marketing und after sales), ohne dass diese Kosten unmittelbar von den Anbietern übernommen werden. Auch haben die Anbieter keinerlei Entscheidungsbefugnis über die strategische geschäftliche Ausrichtung des

²² Man spricht in diesem Zusammenhang von „echten“ Handelsvertretern. Die wesentlichen Kriterien ergeben sich aus den Tz. 12-18 der Vertikal-LL.

²³ Dies gilt aber nur für Beschränkungen, die den Markt für die Produkte des Geschäftsherrn betreffen, vgl. Europäische Kommission, Vertikal-LL Tz. 13 ff; EuGH, Urteil vom 14. Dezember 2006, C-217/05, Tz. 43 – *CEEES*; EuGH, Urteil vom 24. Oktober 1995, C-266/93, Tz. 19 – *Bundeskartellamt/Volkswagen*.

²⁴ Europäische Kommission, Vertikal-LL Tz. 16.

²⁵ Zu Beschränkungen, die von Intermediären ausgehen siehe unter C. II.

²⁶ Aus diesem Grund ordnete das OLG Düsseldorf Hotelportale wie Expedia als unechte Handelsvertreter ein, vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 4. Dezember 2017, VI-U (Kart) 5/17, juris Tz. 31 – *Expedia*.

Intermediärs. Schließlich handelt es sich bei einigen Intermediären um vertikal integrierte Konzerne, die neben dem Marktplatzangebot selbst Waren vertreiben (bspw. Amazon Marketplace, CTS Eventim).

C. Wettbewerbsbeschränkungen im Online-Vertrieb

Die Entwicklung des e-commerce hat u.a. eine erhöhte (Preis-)Transparenz für verschiedene Produkte und Einzelhändler zur Folge,²⁷ was grundsätzlich den Wettbewerbsdruck sowohl auf die Hersteller- als auch auf Händlerseite erhöht. Die Fallpraxis hat gezeigt, dass einige Akteure hierauf mit neuen (und alten) Formen restriktiver Praktiken reagieren, um ihre jeweiligen Margen zu sichern.²⁸ Mit Blick auf verschiedene verbreitete Beschränkungen durch Hersteller/Lieferanten hat es in den letzten Jahren eine ganze Reihe teils höchstrichterlicher Entscheidungen gegeben; dennoch sind viele Fragen offen (unter I.). Auf der anderen Seite sind zunehmend auch Beschränkungen, die Plattformen ihren Nutzern auferlegen, in den Fokus der behördlichen Praxis und wissenschaftlichen Auseinandersetzung geraten (unter II.).

I. Rechtssicherheit hinsichtlich verbreiteter Beschränkungen durch Hersteller

Für eine Reihe verbreiteter Beschränkungen, die von Herstellern bzw. Lieferanten ausgehen, wird diskutiert, ob sie zumeist wettbewerbsschädlich sind und (weiterhin) als Kernbeschränkungen – und damit nicht nach der Vertikal-GVO freigestellt – angesehen werden sollten. Das betrifft insbesondere die vertikale Preisbindung (unter I.1.), bestimmte Internetvertriebsverbote (unter I.2.), das Verbot mit dem Markennamen zu werben („brand-bidding restrictions“, unter I.3.) sowie die unterschiedliche Behandlung von Onlineverkäufen und Verkäufen im stationären Ladengeschäft („dual pricing“, unter I.4.).

1. Vertikale Preisbindung

Die Europäische Kommission hat im Rahmen ihrer Sektoruntersuchung e-commerce festgestellt, dass die vertikale Preisbindung zu den am weitesten verbreiteten Wettbewerbsbeschränkungen im Online-Handel gehört.²⁹

Die vertikale Preisbindung bildet seit jeher einen der Schwerpunkte der Fallpraxis des Bundeskartellamts. Seit 2010 hat das Bundeskartellamt mehr als zehn entsprechende Verfahren abgeschlossen und Bußgelder verhängt.³⁰

²⁷ Europäische Kommission, Abschlussbericht über die Sektoruntersuchung zum elektronischen Handel vom 10. Mai 2017 („Abschlussbericht SU e-commerce“), Tz. 11.

²⁸ Europäische Kommission, Abschlussbericht SU e-commerce Tz. 15.

²⁹ Europäische Kommission, Abschlussbericht SU e-commerce, Tz. 28 ff.

³⁰ Betroffen waren u.a. folgende Branchen: Fahrradgroßhandel, Herstellung und Vertrieb von Kleidung, Möbel, Spielzeug, Bier, Süßwaren, Matratzen, Kosmetik und Navigationsgeräte, vgl. Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2017/18, S. 59, 76; Tätigkeitsbericht 2015/16, S. 58, 61 f., 108 sowie Tätigkeitsbericht 2013/14, S. 59, 61.

In einigen dieser Fälle richteten sich die wettbewerbsbeschränkenden Maßnahmen gerade (auch) gegen preisaggressive Online-Händler und schränkten damit die Entstehung neuer, innovativer Vertriebsmodelle ein.

Die Europäische Kommission ist im Nachgang zur Sektoruntersuchung e-commerce ebenfalls wieder gegen vertikale Preisbindung tätig geworden.³¹ Im Juli 2018 bebußte sie die Elektronikhersteller Pioneer, Asus, Philips und Denon & Marantz.³² Die Unternehmen hatten die Verkaufspreise der Händler mittels Preisüberwachungs-Software überwacht und bei Unterschreiten der herstellerseitigen Preisempfehlung Druck auf die Händler ausgeübt. In dem Verfahren stellte die Kommission fest, dass die den Wettbewerb zwischen Händlern beschränkende Wirkung der Preisbindung sich durch den flächendeckenden Einsatz von Pricing Software verstärkte.

Vertikale Preisbindung als Kernbeschränkung beibehalten?

Die wettbewerbsökonomische und kartellrechtliche Beurteilung der vertikalen Preisbindung ist seit jeher umstritten. Derzeit gilt die Preisbindung der zweiten Hand gemäß Art. 4 lit. a) Vertikal-GVO als Kernbeschränkung, die nicht von der Freistellung der Vertikal-GVO profitiert. Eine Einzelfreistellung im Rahmen des Art. 101 Abs. 3 AEUV bleibt bei entsprechenden Effizienzvorteilen jedoch grundsätzlich möglich.

Die Praxis der letzten Jahre bietet einige Belege für die Wettbewerbsschädlichkeit vertikaler Preisbindung, etwa als Mittel zur Absicherung eines horizontalen Herstellerkartells,³³ zur Durchsetzung höherer Herstellerabgabepreise und zur indirekten Koordinierung auf Händlerebene³⁴ sowie zur Begrenzung neuer (Online-) Vertriebswege.³⁵ Im Internet kann ein flächendeckender Einsatz von Preissetzungsalgorithmen dafür sorgen, dass vertikale Preisbindung sich stärker auswirkt. Der Einsatz von Preisanpassungssoftware ist sowohl auf Hersteller- als auch auf Händlerseite weit verbreitet. Nach den Feststellungen der SU e-commerce beobachtet etwa die Hälfte der befragten Einzelhändler systematisch die Online-Preise der Wettbewerber. Mehr als die Hälfte dieser Einzelhändler und auch Hersteller nutzen hierfür neben

³¹ Zuletzt hatte die Europäische Kommission im Jahre 2003 den Hersteller Yamaha bebußt, vgl. Europäische Kommission, Entscheidung vom 16. Juli 2003, COMP/37.975 – *PO/Yamaha*.

³² Europäische Kommission, Entscheidungen vom 24. Juli 2018, AT.40182 – *Pioneer*, AT.40465 – *Asus*, AT.40181 – *Philips* und AT.40469 – *Denon & Marantz*.

³³ So beispielsweise im Verfahren Röstkaffee, vgl. Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2015/16, S. 58.

³⁴ Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2015/16, S. 58.

³⁵ Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2013/14, S. 61 f. und Tätigkeitsbericht 2015/16, S. 62.

leicht zugängliche Online-Such- und Preisvergleichstools auch spezielle Preisüberwachungssoftware (sog. „Spiders“). Diese Software durchkämmt das Internet und sammelt – teilweise in Echtzeit – große Mengen preisbezogener Informationen. Fast 80 % der Nutzer solcher Preisüberwachungssoftware passen ihre Preise an die der Wettbewerber an.³⁶ Bindet ein Hersteller den Verkaufspreis eines preisaggressiven Händlers auf einem künstlich erhöhten Niveau, passen die Preisalgorithmen die Preise anderer Händler für Produkte desselben Herstellers, aber in der Folge auch anderer Hersteller, graduell hieran an.

Ergänzung der Guidance?

Angesichts der weiterhin vorgetragenen Unsicherheiten über die Reichweite des Preisbindungsverbots und mögliche Fälle einer Einzelfreistellung könnte es sinnvoll sein, die europäischen Leitlinien in diesem Bereich zu ergänzen.³⁷ Dabei könnten auch zusätzliche konkrete Fallgruppen gebildet werden, in denen eine Einzelfreistellung als wahrscheinlich erscheint. Entsprechende Forderungen werden etwa für Fallkonstellationen erhoben, in denen Verbundgruppen kleinerer Einzelhändler beim Betrieb einer einheitlichen Plattform unter gleicher Marke eine einheitliche Preisstrategie verfolgen, um gegenüber großen Plattformen überhaupt konkurrenzfähig zu sein.

2. Wettbewerbsbeschränkungen im Rahmen des selektiven Vertriebs

Im Rahmen eines selektiven Vertriebssystems legen Hersteller Kriterien fest, die die Einzelhändler erfüllen müssen, um Teil des Vertriebsnetzes zu werden und untersagen gleichzeitig alle Verkäufe an nicht autorisierte Einzelhändler. Diese Vertriebsgestaltung erfreut sich wachsender Beliebtheit – insbesondere ließ sich in den letzten 10 Jahren beobachten, dass nicht nur Hersteller von Luxusprodukten oder komplexen technischen Produkten ihren Vertrieb vermehrt umstellen.³⁸ Vor diesem Hintergrund war diese Vertriebsform vielfach Gegenstand wettbewerbsrechtlicher Diskussionen. Dabei wird teilweise die grundsätzliche Frage aufgeworfen, ob die relativ weitgehende Freistellung selektiver Vertriebssysteme im geltenden Recht noch angemessen ist (unter I.2.a)). Zumeist macht sich die Diskussion jedoch an konkreten Beschränkungen, insbesondere ausdrücklichen oder faktischen Internetvertriebsverboten (unter I.2.b) und Verboten bezüglich der Nutzung bestimmter Intermediäre wie Marktplätzen oder Preisvergleichsseiten (unter I.2.c) fest.

³⁶ Europäische Kommission, Staff Working Paper Tz. 602 ff.

³⁷ Vgl. etwa die Konkretisierungen in: Bundeskartellamt, Hinweise zum Preisbindungsverbot im Bereich des stationären Lebensmitteleinzelhandels, Juli 2017, abrufbar auf der Website des Bundeskartellamts.

³⁸ Europäische Kommission, Abschlussbericht SU e-commerce Tz. 15 lit. ii).

a) Kartellrechtliche Bewertung selektiver Vertriebssysteme

Die Beliebtheit des Selektivvertriebs dürfte sich daraus erklären, dass er den Unternehmen viele kartellrechtskonforme Gestaltungsmöglichkeiten eröffnet, um den Vertrieb zu steuern. Abhängig vom Vorgehen des Herstellers bei der Auswahl der Selektionskriterien kann das selektive Vertriebssystem den Wettbewerb erheblich beschränken, ohne dem Verbot des Art. 101 AEUV zu unterfallen.

Das Kartellrecht erkennt an, dass selektive Vertriebssysteme ein effizientes Vertriebsmittel sein können, das den Wettbewerb fördert.³⁹ Nach der sog. „Metro-Rechtsprechung“ des EuGH⁴⁰ findet das Verbot des Art. 101 AEUV keine Anwendung auf eine Vereinbarung des selektiven Vertriebs, wenn die Eigenschaften des fraglichen Erzeugnisses zur Wahrung seiner Qualität und zur Gewährleistung seines richtigen Gebrauchs ein solches Vertriebsnetz erfordern und die Auswahl der Wiederverkäufer anhand objektiver Gesichtspunkte qualitativer Art erfolgt, die einheitlich festgelegt und ohne Diskriminierung angewendet werden.

Darüber hinaus sind auch selektive Vertriebssysteme, die nicht den Metro-Kriterien genügen – unabhängig von der Art des Produkts und der Art der Auswahlkriterien – nach der Vertikal-GVO vom Kartellverbot freigestellt, solange die Vertragsparteien einen Marktanteil von jeweils 30 % nicht überschreiten und die Vereinbarung keine Kernbeschränkungen enthält.⁴¹

Generelle Freistellung selektiver Vertriebssysteme unter Vertikal-GVO gerechtfertigt?

Die grundsätzliche Überlegung, dass ein infolge des Selektivvertriebs gesteigerter Qualitätswettbewerb die Nachteile einer dadurch eintretenden Dämpfung des Preiswettbewerbs überwiegen kann, wird allgemein geteilt. Allerdings gibt es in der Praxis einige Anzeichen, dass die vermehrte Einführung selektiver Vertriebssysteme auch dazu dienen kann, preisaggressive Händler zu überwachen bzw. zu sanktionieren und das Preisniveau zu kontrollieren, ohne wirklich Qualitätsziele zu verfolgen.⁴² Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob die generelle Freistellung selektiver Vertriebssysteme noch sachgerecht ist oder ob auch die Vertikal-GVO bestimmte Anforderungen an die Erforderlichkeit eines solchen Systems stellen sollte. Insoweit ist auch von Bedeutung, dass die aktuellen Leitlinien für den Fall wettbewerbsbeschränkender selektiver Vertriebssysteme, die von der Beschaffenheit des betreffenden

³⁹ Siehe hierzu auch Europäische Kommission, Vertikal-LL Tz. 175.

⁴⁰ EuGH, Urteil vom 25. Oktober 1977, C-26/76 – *Metro*.

⁴¹ Europäische Kommission, Vertikal-LL Tz. 176.

⁴² So auch Europäische Kommission, Abschlussbericht SU e-commerce Tz. 24 ff.

Produkts nicht erfordert sind oder zu restriktive Auswahlkriterien vorsehen, mit dem Entzug der Vorteile der GVO drohen,⁴³ dies in der Praxis aber keinen realistischen Weg darstellt (siehe unten), so dass auch eindeutig überschießende Systeme freigestellt bleiben.

b) Ausschluss des Internetvertriebs

Nach den Vertikal-Leitlinien ist es Herstellern grds. erlaubt, reine Internethändler von selektiven Vertriebssystemen auszuschließen, indem sie als Selektionskriterium voraussetzen, dass der Händler zumindest einen physischen Verkaufspunkt („brick-and-mortar store“) betreibt.⁴⁴

Aufnahme faktischer Internetvertriebsverbote als Kernbeschränkung in Vertikal-GVO?

Gegenüber zugelassenen Händlern ist es Herstellern allerdings untersagt, den Vertriebskanal Internethandel vollständig abzuschotten. Für Mitglieder selektiver Vertriebssysteme ergibt sich dies aus Art. 4 lit. c) Vertikal-GVO, wonach die Beschränkung des aktiven oder passiven Verkaufs an Endverbraucher eine Kernbeschränkung darstellt. Auch außerhalb selektiver Vertriebssysteme gelten absolute Internetvertriebsverbote als Kernbeschränkung. Denn Internetverkäufe gelten nach den Vertikal-Leitlinien als Passivverkäufe,⁴⁵ sodass ein absolutes Verbot des Internetvertriebs eine Gebiets- oder Kundenkreisbeschränkung gemäß Art. 4 lit. b) Vertikal-GVO darstellt.

Im Fall Pierre Fabre des EuGH hatte der Kosmetikerhersteller die autorisierten Händler verpflichtet, bestimmte Produkte ausschließlich in einem physischen Ladenlokal in Anwesenheit eines diplomierten Pharmazeuten zu verkaufen. Diese Vorgaben schlossen faktisch den Onlinevertrieb aus. Nach Auffassung des EuGH kann es zwar legitime Bedürfnisse für solche Beschränkungen geben. Das Argument der Notwendigkeit einer individuellen Beratung des Kunden und seines Schutzes vor einer falschen Anwendung der Produkte ließ er jedoch im konkreten Fall nicht gelten. Den daneben geltend gemachten Schutz des Luxusimages des Produktes sah er – jedenfalls für das in Rede stehende Totalverbot – nicht als schützenswerten Belang an.⁴⁶

Die Frage, inwieweit die Gefährlichkeit des Produkts und der damit einhergehende Beratungsbedarf ein Onlinevertriebsverbot rechtfertigt, ist auch Gegenstand eines laufenden Rechtsstreits um den Vertrieb von als vom Hersteller als besonders gefährlich eingestuftem Geräten, z. B. schweren Motorsägen durch den Gartengerätehersteller Stihl in Frankreich. Dieser sah

⁴³ Europäische Kommission, Vertikal-LL Tz. 176.

⁴⁴ Europäische Kommission, Vertikal-LL Tz. 54.

⁴⁵ Europäische Kommission, Vertikal-LL Tz. 52.

⁴⁶ EuGH, Urteil vom 13. Oktober 2011, C-439/09 – *Pierre Fabre*.

vor, dass autorisierte Händler die Geräte nicht ohne eine „personalisierte Lieferung“ d.h. die Übergabe und Einweisung durch den Händler, an Erstkäufer verkaufen dürfen. Die personalisierte Lieferung der Geräte macht einen direkten Kontakt zwischen dem Käufer und dem Händler erforderlich, was faktisch zu einem Ausschluss des Onlinevertriebs führt. Die französische Autorité de la concurrence verhängte im Oktober 2018 ein Bußgeld in Höhe von EUR 7 Mio. gegen den Hersteller und begründete dies u.a. damit, dass Wettbewerber keinen persönlichen Beratungsbedarf für Motorsägen vorsähen und zudem nicht alle Geräte so gefährlich seien, dass sie eine persönliche Übergabe erforderten.⁴⁷ Das Bundeskartellamt hatte hier ebenso wie die schwedische und schweizerische Wettbewerbsbehörde im Rahmen seines Aufgreifermessens von der Einleitung eines Verfahrens abgesehen.

Jedenfalls soweit eine Vertriebsbeschränkung den Internetvertrieb faktisch vollständig ausschließt ohne an qualitative Voraussetzungen anzuknüpfen, wäre die Ergänzung einer spezifischen Kernbeschränkung in die Vertikal-GVO denkbar. So würde die Bedeutung des Absatzkanals Internet hervorgehoben und klargestellt, dass absolute Internetverbote auch innerhalb zulässiger selektiver Vertriebssysteme unzulässig sind.

c) Verbot der Nutzung bestimmter (Online-)Intermediäre

Eine besonders umstrittene Rolle bei Internetvertriebsbeschränkungen durch Hersteller spielen das Verbot des Verkaufs über (Dritt-) Verkaufsplattformen wie Amazon oder ebay oder der Listung auf Preisvergleichsseiten wie idealo.de. Einerseits wird geltend gemacht, dass diese Verbote dem legitimen Interesse der Sicherung eines qualitativ hochwertigen Vertriebs dienen. Andererseits kann mit ihnen die Auffindbarkeit der Händler wesentlich erschwert und der Online-Wettbewerb faktisch auf wenige große Anbieter und/oder die Online-Shops der Hersteller selbst beschränkt werden.

Der EuGH hat durch seine Entscheidung in Sachen Coty⁴⁸ insoweit nur teilweise Klarheit geschaffen. Hintergrund der Entscheidung war eine Zivilklage der Parfümerie Akzente GmbH gegen ein Drittplattformverbot des Kosmetikherstellers Coty vor dem Oberlandesgericht Frankfurt. Mit Blick auf die als Luxuswaren qualifizierten Kosmetikartikel entschied der EuGH, dass ein selektives Vertriebssystem, welches primär der Sicherstellung des Luxusimages dieser Waren dient, bei Erfüllung der sonstigen Metro-Voraussetzungen mit Artikel 101 Abs. 1 AEUV

⁴⁷ Autorité de la concurrence, Entscheidung vom 24. Oktober 2018, n° 18-D-23. Im Januar 2019 hob die Cour d'appel im einstweiligen Verfahren die sofortige Vollziehung der Bußgeldentscheidung vorläufig auf, Cour d'appel de Paris, ordonnance de sursis a execution vom 23. Januar 2019, N° RG 18/26546.

⁴⁸ EuGH, Urteil vom 6. Dezember 2017, C-230/16 – Coty.

vereinbar sein kann. Zudem könne im Rahmen solcher Vertriebssysteme das Verbot der Nutzung von Drittplattformen für die Wahrung des Markenimages erforderlich und damit gerechtfertigt sein. Ein Drittplattformverbot könne zudem grundsätzlich auch nach der Vertikal-GVO freigestellt sein. Es stelle jedenfalls keine die Freistellung ausschließende Kernbeschränkung im Sinne des Art. 4 lit. b) oder lit. c) Vertikal-GVO dar. Die angefochtene Klausel verbiete nämlich weder generell die Nutzung des Internets als solches noch seien die Nutzer von Drittplattformen innerhalb der Gruppe der Online-Käufer als eigene Kundengruppe abgrenzbar. Zudem blieben die Händler weiterhin im Internet auffindbar, weil es ihnen unter bestimmten Bedingungen weiterhin freistehe, über das Internet auf Plattformen und mittels Online-Suchmaschinen Werbung zu vertreiben.

Das Bundeskartellamt war demgegenüber im Fall ASICS⁴⁹ in Bezug auf ein generelles Verbot der Unterstützung von Preissuchmaschinen der Auffassung, dass jedenfalls der Schutz des Markenimages von Sportschuhen kein legitimes Ziel sei, das ein solches Verbot rechtfertigt. Dieses führe zu einer wesentlichen Beschränkung der Einzelhändler im Online-Handel, weil es unabhängig von der konkreten Ausgestaltung der Preisvergleichsmaschine gelte. Zudem stelle das generelle Verbot der Unterstützung von Preisvergleichsmaschinen eine Kernbeschränkung im Sinne des Artikels 4 lit. c) Vertikal-GVO dar, weil hierdurch die Auffindbarkeit der Händlerangebote deutlich erschwert und zumindest passive Verkäufe an Endkunden wesentlich eingeschränkt würden. Der Bundesgerichtshof hat diese Auffassung des Bundeskartellamts bestätigt. Insbesondere sei im konkreten Fall nicht gewährleistet, dass Kunden in praktisch erheblichem Umfang Zugang zum Online-Angebot der Händler hätten.⁵⁰ Ein Widerspruch zur Coty-Entscheidung des EuGH besteht nach seiner Auffassung nicht: Diese beruhte maßgeblich auf den Umständen des Einzelfalls (Luxusprodukt, isoliertes Drittplattformverbot, geringe Bedeutung von Drittplattformen für den Handel im EU-Durchschnitt), der sich erheblich von denjenigen im Fall ASICS (gängige Markenprodukte, Bündel verschiedener Internetbeschränkungen, große Bedeutung von Preissuchmaschinen und Drittverkaufsplattformen für die Auffindbarkeit von Händlern in Deutschland) unterschied.

Übertragbarkeit der Coty-Grundsätze auf andere (hochwertige) Markenprodukte?

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs verdeutlicht, dass auch nach der Coty-Entscheidung noch viele Themen offen geblieben sind. Fraglich ist, ob man entsprechend der Auffassung der

⁴⁹ Vgl. Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2015/16, S. 60f.

⁵⁰ BGH, Urteil vom 12. Dezember 2017, KVZ 41/17 – ASICS.

Europäischen Kommission⁵¹ die Aussagen des EuGH auf andere (hochwertige) Markenprodukte übertragen kann, da sie sich auf Luxusprodukte beziehen und der EuGH selbst keine Definition vorgenommen hat. Ein pauschales Plattformverbot ist jedenfalls zum Schutz des Images von Markenprodukten nicht erforderlich, da dieses regelmäßig durch konkrete Qualitätsanforderungen an den Plattformvertrieb hinreichend geschützt werden kann. Zwar ist nicht ausgeschlossen, dass daneben im Einzelfall andere Aspekte der Sicherung der Vertriebsqualität eine Rolle spielen (etwa der Beratungsbedarf in Bezug auf das Produkt). Insbesondere bei Produkten, die von Herstellern auf breiter Basis vermarktet werden, dürfte die Erforderlichkeit von Pauschalverboten aber zweifelhaft sein. Dies gilt erst recht dann, wenn der Hersteller den Händlern den Vertrieb über eine Plattform untersagen will, die ihrerseits vom Hersteller als Vertriebspartner autorisiert ist.⁵²

Klärungsbedürftig bleibt auch nach dem Coty-Urteil, ob ein Plattformverbot in bestimmten Fällen eine Kernbeschränkung nach Art. 4 Vertikal-GVO darstellen kann.

Konkrete Marktbedingungen bei der Beurteilung von Plattformverboten berücksichtigen?

Ob der Internetvertrieb durch das Verbot wesentlich beschränkt wird oder die Kunden trotzdem in praktisch erheblichem Umfang Zugang zu den Online-Angeboten der Händler haben, dürfte mit Blick auf die insoweit betroffenen Einzelhandelsmärkte maßgeblich von den konkreten Marktgegebenheiten und Verbraucherpräferenzen im jeweiligen Mitgliedsstaat abhängen und kann daher im Einzelfall zu regional unterschiedlichen Einschätzungen führen. Die Sektoruntersuchung e-commerce hat eindrücklich gezeigt, dass die Entwicklung des Onlinevertriebs und die Rolle von Intermediären wie Marktplätzen oder Vergleichsseiten in den verschiedenen Mitgliedstaaten sehr unterschiedlich ausgeprägt ist.⁵³ Es dürfte ebenfalls eine Frage des Einzelfalls sein, ab wann die verringerte Auffindbarkeit eines Händlers aufgrund von generellen Plattformverboten und mehreren Internet-Beschränkungen zu einer Verkaufsbeschränkung i.S.d. Artikel 4 lit. c) Vertikal-GVO führt. Es stellt sich die Frage, wie die Berücksichtigung solcher regionalen Besonderheiten sichergestellt werden kann.

⁵¹ Europäische Kommission, Competition policy brief April 2018, EU competition rules and marketplace bans: Where do we stand after the Coty judgment? S. 4, abrufbar unter <http://ec.europa.eu/competition/publications/cpb/2018/kdak18001enn.pdf>.

⁵² Vgl. Verfahren Bundeskartellamt, Fallbericht vom 24. Oktober 2013, B7-1/13-35 – *Sennheiser*.

⁵³ Europäische Kommission, Staff Working Paper Tz. 452 ff.

3. Brand-bidding restrictions

Regelungen, mit denen Hersteller ihren Händlern die Nutzung des Markennamens für die Online-Werbung untersagen (sog. brand-bidding restrictions), haben die Wettbewerbsbehörden ebenfalls beschäftigt.

Die Europäische Kommission verhängte jüngst gegen den Bekleidungshersteller Guess ein Bußgeld wegen vertikalen Beschränkungen gegenüber autorisierten Groß- und Einzelhändlern in seinem selektiven Vertriebssystem.⁵⁴ Guess beschränkte u.a. die Suchmaschinenwerbung durch das Verbot, Guess-Markennamen und -Warenzeichen für die Zwecke der Suchmaschinenwerbung – insbesondere auf Google AdWords – zu nutzen. Dies sei nicht im Sinne der Coty-Rechtsprechung des EuGH gerechtfertigt, da das Verbot keinem legitimen Ziel wie dem Schutz des Markenimages diene. Vielmehr beschränke es die Möglichkeit der autorisierten Händler, Guess-Produkte online zu bewerben und somit letztendlich an Kunden zu verkaufen. Die Europäische Kommission sah hierin eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung, weil das Verbot keinen anderen Zweck verfolgen könne als die Wettbewerbsdämpfung im Onlinehandel und die Senkung der Werbekosten für Guess (keine Konkurrenz bei AdWords Auktionen).

Im ASICS-Verfahren des Bundeskartellamts untersagte der Laufschuhhersteller seinen autorisierten Händlern, die Markenzeichen von ASICS auf Internetseiten Dritter zu verwenden. Darin sah das Bundeskartellamt eine Kernbeschränkung im Sinne des Art. 4 lit. c) Vertikal-GVO.⁵⁵

Zurückhaltender zeigte sich die Britische Consumer and Markets Authority in ihrer DCT Market Study in Bezug auf digitale Vergleichsinstrumente, weil die wettbewerblichen Wirkungen dieser Klauseln in dem Sektor von den konkreten Marktgegebenheiten abhingen.⁵⁶

Vor dem Hintergrund der Fallpraxis stellt sich die Frage, ob brand-bidding restrictions als Kernbeschränkung in die Vertikal-GVO aufgenommen werden sollten.

4. Doppelpreissysteme

Nach den Vertikal-Leitlinien ist es Herstellern verboten, demselben (Hybrid-)Einzelhändler unterschiedliche Großhandelspreise für dasselbe Produkt zu berechnen abhängig davon, ob das

⁵⁴ Europäische Kommission, Entscheidung vom 17. Dezember 2018, AT 40.428 – *Guess*.

⁵⁵ Bundeskartellamt, Entscheidung vom 26. August 2015, B2-98/11 Tz. 304 ff. – *ASICS*.

⁵⁶ CMA, Digital comparison tools market study, Final report, September 2017, Tz. 5.29.

Produkt online oder offline weiterverkauft werden soll.⁵⁷ Diese strikte Haltung zu sogenannten Doppelpreissystemen hat in den letzten Jahren einige Diskussionen hervorgerufen.

Doppelpreissysteme als Kernbeschränkung beibehalten?

Nach Auffassung des Bundeskartellamts in den Fällen Gardena, Bosch Siemens und LEGO können Doppelpreissysteme ähnlich wirken wie absolute Internetvertriebsverbote.⁵⁸ Für Hybridhändler können sie einen Anreiz schaffen, ihre Online-Verkäufe zu reduzieren oder ganz einzustellen. Daher erscheint die Qualifizierung als Kernbeschränkung begründet. Eine – für die Gruppenfreistellung erforderliche – generelle Vermutung, dass die wettbewerbsfördernden Aspekte überwiegen, erscheint jedenfalls nicht gerechtfertigt.⁵⁹

Neue Kriterien für die Berücksichtigung stationärer Verkaufsanstrengungen?

Doppelpreissysteme wurden von den betroffenen Unternehmen in den o.g. Verfahren als ein potenziell effizientes Instrument gegen das Trittbrettfahren verteidigt. Sie sind der Ansicht, dass diese dabei helfen können, trotz mutmaßlicher Kostenunterschiede zwischen Online- und Offline-Handel ein Level-Playing Field zwischen den Vertriebswegen zu schaffen. Tatsächlich ist nicht auszuschließen, dass eine Differenzierung je nach den tatsächlichen Kosten und Verkaufsbemühungen Hybridhändler dazu ermutigen würde, Investitionen in stationäre Kundendienstleistungen zu tätigen, die einen Mehrwert bieten. Die Leitlinien sehen daher bereits die Möglichkeit einer fixen Vergütung vor. Es wäre zu erwägen, die Voraussetzungen für eine zulässige Anreizsetzung weiter zu konkretisieren.

II. Neuartige Beschränkungen durch Intermediäre/Plattformen

Neben den herstellerseitigen Beschränkungen wurden auch Beschränkungen diskutiert, die von Intermediären wie Marktplätzen oder Buchungsportalen ausgehen. Diese nutzen ihre zunehmende Bedeutung, um die Vertriebsbedingungen zu ihren Gunsten zu beeinflussen.

1. Paritätsklauseln

Eine typische Internetvertriebsbeschränkung, die Plattformbetreiber den Anbietern auferlegen, sind Preisparitätsklauseln (auch als MFN – most-favoured-nation Klauseln bezeichnet).

⁵⁷ Europäische Kommission, Vertikal-LL Tz. 52 lit. d).

⁵⁸ Bundeskartellamt, Pressemitteilung vom 28. November 2013 – *Gardena*; Pressemitteilung vom 23. Dezember 2013 – *Haushaltsgeräte* und Pressemitteilung vom 18. Juli 2016 – *Lego*.

⁵⁹ Auch die Niederländische ACM erachtet Doppelpreissysteme als Kernbeschränkung, vgl. Autoriteit Consument & Markt, Leidraad Afspraken tussen leveranciers en afnemers, S. 6 f., Beispiel 3.

Diese sehen vor, dass ein auf der Plattform tätiger Anbieter seine Produkte oder Dienstleistungen an anderer Stelle nicht zu einem günstigeren Preis / zu günstigeren Konditionen / in besserer Qualität anbieten darf als auf der betreffenden Plattform.

Weite Paritätsklauseln als Kernbeschränkung?

Dass sog. weite Paritätsklauseln, die sich auch auf die Preissetzung auf allen anderen Plattformen beziehen, den Wettbewerb zwischen Plattformbetreibern beschränken, ist inzwischen allgemein anerkannt. Sie können zu höheren Plattformgebühren und letztlich zu höheren Endkundenpreisen führen. Denn für den Endkunden kann es sich nicht mehr in entsprechenden Preisunterschieden niederschlagen, wenn verschiedene Plattformbetreiber vom Anbieter unterschiedlich hohe Transaktionsgebühren verlangen. Es besteht daher das Risiko eines höheren Gebührenniveaus, weil sich der Anreiz der Plattformbetreiber reduziert, gegeneinander mit niedrigeren Provisionsraten zu konkurrieren. Darüber hinaus können Preisparitätsklauseln Wettbewerbsvorstöße und Markteintritte neuer Plattformen beschränken, weil sie verhindern, dass ein neuer Plattformbetreiber mittels niedrigerer Preise Marktanteile hinzugewinnt. Schließlich können Preisparitätsklauseln auch den Wettbewerb zwischen verschiedenen Vertriebskanälen oder zwischen den einzelnen Anbietern beschränken.

Die vom Bundeskartellamt behandelten Fälle betrafen Amazon, HRS und Verivox.⁶⁰ Die britische CMA griff weite Paritätsklauseln von Plattformen für Auto- und Hausratsversicherungen auf, während bei der Europäischen Kommission Fälle im Bereich E-Books (Apple, Amazon) und Flugbuchungssysteme (Amadeus, Sabre) anhängig waren bzw. sind.

Vor dem Hintergrund der erheblich wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen und der Häufigkeit ihrer Verwendung wäre zu überlegen, weite Preisparitätsklauseln als Kernbeschränkung in die Vertikal-GVO aufzunehmen.

Rechtfertigung für enge Paritätsklauseln?

Demgegenüber sind sog. „enge“ Paritätsklauseln (bislang) in der Praxis nur selten aufgetreten. Im Vergleich zu „weiten“ sollen sog. „enge“ Preisparitätsklauseln die Wettbewerbsbeschränkung abmildern, indem der Anbieter zwar auf dritten Plattformen einen günstigeren Preis setzen kann, nicht jedoch auf seiner eigenen Website. Dennoch kann die enge Paritätsklausel unter bestimmten Umständen eine ähnliche wettbewerbsbeschränkende Wirkung entfalten,

⁶⁰ Siehe Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2013/14, S. 91, 119 sowie Tätigkeitsbericht 2015/16, S. 98, 129 f. und Bundeskartellamt, Pressemitteilung vom 17. Juli 2019, B2 – 88/18 – Amazon.

und zwar dann, wenn die anbietereigene Website einen bedeutenden Vertriebskanal ausmacht, der Anbieter aber zusätzlich mehrere Plattformen nutzt bzw. nutzen will. Insbesondere wenn mehrere Plattformbetreiber enge Paritätsklauseln verwenden, muss der Anbieter auf der eigenen Website stets den höchsten Preis setzen, den er auf einer der von ihm genutzten Plattformen setzt. Hierdurch werden die Anreize des Anbieters reduziert, seine Preise zwischen Plattformen zu differenzieren. Entsprechend sinken die Anreize der Plattformbetreiber zum Wettbewerb um niedrigere Provisionen. Zugleich entfällt die Möglichkeit, dass Anbieter Kostenvorteile ihres eigenen Online-Direktvertriebs an die Endkunden weitergeben und damit auch eine preisdisciplinierende Wirkung auf die Plattformen ausüben.

Das Bundeskartellamt hat Ende 2015 booking.com auch die Verwendung enger Preisparitätsklauseln untersagt. Im Beschwerdeverfahren hob das OLG Düsseldorf im Juni 2019 jedoch die Entscheidung auf. Zwar hat das Gericht die Wettbewerbsbeschränkung betätigt, erachtete jedoch die Preisparitätsklausel als für die Funktionsweise eines Vergleichsportals notwendig und damit vom Kartellverbot ausgenommen.⁶¹

2. Exklusivität

Neben Paritätsklauseln können auch Exklusivitätsverpflichtungen den Wettbewerb zwischen Plattformen einschränken. Im Jahr 2017 stellte das Bundeskartellamt fest, dass die vom Konzertveranstalter und Ticketsystem-Anbieter CTS Eventim den Konzertveranstaltern auferlegten Exklusivitätsvereinbarungen erhebliche marktabschottende und wettbewerbsbeschränkende Wirkung hatten.⁶² CTS wurde in diesem Verhältnis als Anbieter der Vermittlungsdienstleistung angesehen. Da eine Gruppenfreistellung aufgrund der hohen Marktanteile nicht in Frage kam, konnte offen bleiben, ob die Exklusivitätsvorgaben ein Wettbewerbsverbot im Sinne des Art. 5 Abs. lit. a) Vertikal-GVO darstellten. Argumente für eine Einzelfreistellung hatte CTS nicht vorgetragen. Die spezifische Situation von Exklusivitätsvereinbarungen, die von Plattformen, d.h. auf mehrseitigen Märkten, abgeschlossen werden, wird in Vertikal-GVO und Leitlinien bisher nicht behandelt. Grundsätzlich ist aber davon auszugehen, dass sich Exklusivitätsbindungen in Plattformmärkten stärker wettbewerbsbeschränkend auswirken, da zu dem herkömmlichen kostenseitigen Verdrängungseffekt eine weitere Verdrängungswirkung hinzutritt: Die Verhinderung des Multi-Homing führt dazu, dass andere Plattformen entsprechend geringere Netzwerkeffekte realisieren und somit für alle weiteren Nutzer weniger

⁶¹ OLG Düsseldorf, Pressemitteilung Nr. 18/2019 vom 04. Juni 2019. Das Bundeskartellamt hat hiergegen Nichtzulassungsbeschwerde beim Bundesgerichtshof eingelegt.

⁶² Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat die Entscheidung bestätigt, Beschluss vom 20. März 2019, Az. VI-Kart 2/18 (V). Zur Schadenstheorie auch OECD (2018) Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms, S. 205.

attraktiv werden. Vor diesem Hintergrund dürfte auch zu diskutieren sein, für welchen Zeitraum Intermediäre ihre Abnehmer zulässigerweise zur Exklusivität verpflichten können sollen. Wegen der selbstverstärkenden (indirekten) Netzwerkeffekte und der Schnelllebigkeit digitaler Märkte besteht das Risiko, dass der Markt nach fünfjähriger Exklusivität analog Art. 5 lit. a) Vertikal-GVO bereits gekippt sein könnte.

3. Einfluss auf Preissetzung

Erörtert werden auch andere Fallgestaltungen, bei denen die Plattformen Einfluss auf die Preissetzung der angeschlossenen Unternehmen nehmen.

Das primär diskutierte Beispiel hierfür ist der Fahrdienst Uber, der kostenpflichtige Fahrdienstleistungen mittels Smart-Phone App vermittelt. In Ländern ohne staatliche (Taxi-)Preisvorgabe wird der Fahrpreis von Uber für die angeschlossenen Fahrer mittels eines Preialgorithmus dynamisch festgelegt (abhängig von Fahrzeugklasse, Distanz, Nachfrageschwankungen) und über die App abgerechnet. Hiervon geht ein festgelegter Prozentsatz wiederum als Vermittlungsprovision an Uber. Nach eigener Darstellung handelt es sich bei den Uber-Fahrern nicht um Arbeitnehmer von Uber, sondern um selbstständige Unternehmer.⁶³ Folglich käme eine Koordination zwischen den Fahrern über die Plattform (Hub & Spoke) in Betracht. Näher liegen dürfte allerdings eine Form der vertikalen Preisbindung zwischen Vermittlungsplattform und Fahrer.⁶⁴ Indes könnte angesichts von Effizienzen, geringen Marktanteilen auf den lokalen Endkundenmärkten und attraktiven Endkundenpreisen die Voraussetzungen für eine Freistellung gegeben sein.

Unbedenklich dürfte es sein, wenn Plattformen Preisempfehlungen für ihre hauptsächlich privaten Nutzer abgeben (z.B. Airbnb.com oder Mitfahrplattformen wie blablacar.com). Diese dient in der Regel der Orientierung, weil die Preiskalkulation den meisten Privatanbietern mangels Erfahrung und Skalierbarkeit ihres Angebots schwerfallen dürfte. Zudem erfolgt die endgültige Preissetzung in der Regel durch den Nutzer. Kritischer könnte dieses Konzept zu betrachten sein, wenn sich zunehmend professionalisierte Anbieter auf der Plattform bewegen.

⁶³ Vgl. Hierzu das Verfahren in den USA Meyer v. Kalanick, 174 F. Supp. 3d 817 (S.D.N.Y. 2016).

⁶⁴ Zur Diskussion siehe im Einzelnen *Rottmann/Göhsl*, WuW 2019, 348-355.

D. Angemessener Ausgleich zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit in dynamischen Märkten

Gruppenfreistellungsverordnungen bewegen sich naturgemäß im Spannungsfeld zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit. Sie sollen einerseits den Unternehmen die Selbstveranlagung erleichtern, indem sie verbindliche Regeln (safe harbours) für Vereinbarungen schaffen, bei denen die wettbewerbsfördernden Effekte die etwaigen wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen überwiegen. Um Rechtssicherheit für möglichst viele Vereinbarungen zu schaffen, müssen die Regelungen einen möglichst weiten Anwendungsbereich abdecken. Umgekehrt dürfen Gruppenfreistellungsverordnungen nicht dazu führen, dass Vereinbarungen, bei denen die wettbewerbsschädlichen Auswirkungen etwaige Effizienzen überwiegen, zu Unrecht von der Freistellung profitieren und der Überprüfung durch die Wettbewerbsbehörden (zunächst) entzogen sind.

Dementsprechend hat die Vertikal-GVO den Anspruch, nur solche vertikale Vereinbarungen freizustellen, von denen „mit hinreichender Sicherheit angenommen werden kann, dass sie die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllen“.⁶⁵ Die Anwendungspraxis der letzten Jahre zeigt jedoch, dass dies nicht immer gelingt und die Mechanismen zur Typisierung und Abweichung im Einzelfall einer Überarbeitung bedürfen (unter I.). Weitergehend könnte auch darüber nachgedacht werden, ob hinreichende Rechtssicherheit nicht auch durch das flexiblere und entwicklungsöffnere Instrument der Leitlinien gewährt werden könnte (unter II.).

I. Probleme und Anpassungsbedarf der bestehenden Mechanismen

Die Europäische Kommission hat in der Vertikal-GVO mit dem System der Marktanteilsschwellen einerseits (unter 1.) und der Kernbeschränkungen andererseits (unter 2.) zwei zentrale Mechanismen implementiert, um diejenigen vertikalen Vereinbarungen typisierend zu bestimmen, bei denen wegen überwiegender Vorteile für den Wettbewerb eine pauschale Freistellung gerechtfertigt scheint. Dieses System zeigt vor dem Hintergrund der tiefgreifenden Umbrüche in der Vertriebswelt aber deutliche Schwächen. Zwar besteht daneben auch ein „Ventil“ für Einzelfälle, indem die Europäische Kommission und die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten die Vorteile der Gruppenfreistellung entziehen können. Dieser Mechanismus ist in der Praxis aber bisher ohne Wirkung geblieben (unter 3.).

⁶⁵ Vgl. Vertikal-GVO, Erwägungsgrund 5.

1. Marktanteilsschwellen

Die Wahrscheinlichkeit, dass die effizienzsteigernden die etwaigen wettbewerbswidrigen Auswirkungen vertikaler Vereinbarungen überwiegen, hängt maßgeblich von der Marktposition der Vertragsparteien – und damit dem Wettbewerbsdruck, dem sie ausgesetzt sind – ab. Die Vertikal-GVO legt als Näherungswert für Marktmacht die kritische Marktanteilsschwelle bei 30 % fest. Zwar kann oberhalb dieser Safe-Harbour Schwelle nicht automatisch davon ausgegangen werden, dass die Vereinbarungen den Wettbewerb beschränken und die Voraussetzungen der Einzelfreistellung nicht erfüllen. Gleichwohl spielt die Marktanteilshöhe und deren Berechnung für die Praxis eine entscheidende Rolle, da ein Unterschreiten der Schwelle den Safe-Harbour öffnet.

Schwierigkeiten bei der Marktabgrenzung bei Plattformmärkten

Bei der Beurteilung vertikaler Beziehungen zwischen Plattformen und ihren Nutzern kann es wegen der Zwei- bzw. Mehrseitigkeit und der unklaren Anbieter-/Abnehmereigenschaft besonders schwierig sein, den relevanten Markt für die Anwendung der Marktanteilsschwelle zu bestimmen. Im Falle einer Vertriebsplattform würde die Berechnung des Marktanteils grundsätzlich auf jedem Markt basieren, auf dem sie die über die Plattform verkauften Produkte „kauft“. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob die Vertriebsplattform auf der Nachfrageseite mit anderen Formen des (Offline-)Vertriebs im Wettbewerb steht, d.h. ob diese in die Marktabgrenzung mit einzubeziehen sind. Auch bei der Bestimmung der Marktanteile von Anbieterplattformen muss festgestellt werden, ob der relevante Markt auf die Erbringung von Plattformdienstleistungen beschränkt ist oder ob – und in welchem Umfang – andere Anbieter von Dienstleistungen, z.B. in der Offline-Welt, berücksichtigt werden müssen. Denkbar wäre insoweit, in den Leitlinien klarzustellen, dass die Marktanteile auch ausschließlich auf Grundlage des Marktes für Plattformdienste berechnet werden können.

Neue Referenzwerte für Marktmachtermittlung von Plattformen erforderlich?

Gemäß Art. 7 Vertikal-GVO wird der Marktanteil des Anbieters anhand des „Absatzwerts“, d.h. des Umsatzes, berechnet. Eine umsatzbasierte Marktanteilsberechnung stößt bei der wettbewerblichen Beurteilung von Internetplattformen an ihre Grenzen. Denn in vielen Fällen ist zumindest eine Seite der Plattform für den Nutzer unentgeltlich, sodass eine rein wertmäßige Berechnung den Wettbewerb von unentgeltlichen oder werbefinanzierten Leistungen außer Acht ließe. Auch sind für die Marktmacht weitere Faktoren wie der Zugang zu Daten, Netzwerkeffekte oder Multi-Homing von besonderer Bedeutung.

Folglich stellt sich die Frage, ob ergänzend zu den umsatzbasierten Marktanteilen andere quantitative Kennzahlen als Referenz für die Marktmacht herangezogen werden könnten. Von Bedeutung dürften beispielsweise die Zahl der vermittelten Transaktionen und die Nutzerzahlen sein. Insbesondere für die Nutzerzahlen bieten sich verschiedenen Verfahren der Bemessung an. In der Fallpraxis des Bundeskartellamts hat sich beispielsweise der sog. „unique visitor“ – eine oft im Markt standardmäßig erhobene Kennzahl – als praktikabel erwiesen.⁶⁶

Vermeidung unangemessener Ergebnisse, insbesondere auf oligopolistischen Märkten?

Die Regelungstechnik in der Vertikal-GVO führt schon bei knapper Unterschreitung der Marktanteilsschwelle notwendigerweise zur Freistellung. Dieser Alles-oder-Nichts Effekt kann in Märkten mit hoher Konzentration und/oder starker Verbreitung von Vertikalbeschränkungen nicht unbedingt in angemessenen Ergebnissen resultieren. Dies gilt insbesondere auf oligopolistischen Märkten mit 2 bis 4 großen Akteuren, wo die jeweiligen Marktanteile der Oligopolisten rund um oder knapp unter 30% schwanken können. Selbst wenn alle großen Anbieter identische Praktiken anwenden, können alle oder die meisten von der Gruppenfreistellung profitieren.⁶⁷

Um willkürliche Ergebnisse und mögliche Marktverzerrungen zu vermeiden, sieht die Vertikal-GVO vor, dass die kumulativen Auswirkungen ähnlicher vertikaler Beschränkungen genauer untersucht werden können und ermöglicht den Wettbewerbsbehörden den Entzug der Vorteile der Gruppenfreistellung nach Art. 29 VO 1/2003⁶⁸ sowie der Kommission die Nichtanwendung gemäß Art. 6 Vertikal-GVO.⁶⁹ Die Erfahrung zeigt jedoch, dass diese Instrumente keine praktische Relevanz haben (unter 3.). Neben der Schärfung der Entzugsinstrumente wäre in diesem Zusammenhang die Einführung einer zusätzlichen Oligopolsschwelle denkbar.

2. Kernbeschränkungen

Es gibt Wettbewerbsbeschränkungen, bei denen nicht generell davon ausgegangen werden kann, dass unterhalb der 30 %-Schwelle etwaige Effizienzgewinne die Beschränkungen des Wettbewerbs überwiegen. Vor diesem Hintergrund enthält Art. 4 Vertikal-GVO eine Liste mit

⁶⁶ Zahl der unterschiedlichen Endgeräte, die –innerhalb eines bestimmten Zeitraums – mindestens einmal mit einem Webangebot in Kontakt getreten ist. Diese Kennzahl kann als Indikator für den Umfang des Nutzerkreises eines Webangebots gewählt werden. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass Endgeräte nicht mit Nutzern gleichzusetzen sind (ein Nutzer kann unterschiedliche Endgeräte nutzen, ein Endgerät kann von mehreren Nutzern genutzt werden), siehe hierzu bereits ausführlich Bundeskartellamt, Think Tank Papier, S. 75 f.

⁶⁷ Siehe Fälle des Bundeskartellamtes in den Bereichen Hotelbuchung und Laufschuhe.

⁶⁸ Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln („VO 1/2003“).

⁶⁹ Vgl. hierzu auch Europäische Kommission, Vertikal-LL Tz. 74f. sowie 179 für selektive Vertriebssysteme.

„Kernbeschränkungen“, die selbst dann nicht gruppenweise freigestellt sind, wenn die Marktanteile der beteiligten Unternehmen weniger als 30 % betragen.

Erfasst enges Verständnis von Kernbeschränkungen wettbewerblich problematisches Verhalten u.U. nicht?

Da die Kernbeschränkungen in Fällen, bei denen die Marktanteile der beteiligten Unternehmen unter 30 % liegen, mangels wirksamer Instrumente zum Entzug der Freistellung praktisch den einzigen Weg zu einer vertieften Prüfung darstellen, steht ihre Reichweite regelmäßig im Zentrum der Diskussionen um neuartige Beschränkungen. Dabei sind die Kernbeschränkungen zwar einerseits relativ abstrakt formuliert und wären damit für eine Weiterentwicklung und Ausdifferenzierung grundsätzlich offen. Da es sich um generelle Regeln handelt, die unabhängig von den Umständen des Einzelfalls gelten und die häufig mit „bezweckten“ Beschränkungen im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV gleichgesetzt werden,⁷⁰ wird andererseits vielfach ein enges Verständnis gefordert. So hatte z. B. das OLG Düsseldorf weite Paritätsklauseln nicht als Kernbeschränkung i.S.d. Vertikal-GVO angesehen, obwohl sie faktisch einer vom Händler initiierten vertikalen Preisbindung gleichkommen.⁷¹ In Bezug auf die internetbezogenen Beschränkungen kommt hinzu, dass es für diese bisher keine explizite Regelung gibt, sondern die Maßstäbe aus den Regeln zur Beschränkung des Gebiets oder der Kundengruppen (Art. 4 lit. b und lit. c Vertikal-GVO) entwickelt wurden. Dabei ist selbst die Grundannahme, dass der Onlinevertrieb regelmäßig eine Form des passiven Verkaufs darstellt,⁷² umstritten geblieben. Es könnte deshalb sinnvoll sein, über einen eigenen Tatbestand klarzustellen, dass weite Paritätsklauseln sowie der Ausschluss oder die wesentliche Beschränkung des Onlinevertriebs die Freistellung nach der Vertikal-GVO entfallen lassen.

Es bleibt aber das grundsätzliche Problem, dass über Kernbeschränkungen neue Gefährdungslagen nicht erfasst werden können, wenn für eine entsprechende „Eingruppierung“ zunächst eine hinreichende Erfahrung und Fallpraxis verlangt wird. Dies verdeutlicht das Beispiel der Paritätsklauseln. Auch künftig erweiterte Kernbeschränkungen sind damit noch kein vollständiger Ersatz für eine effektive Möglichkeit, die Vorteile der Freistellung im Einzelfall zu entziehen. Zudem zeigt die sehr unterschiedliche Entwicklung des Onlinevertriebs in den Mitgliedstaaten der EU, dass es auch möglich sein muss, Vertragsbestimmungen aufzugreifen, die aufgrund der Marktstruktur in manchen Staaten erhebliche Nachteile für den Wettbewerb mit sich bringen, während sie in anderen Staaten faktisch keine große Bedeutung haben. So hilft

⁷⁰ Vgl. aber die getrennte Prüfung in EuGH, Urteil vom 13. Oktober 2011, C-439/09 – *Pierre Fabre*.

⁷¹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 4. Dezember 2017, VI-U (Kart) 5/17, juris Tz. 36 – *Expedia*.

⁷² Vgl. Europäische Kommission, Vertikal-LL Tz. 52.

es den Händlern und Verbrauchern in Deutschland wenig, dass ein Verbot der Nutzung hier ganz wesentlicher Vertriebsplattformen in anderen Mitgliedstaaten vielleicht nicht die gleiche Bedeutung für die Auffindbarkeit der Händler und die Auswahl der Verbraucher hat.

3. Regeln zum Entzug der Gruppenfreistellung

Theoretisch kann die Europäische Kommission die Vertikal-GVO für bestimmte vertikale Vereinbarungen durch Verordnung für nicht anwendbar erklären, wenn parallele Netze ähnlicher vertikaler Beschränkungen mehr als 50% des relevanten Marktes abdecken, (Art. 6 Vertikal-GVO). Tatsächlich ist dieses Verfahren jedoch sehr schwerfällig und hat die Kommission das Instrument dementsprechend noch nie genutzt.

Daneben können die Europäische Kommission oder die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten die Vorteile der Gruppenfreistellung entziehen, wenn sie in einem bestimmten Fall feststellen, dass eine freigestellte Vereinbarung Wirkungen hat, die mit Art. 101 Abs. 3 AEUV unvereinbar sind (Art. 29 VO 1/2003). Dieser Mechanismus ist jedoch ebenfalls nicht funktionsfähig. Die Kommission hat dieses Instrument nur in einem einzigen Fall eingesetzt.⁷³ Auch die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten machen von dem Instrument keinen Gebrauch. Ihnen wird diese Möglichkeit durch die strenge Voraussetzung erschwert, dass sich die wettbewerblichen Auswirkungen in räumlicher Hinsicht auf das (Teil-)Gebiet des Mitgliedsstaats beschränken müssen. Für das Bundeskartellamt bedeutet dies beispielsweise, dass ein Entzug der Vorteile bereits dann ausscheidet, wenn – wie insbesondere bei digitalen Geschäftsmodellen nicht selten – der deutschsprachige Raum betroffen ist. Diese Anforderung weicht von den allgemeinen Regeln für die Fallverteilung und dem allgemeinen dezentralen Ansatz im ECN ab und behindert eine wirksame Anwendung von Art. 29 VO 1/2003. Zudem waren die Wettbewerbsbehörden auch deshalb bislang zurückhaltend, von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen, weil der Maßstab für die Darlegung einer Unvereinbarkeit mit Art. 101 Abs. 3 AEUV unklar ist. Schließlich halten sich auch die Wirkungen dieser aufwändigen Verfahren in Grenzen, weil der Entzug nur *ex nunc*, d. h. für die Zukunft, wirkt und auf den Einzelfall bzw. die Parteien des konkreten Verfahrens beschränkt ist.

⁷³ Die Entscheidung wurde vom EuGH bestätigt, vgl. EuGH, Entscheidung vom 1. Oktober 1998, C-279/95-P – *Langnese-Iglo*.

Möglichkeiten zur Erleichterung des Entzugsverfahrens?

Es stellt sich daher die Frage, inwieweit die Regelungen zum Entzug der Freistellung leichter handhabbar und effizienter gestaltet werden können, um Wettbewerbsbehörden zu erlauben, in besonderen Einzelfällen auch unterhalb der 30 %-Marktanteilsschwelle einzugreifen.

II. Verzicht auf Vertikal-GVO?

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass die rasanten Veränderungen der Digital- und Plattformökonomie für erheblichen Anpassungsbedarf bei der Vertikal-GVO gesorgt haben.

Perspektivisch könnte sich die Weiterentwicklung eher beschleunigen als verlangsamen. Es ist daher nicht auszuschließen, dass die Regelungen einer reformierten Vertikal-GVO in absehbarer Zukunft erneut hinter den neuen Entwicklungen zurückbleiben. Da der Überarbeitungsprozess einer Verordnung langwierig ist, besteht das Risiko, dass die Vertikal-GVO kurz nach der Überarbeitung wieder veraltet ist – eine Verkürzung des Überarbeitungsintervalls erscheint kaum realistisch. Gleichzeitig hat sich in den 20 Jahren seit Bestehen der Vertikal-GVO eine umfangreiche Fallpraxis entwickelt, die durch die Leitlinien der Europäischen Kommission gebündelt und konkretisiert wird.

Hinzu kommt, dass die Vertikal-GVO in der Fallpraxis den Fokus weg von einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise von Vertikalvereinbarungen hin zu einer formal-rechtlichen verschiebt. Das in Art. 101 AEUV eigentlich ökonomisch angelegte Prüfschema der wettbewerbsbeschränkenden und effizienzfördernden Auswirkungen von Vertikalvereinbarungen wird durch die Vertikal-GVO im Ergebnis in ein formal-rechtliches Prüfschema überführt. Entscheidungserheblich (und entsprechend strittig) sind dabei regelmäßig rechtliche Detailfragen, z.B. zur Auslegung der Reichweite von Kernbeschränkungen oder zu den genauen Berechnungsmodalitäten von Marktanteilen, die im Einzelfall wenig bis keine ökonomische Relevanz haben und damit entsprechend geringe Beiträge zur „richtigen“ Entscheidung im Einzelfall leisten. Demgegenüber spielt die primärrechtliche Analyse nach Art. 101 AEUV faktisch nur eine sehr geringe Rolle. Vertikalvereinbarungen, die nicht durch die Vertikal-GVO freigestellt sind, erfüllen in der Anwendungspraxis nur in den seltensten Fällen die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV. Bildlich gesprochen teilt die Vertikal-GVO Vertikalvereinbarungen anhand formeller Kriterien in „schwarz“ und „weiß“ ein und hinterlässt dabei nur einen sehr kleinen Graubereich, der noch einer Wirkungsanalyse zugänglich bleibt.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob anstelle einer Überarbeitung der Vertikal-GVO auch auf eine gesetzliche Regelung verzichtet werden könnte und sich die Unternehmen und

Wettbewerbsbehörden stattdessen an – regelmäßig zu überarbeitenden – Leitlinien orientieren. Dies hätte den Vorteil, dass starre „Alles-oder-Nichts“-Entscheidungen und Überreichweiten (nicht gerechtfertigte Freistellungen) vermieden würden. Es würde aber insbesondere für Unternehmen, die sich bisher sicher unter der 30 %-Grenze sehen, mit einem Verlust von Rechtssicherheit einhergehen. Die Stellungnahmen der Stakeholder im Rahmen des Konsultationsverfahrens der Europäischen Kommission sprechen sich jedenfalls in großer Mehrheit für den Erhalt der Vertikal-GVO aus.⁷⁴

⁷⁴ Einen Summary Report der Eingaben sowie die einzelnen Stellungnahmen sind unter https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/ares-2018-5068981/public-consultation_en veröffentlicht.