

Informationsaustausch im Rahmen des Dualen Vertriebs – Anpassung der Vertikal-Leitlinien

BDI-Position zur Konsultation der Europäischen Kommission

18. Februar 2022

Einleitung

Der Bundesverband der Deutschen Industrie e.V. (BDI) begrüßt, dass die Europäische Kommission die Kritik an ihrem im Sommer 2021 vorgestellten Neuentwurf der Vertikal-GVO und der Vertikal-Leitlinien aufgegriffen hat und nun erneut eine Konsultation zur kartellrechtlichen Bewertung des Informationsaustauschs im dualen Vertrieb durchführt. Die im aktuellen Konsultationsdokument vorgestellten Vorschläge stellen eine deutliche Verbesserung im Vergleich zum ersten Entwurf dar und können in der Praxis zur Rechtssicherheit für die Unternehmen beitragen. Konkrete Anmerkungen und Verbesserungsvorschläge zum Konsultationsdokument finden sich weiter unten.

Trotz der begrüßenswerten Verbesserungen lässt der gesamte Konsultationsprozess der Europäischen Kommission eine grundlegende Skepsis hinsichtlich des dualen Vertriebs erkennen, die wir kritisch hinterfragen. Die pro-kompetitive Wirkung des dualen Vertriebs ist unumstritten. Durch den dualen Vertrieb eröffnet der Hersteller zum einen den markeninternen („intra-brand“) Wettbewerb, wozu er kartellrechtlich nicht verpflichtet ist. Zum anderen stärkt er damit auch den Wettbewerb zwischen den Marken („inter-brand“), da er die Reichweite seiner Produkte durch die Einbindung von Distributoren erweitern kann. Der zweigleisige Vertrieb trägt zu einem effizienteren Warenabsatz bei, da er die Hersteller in die Lage versetzt, ihr Vertriebssystem an die Bedingungen spezifischer Märkte und die Anforderungen einzelner Kundengruppen anzupassen. Der duale Vertrieb ermöglicht es dem Hersteller somit, Kundengruppen zu erreichen, die außerhalb der Reichweite seines direkten Vertriebs liegen, weil es sich für den Hersteller regelmäßig nicht lohnt, für alle Gebiete und für alle möglichen Kundengruppen einen eigenen flächendeckenden Vertrieb aufzubauen. Dabei kommt der duale Vertrieb nicht nur dem Hersteller zugute, der ein flexibleres Vertriebsnetz für seine Produkte gestalten kann. Auch die Händler profitieren davon, dass ein Produkt durch den Eigenvertrieb des Herstellers, beispielsweise über eigene Flagshipstores, einen größeren Bekanntheitsgrad erreicht und der Markenabsatz auch im Sortiment der Händler dadurch steigt. Schließlich profitieren auch Kunden nicht nur von dem markeninternen Wettbewerb zwischen (verschiedenen) Händlern und dem Hersteller, sondern auch von der Stärkung des Wettbewerbs zwischen den Marken durch den dualen Vertrieb.

Das dem dualen Vertrieb zugrundeliegende Rechtsverhältnis zwischen Hersteller und Händler ist vorwiegend vertikaler Natur. Die Kommission scheint das nun grundsätzlich anzuerkennen, da sie sich dazu entschlossen hat, ihre Erläuterungen zum Informationsaustausch im dualen Vertrieb in ein neues Kapitel in den Vertikal-Leitlinien zu integrieren und nicht, wie noch im letzten Sommer vorgeschlagen,

ausschließlich in den Horizontal-Leitlinien. Sofern ein Informationsaustausch im dualen Vertrieb jedoch nicht der Freistellung nach der Vertikal-GVO unterfällt, soll eine Einzelfallprüfung anhand der strengeren Horizontalregelungen erfolgen. Hier wird angeregt, zu prüfen, ob es im Sinne der Rechtssicherheit und Praktikabilität nicht angemessener wäre, den Informationsaustausch im dualen Vertrieb insgesamt nach den Maßstäben der Vertikalregelungen zu evaluieren, wie es auch in dem von der Kommission in Auftrag gegebenen Comemo Expert Report (S. 48) empfohlen wird.

In dem Konsultationsdokument nimmt die Kommission keinen Bezug mehr auf die im Sommer 2021 im Neuentwurf der Vertikal-GVO vorgeschlagene Einführung eines zusätzlichen Schwellenwertes auf Einzelhandelsebene. Der BDI hatte sich deutlich gegen die Einführung einer neuen Marktanteilschwelle für den dualen Vertrieb ausgesprochen und begrüßt, dass dieses Vorhaben offensichtlich durch die Kommission nicht weiterverfolgt wurde. Eine zusätzliche Marktanteilschwelle hätte zu unnötiger Rechtsunsicherheit in einem Kontext geführt, in dem negative Auswirkungen auf den Wettbewerb auf Einzelhandelsebene höchst unwahrscheinlich sind.

Zum Entwurf des neuen Kapitels der Vertikal-Leitlinien

1. Klarstellung bei Exklusivität/Vorbehaltskunden erforderlich

Der Entwurf der Leitlinien der Kommission nimmt keine Unterscheidung hinsichtlich verschiedener möglicher Fallgestaltungen im Rechtsverhältnis zwischen Hersteller und Händler vor. Es wird lediglich darauf abgestellt, ob Hersteller und Händler auf demselben downstream Markt tätig sind. Eine weitergehende Differenzierung, ob aus Kundensicht tatsächlich ein Wettbewerbsverhältnis besteht, findet nicht statt.

So bleibt beispielweise unklar, wie mit Situationen umzugehen ist, in denen der Hersteller zwar auch Händler einsetzt, sich gewisse Kundengruppen, etwa Großkunden, aber exklusiv selbst vorbehält. Gerade im industriellen Bereich ist dies häufig der Fall. Hier besteht aus Kundensicht de facto kein Wettbewerbsverhältnis zwischen Hersteller und Händler. Zwar könnten die Vorbehaltskunden des Herstellers die Ware oder Dienstleistung auch passiv bei einem Händler beziehen, müssten dann aber voraussichtlich höhere Preise (inkl. Händlermarge) zahlen als beim Direktbezug. Diese Situation sollte bereits nicht als dualer Vertrieb angesehen werden (so auch der von der Kommission in Auftrag gegebenen Comemo Expert Report (S. 23 ff)) und sollte auch nicht nach horizontalen Maßstäben bewertet werden. Hier sollte die Kommission eine entsprechende Klarstellung in die Leitlinien aufnehmen.

2. Potenzieller Wettbewerb, Randnummer 4 des Leitlinienentwurfes

Es ist positiv, dass die Kommission den potenziellen Wettbewerb auf eine Eintrittswahrscheinlichkeit „innerhalb eines Jahres“ begrenzt und die nur abstrakt-theoretische Möglichkeit eines Markteintritts nicht ausreichen lässt. Noch hilfreicher wäre es, ein zusätzliches greifbares Kriterium einzuführen, nach dem beispielsweise Hinweise aus öffentlich zugänglichen Quellen oder Verhaltensweisen des potenziellen Wettbewerbers den Markteintritt unmittelbar erwarten lassen, und das dem Unternehmen eine autonome Selbsteinschätzung ermöglicht.

3. Notwendigkeit des Informationsaustausches, Randnummer 10 des Leitlinienentwurfes

Die laufende Konsultation bezieht sich nicht auf die geplanten Änderungen in der Vertikal-GVO selbst. Die Kommission geht jedoch nach den Angaben in Randnummer 10 des Leitlinienentwurfes davon aus, dass die neue Vertikal-GVO in Artikel 2 Abs. 5 die Aussage enthalten wird, dass die Gruppenfreistellung keine Anwendung auf Fälle des Informationsaustausches zwischen Herstellern und Händlern in dualen Vertriebsverhältnissen finden wird, soweit der Informationsaustausch nicht notwendig ist, um die Produktion oder den Vertrieb der Vertragswaren oder -dienstleistungen durch die Parteien zu verbessern („*where the information exchange is not necessary to improve the production or distribution of the contract goods or services by the parties*“).

Auch wenn der Leitlinienentwurf in den folgenden Randnummern Anwendungsbeispiele für den zulässigen Informationsaustausch enthält, sei doch angemerkt, dass es sich bei der Frage, ob eine Information „notwendig“ zur Verbesserung der Produktion oder des Vertriebs ist, um eine subjektive Bewertung handelt und dass aus Unternehmenssicht das Risiko besteht, dass die Wettbewerbsbehörden oder Gerichte hier eine enge Auslegung vornehmen werden, was wiederum zu einer konservativen und vorsichtigen Einschätzung durch die Unternehmen führen würde. Schließlich liegt die Beweislast für die Frage, ob eine Information „notwendig“ ist, bei den Unternehmen. Hier wäre es hilfreich, wenn die Kommission angeben könnte, ob man sich bei der Frage, wann die Notwendigkeit vorliegt, auf bekannte Konzepte wie das „need-to-know“-Prinzip stützen kann. Alternativ könnte die Kommission auch über die Einführung eines objektiveren Abgrenzungskriteriums nachdenken und hierzu Erläuterungen in die Leitlinien einfügen. So schlägt der von der Kommission in Auftrag gegebene Commeo Expert Report auf S. 47 das Kriterium „*directly related*“ vor („*The revised VBER should, within the general market share thresholds of Art. 3 VBER, only exclude Information Exchange in dual distribution scenarios from its scope of application which is not “directly related” to the functioning and/or facilitation of a vertical agreement or not proportionate to it.*“).

4. Positiv- und Negativkatalog in Randnummer 13 und 14 des Leitlinienentwurfes

Randnummer 13 des Leitlinienentwurfes enthält eine nicht abschließende Liste mit Beispielen für Informationen, die aus Sicht der Kommission als „notwendig“ für die Verbesserung der Produktion oder des Vertriebs der Vertragswaren oder -dienstleistungen durch die Parteien angesehen werden und damit nach der Vertikal-GVO freigestellt werden können (Positivkatalog). Randnummer 14 enthält dagegen Fälle des Informationsaustausches, die nach Ansicht der Kommission grundsätzlich nicht als „notwendig“ angesehen werden und damit nicht der Freistellung unterfallen (Negativkatalog).

Der BDI begrüßt ausdrücklich, dass die Kommission den Unternehmen in den Leitlinien konkrete Beispiele an die Hand geben will, in welchen Fällen ein Informationsaustausch als unkritisch angesehen wird und in welchen Fällen kartellrechtliche Bedenken bestehen können. Allerdings sehen wir noch Verbesserungspotential hinsichtlich der Systematik und des Inhalts der Randnummern 13 und 14.

a) Einführung einer Vermutungsregelung

Auch wenn die Kommission in Randnummer 13 betont, dass die Liste der genannten Regelbeispiele nicht abschließend sei, ist erfahrungsgemäß davon auszugehen, dass nur für die genannten Beispiele

auch tatsächlich Rechtssicherheit besteht und jeder darüberhinausgehende Austausch von Informationen kritisch geprüft werden würde. Der Katalog in Randnummer 13 enthält zwar viele für den dualen Vertrieb essenzielle Beispiele des Informationsaustausches, er ist jedoch bei weitem nicht abschließend. Um die Rechtssicherheit für die Unternehmen weiter zu erhöhen und den Auslegungsmaßstab der Randnummer 13 nicht zu eng anzulegen, wäre es daher vorzuziehen, in Randnummer 13 eine Vermutungsregel einzuführen, nach der grundsätzlich alle Arten von Informationen als „notwendig“ (bzw. „*directly related*“, siehe oben) für den Informationsaustausch im dualen Vertrieb angesehen werden. Dies könnte dann durch die gelisteten, nicht abschließenden Regelbeispiele veranschaulicht werden. Die Vermutung müsste im Einzelfall durch die Wettbewerbsbehörden widerlegt werden. Nur im Falle der Informationskategorien in Randnummer 14 würde die Vermutungsregel nicht greifen.

b) Ergänzung der Regelbeispiele erforderlich

Sehr zu begrüßen ist die Klarstellung, dass es bei den in Randnummer 13 gelisteten Fällen des Informationsaustausches nicht darauf ankommt, ob die Information durch den Hersteller oder den Händler übermittelt wurde, wie häufig der Austausch stattfindet oder ob die Informationen die Vergangenheit, Gegenwart oder Zukunft betreffen. Diese Klarstellung ist in der Praxis äußerst hilfreich. Die genannten Regelbeispiele für den zulässigen Informationsaustausch decken bereits eine Vielzahl der in der Praxis für den dualen Vertrieb relevanten Kategorien von Informationen ab, wie beispielsweise den Austausch technischer Informationen in Bezug auf die Vertragsprodukte, Informationen zu Werbekampagnen, Informationen zu Absatzmengen und Umsatz des Händlers oder, unter gewissen Voraussetzungen, Informationen zu Abverkaufspreisen des Händlers.

Dennoch sind die genannten Regelbeispiele für den pro-kompetitiven Informationsaustausch zwischen Hersteller und Händler bei weitem nicht abschließend. Der Katalog in Randnummer 13 sollte ergänzt werden um den Austausch allgemeiner Informationen zu wichtigen Marktentwicklungen, wie etwa Angaben zum Marktwachstum, zur Identifikation neuer Wettbewerber und Produkte, bzw. zum Ausscheiden von Wettbewerbern oder deren Produkten aus dem Markt.

Randnummer 14 b) nimmt den Austausch nicht-aggregierter kundenspezifischer Daten explizit von der Freistellung der Vertikal-GVO aus. Dies greift deutlich zu kurz und würde in der Praxis etablierte Formen des pro-kompetitiven und kundenorientierten Informationsaustausches zwischen Hersteller und Händler verbieten. So ist es in vielen Fällen des dualen Vertriebs üblich, dass ein Händler den Hersteller bezüglich technischer oder kommerzieller Fragen um Vertriebsunterstützung bittet, um Endkundenwünsche und -anforderungen im Interbrand-Wettbewerb bedienen zu können. Das können beispielsweise gewünschte Sonderkonditionen (z.B. besondere (Zahlungs-)konditionen, Gewährleistungsregeln, Lieferfristen) oder eine Vor-Ort Unterstützung für ein spezielles Projekt, aber auch für einen bestimmten Kunden sein. Hierzu ist eine Information zu den Kundendaten des Händlers erforderlich. Nach dem Vorschlag der Kommission würde diese Art der Kooperation zwischen Hersteller und Händler unterbunden werden – zum Nachteil des Endkunden. Die in Randnummer 14 b) genannten Gegenmaßnahmen (*“unless in each case such information is necessary to enable the supplier or buyer to adapt the contract goods or services to the requirements of the customer or to provide guarantee or after-sales services”*) sind nicht in jedem relevanten Fall anwendbar.

Im industriellen Bereich muss der Hersteller oftmals die Händler z.B. im technischen Marketing seiner Produkte unterstützen. Gerade bei hochkomplexen technischen Produkten kann ein Händler nicht alle Produktdetails aller von ihm vertriebenen Produkte kennen und den Kunden vermitteln. Hier wird oft

auf die beim Hersteller vorhandene Expertise zurückgegriffen, mitunter auch durch gemeinsame Kundenbesuche. Hierzu ist aber die Identifikation von und ein Austausch zu individuellen Kunden und deren technischen wie kommerziellen Bedürfnissen zwingend erforderlich. Nur so können Kunden bestmöglich beraten werden, gerade auch in Abgrenzung zu Produkten anderer Hersteller (Interbrand-Wettbewerb). Eine Anpassung der Produkte erfolgt dabei nicht notwendig, auch der aftersales-Bereich wird nicht zwingend tangiert.

Ebenso wie bei der soeben erwähnten Erfüllung spezieller Kundenwünsche ist es auch insbesondere im Projektgeschäft oder zur erstmaligen Gewinnung eines Kunden oftmals so, dass Händler Sonderkonditionen benötigen, um im Interbrand-Wettbewerb bestehen zu können. Auch hier können dies besonders günstige Einkaufspreise sein, sonstige besondere Zahlungskonditionen oder Gewährleistungsregeln, oder auch das Zur-Verfügung-Stellen bestimmter Geschäftsausstattungen oder Werkzeuge für den (Business-)Kunden durch den Hersteller. Für den Hersteller ist bei entsprechenden Anfragen wichtig, abschätzen zu können, inwieweit das Gewähren entsprechender Sonderkonditionen bzw. die Dreingabe entsprechender Materialien für ihn kommerziell attraktiv ist, um den effektiven Einsatz der ihm für entsprechende Geschäfte zur Verfügung stehenden Ressourcen im Wettbewerb zu anderen Herstellern sicherzustellen. Auch hierzu ist ein Austausch zur Identität von individuellen Kunden bzw. Projekten und deren technischen wie kommerziellen Bedürfnissen notwendig.

Die Rückausnahme in RN 14 b) des Leitlinienentwurfes sollte daher entsprechend erweitert werden, um auch die technische oder kommerzielle Unterstützung des Händlers durch den Hersteller mit Blick auf bestimmte Kunden oder Projekte und letztlich im gemeinsamen Interesse von Hersteller und Händler liegende Maßnahmen zu einer erfolgreichen, markenbezogenen Kundenbindung und -loyalisierung zu ermöglichen.

Impressum

Bundesverband der Deutschen Industrie e.V. (BDI)
Breite Straße 29, 10178 Berlin
www.bdi.eu
T: +49 30 2028-0

Redaktion

Nadine Rossmann
Referentin Abteilung Recht, Wettbewerb und Verbraucherpolitik
T: +32 2 792-1005
n.rossmann@bdi.eu

Dr. Ulrike Suchsland
Referentin Abteilung Recht, Wettbewerb und Verbraucherpolitik
T: +49 30 2028-1408
u.suchsland@bdi.eu

EU-Transparenzregister: 1771817758-48

BDI Dokumentennummer: D1507