

Stellungnahme

Zur Überarbeitung der Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen und der Leitlinien für vertikale Beschränkungen

Bundesverband der Deutschen Industrie e.V.

1. Einleitung

Der Bundesverband der Deutschen Industrie e.V. (BDI) begrüßt, dass die Europäische Kommission angekündigt hat, die Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen (Vertikal-GVO) und die Leitlinien für vertikale Beschränkungen (Vertikal-Leitlinien) über das Jahr 2022 hinaus beizubehalten. Die Vertikal-GVO und die Leitlinien bieten den Unternehmen eine ganz wesentliche und in der Praxis enorm nützliche Orientierungshilfe. In dem nun vorgestellten Entwurf der aktualisierten Vertikal-GVO und der Leitlinien gibt es jedoch einige Aspekte, die der weiteren Anpassung bedürfen.

Angesichts der stark veränderten Vertriebslandschaft seit Verabschiedung der geltenden Vertikal-GVO im Jahr 2010, unter anderem aufgrund der starken Zunahme des Online-Handels oder der wachsenden Bedeutung und veränderten Rolle von Plattformen, und zahlreicher Behörden- und Gerichtsentscheidungen auf europäischer und nationaler Ebene war eine Aktualisierung der Vertikal-GVO und insbesondere der Leitlinien unumgänglich. Die Europäische Kommission setzt hier wichtige Weichenstellungen, indem sie zum Beispiel Klarstellungen bezüglich der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit von Beschränkungen des Online-Vertriebs einfügt oder zu einem gewissen Maße die Ausnahmen für Beschränkungen des aktiven Verkaufs ausweitet. In anderen Bereichen, wie insbesondere den vorgeschlagenen Änderungen bezüglich des dualen Vertriebs, schränkt die Kommission den *Safe Harbour* für Unternehmen unnötig ein und verringert auf diese Weise die Rechtssicherheit. Hier sollte vor Verabschiedung der neuen Vertikal-GVO und der Leitlinien dringend nachgesteuert werden.

Ganz allgemein ist es für Hersteller in der EU wichtig, dass der Rechtsrahmen für den Vertrieb möglichst in allen Ländern gleich ist. Vertriebs- und Konditionssysteme werden – auch angesichts der zunehmenden internationalen Tätigkeit der Kunden – immer mehr über mehrere Länder hinweg harmonisiert. Vor diesem Hintergrund ist es misslich und erhöht den Compliance-Aufwand von Unternehmen deutlich, wenn die Interpretation der europäischen Kartellrechtsregeln in verschiedenen Ländern stark abweicht. Die Kommission sollte alle Möglichkeiten nutzen, um hier zu einer europaweit möglichst einheitlichen Auslegung und Anwendung des Rechts beizutragen.

2. Anmerkungen zum Entwurf der Vertikal-GVO und der Vertikal-Leitlinien

a) Dualer Vertrieb, Artikel 2 Abs. 4-7 des Entwurfs der Vertikal-GVO

Die Europäische Kommission schlägt im Entwurf der Vertikal-GVO deutliche Verschärfungen bezüglich der bisherigen generellen Freistellung des dualen Vertriebs vor. So sieht Art. 2 Abs. 4 des Entwurfs der Vertikal-GVO vor, den derzeit geschützten Bereich für den zweigleisigen Vertrieb auf Fälle zu beschränken, in denen der gemeinsame Marktanteil der beteiligten Unternehmen auf Einzelhandelsebene höchstens 10 % beträgt. Sofern der gemeinsame Marktanteil höher ist, bleibt der duale Vertrieb im Rahmen der Vertikal-GVO zwar freigestellt, allerdings mit Ausnahme des Informationsaustauschs zwischen den an der vertikalen Vereinbarung beteiligten Unternehmen (Art. 2 Abs. 5 des Entwurfs der Vertikal-GVO). Dieser ist nach den Vorschriften für horizontale Vereinbarungen zu beurteilen. Im Widerspruch zu Art. 2 Abs. 5 des Entwurfs der Vertikal-GVO legt RN 90d des Entwurfs der Vertikal-Leitlinien sogar nahe, dass die Freistellung für den dualen Vertrieb nach Art. 2 Abs. 5 entfällt, sofern der Informationsaustausch nicht im Einklang mit den Horizontalleitlinien steht. Die Freistellung entfällt in jedem Fall komplett, wenn die vertikale Vereinbarung eine Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den miteinander konkurrierenden Anbietern und Abnehmern bezweckt (Art. 2 Abs. 6 des Entwurfs der Vertikal-GVO). Außerdem gilt die Freistellung nicht für Anbieter von Online-Vermittlungsdiensten, die Waren oder Dienstleistungen im Wettbewerb mit Unternehmen verkaufen, für die sie die Online-Vermittlungsdienste erbringen (Art. 2 Abs. 7 des Entwurfs der Vertikal-GVO).

Der BDI spricht sich deutlich gegen diese Änderungen aus, die zu starker Rechtsunsicherheit der Hersteller und Händler in bestehenden und künftigen dualen Vertriebssystemen führen würden. Durch den dualen Vertrieb eröffnet der Hersteller den markeninternen („intra-brand“) Wettbewerb, wozu er kartellrechtlich nicht verpflichtet ist. Damit stärkt er auch den Wettbewerb zwischen den Marken („inter-brand“), da er die Reichweite seiner Produkte durch die Einbindung von Distributoren erweitern kann. Diese grundsätzliche pro-kompetitive Komponente lässt die Kommission vollständig unberücksichtigt. Der zweigleisige Vertrieb trägt zu einem effizienten 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 beispielsweise nicht lohnt, in einem bestimmten Gebiet einen eigenen

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.

Die Verschärfung der bisherigen Freistellung für den dualen Vertrieb hätte schwerwiegende Folgen für Hersteller und Händler. Sofern der Hersteller den dualen Vertrieb aufrechterhalten will – und hier reicht es schon, wenn er ein einziges Warengeschäft oder einen Onlineshop unterhält –, müssten sämtliche bestehenden Vertriebsverträge jeweils für sich und individuell neu bewertet und – sofern die vorgeschlagene neue Marktanteilsschwelle überschritten wurde – auch neu verhandelt und permanent kartellrechtlich begleitet werden. Denn eine Vielzahl der beispielsweise im Rahmen selektiver Vertriebssysteme geschlossenen Vereinbarungen zwischen Herstellern und Händlern würde hinsichtlich des stattfindenden Informationsaustauschs kartellrechtlich plötzlich ganz anders zu prüfen sein, nämlich nach den grundsätzlich viel strengeren Regelungen für Vereinbarungen und Verhaltensweisen zwischen Wettbewerbern.

Es bleibt auch völlig unklar, welche Vereinbarungen eine Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den miteinander konkurrierenden Anbietern und Abnehmern im Sinne von Art. 2 Abs. 6 des Entwurfs der Vertikal-GVO bezwecken.

▪ *Einführung eines 10 %-Schwellenwertes auf Einzelhandelsebene*

Der BDI spricht sich deutlich gegen die Einführung eines zusätzlichen Schwellenwertes auf Einzelhandelsebene aus. Gründe für die Einführung einer solchen zusätzlichen Schwelle sind nicht ersichtlich. Die Ermittlung des relevanten sachlichen und räumlichen Marktes und die Bewertung der Marktanteile ist – insbesondere im Einzelhandelsbereich – von erheblichen Unsicherheiten geprägt, die in hohem Maße von der Verfügbarkeit zuverlässiger Marktanteilsinformationen abhängen. Die Hersteller müssten jede Vertriebsvereinbarung für jeden einzelnen Markt neu bewerten. Hinzu kommt, dass durch den Anstieg des Marktanteils eines Händlers die Marktanteilsschwelle überschritten werden kann und dadurch das gesamte Vertriebssystem eines Herstellers neu verhandelt werden müsste, da die Ausnahme für den dualen Vertrieb nach Art. 2 Abs. 4 des Entwurfs der Vertikal-GVO dann nicht mehr greifen würde. Eine zusätzliche Marktanteilsschwelle würde

zu unnötiger Rechtsunsicherheit in einem Kontext führen, in dem negative Auswirkungen auf den Wettbewerb auf Einzelhandelsebene höchst unwahrscheinlich sind. Insofern handelt die Kommission gegen ihre eigenen Ansprüche, mehr Rechtsklarheit zu schaffen, um die Compliance-Anforderungen und -Kosten für Unternehmen zu minimieren.

Rechtsunsicherheit bei der Bewertung der Marktanteile besteht beispielsweise beim Vertrieb von Ersatzteilen, bei denen die Marktanteile der Hersteller für jede Art von Ersatzteil unterschiedlich sind. Auch für Hersteller von Zwischenprodukten ist es nahezu unmöglich, auf die Marktanteile auf einem weiter nachgelagerten Markt abzustellen. Es sind auch Situationen wahrscheinlich, in denen hinsichtlich eines Produktes die 10%ige Marktanteilsschwelle zwischen dem Hersteller und einigen Händlern überschritten wird, zwischen dem Hersteller und anderen Händlern aber nicht. Dies würde dazu führen, dass der Hersteller intern hinsichtlich desselben Produktes verschiedene Systeme der Informationsabfrage und -auswertung vorsehen müsste. Eine gemeinsame Marktanteilsschwelle auf Einzelhandelsebene hätte außerdem zur Folge, dass Hersteller mit geringen Marktanteilen, die ihre Waren über marktstarke Händler vertreiben, aufgrund der Marktmacht der Händler nicht mehr parallel zu diesen tätig werden können. Damit würde der Wettbewerb im Einzelhandel verringert und die marktstarken Händler würden weiter an Marktmacht gewinnen.

Die Kommission sollte daher von der Einführung einer zusätzlichen Marktanteilsschwelle Abstand nehmen. Sollte sie dennoch an diesem Vorschlag festhalten, sollte die neue Schwelle wenigstens deutlich erhöht werden. Der vorgeschlagene Wert einer gemeinsamen Marktanteilsschwelle von 10 % ist viel zu niedrig. Eine so niedrige Marktanteilsschwelle bedeutet im Wesentlichen, dass ein freigestellter Informationsaustausch in einem dualen Vertriebssystem nur noch in Märkten mit vielen Marktteilnehmern stattfinden kann, die alle jeweils einen sehr geringen Marktanteil haben, oder aber in einem Markt, in dem andere Marktteilnehmer eine sehr deutliche marktführende Stellung innehaben. Beides ist ungewöhnlich, so dass die Vorschriften der GVO zum dualen Vertrieb (ohne Ausnahme für den Informationsaustausch) nur in wenigen Fällen anwendbar wären.

▪ *Kartellrechtliche Bewertung des Informationsaustauschs im Rahmen des dualen Vertriebs*

Sofern die vorgeschlagene 10%-Marktanteilsschwelle überschritten ist, soll die Freistellung des dualen Vertriebs nicht für den Informationsaustausch zwischen den betreffenden Unternehmen gelten, der künftig nach (noch neu zu gestaltenden) Vorschriften in den Leitlinien für horizontale Vereinbarungen zu beurteilen ist.

Die Kommission lässt hier außer Acht, dass auch in einem dualen Vertriebssystem der Informationsaustausch in einer vertikalen Beziehung unerlässlich ist, um die Effizienz des Vertriebsnetzes zu steigern und die Bedürfnisse der Kunden besser zu erfüllen. Ein Hersteller, der Produkte über ein Vertriebsnetz vertreibt, benötigt Informationen von seinen Vertriebshändlern und muss sich auf diese verlassen können, um im markenübergreifenden Wettbewerb bestmöglich bestehen zu können. Der Hersteller muss die Bedürfnisse der Endkunden kennen, um seine Produkte entsprechend dieser Bedürfnisse weiterentwickeln und auf die Marktdynamik reagieren zu können. Zudem muss ein Hersteller auch von Werbemaßnahmen oder besonderen Angeboten seiner Händler wissen, um seinen Vertrieb effektiv organisieren zu können. Hierfür ist er auf Informationen und Erfahrungen der Händler angewiesen. Die Beziehung zwischen Hersteller und Händler in einem dualen Vertriebssystem unterscheidet sich insoweit nicht von anderen vertikalen Beziehungen. Die durch den Hersteller daraufhin einseitig getroffenen Maßnahmen stärken den Inter-Brand-Wettbewerb deutlich.

Der Entwurf der Vertikal-GVO scheint jedoch klar davon auszugehen, dass jeglicher Informationsaustausch in einem dualen Vertriebsszenario höchst problematisch ist und ein hohes Risiko für den Wettbewerb darstellt. Eine formale Trennung zwischen vertikalen und horizontalen Aspekten des Informationsaustauschs wäre in vielerlei Hinsicht künstlich und verkennt, dass dem dualen Vertrieb zwangsläufig beide Elemente untrennbar inhärent sind. Unterwirft man den Transfer von Informationen aus dem B2B-Kanal zu den D2C-Aktivitäten eines Herstellers formalistisch den strengen Horizontal-Regeln, dürften diese unter Wettbewerbern wahrscheinlich nicht ausgetauscht werden. Dann würde dualer Vertrieb aber nicht funktionieren, weil der Hersteller bei seinen eigenen Vertriebsaktivitäten nicht adäquat reagieren könnte.

Weiter ist zu beachten, dass die Bewertung der horizontalen Aspekte im dualen Vertrieb unterschiedlich ausfallen muss, je nachdem, wie der Hersteller sein Vertriebssystem aufbaut. Ist der Hersteller im Vertrieb völlig parallel zu seinen Händlern tätig („nicht-exklusiver Händler“), kann der Aspekt des horizontalen Informationsaustausches eine Rolle spielen. Ist der Hersteller im Vertrieb nicht völlig parallel zu den Händlern tätig, z.B. weil er selbst nur Vorbehaltskunden betreut, ist der horizontale Aspekt verringert: die Kunden des Händlers können nicht beim Hersteller kaufen, weil dieser sich vollständig (aktiv und passiv) vom Vertrieb an Kunden des Händlers enthält. Theoretisch könnten die Vorbehaltskunden des Herstellers bei den Händlern kaufen (passiver Vertrieb), aber das dürfte nur in Sonderfällen vorkommen. Hier hätte zum Beispiel ein Austausch über die Kundennamen der Händler-Kunden für den Hersteller keine horizontal

relevante Bedeutung, da der Hersteller zu diesen Kunden gar nicht in Wettbewerb mit dem Händler steht. Sind mehrere Händler parallel eingesetzt, muss der Hersteller die horizontalen Aspekte des „Hub&Spoke“ beachten und darf Informationen, die er von einem Händler erhält, nicht direkt an andere Händler weiterreichen.

Es ist bedauerlich, dass die Kommission bezüglich der künftigen Beurteilung des Informationsaustausches in dualen Vertriebssystemen in ihrem Entwurf zwar auf die Regelungen zum Informationsaustausch in den Horizontal-Leitlinien hinweist, allerdings noch keinerlei Hinweise darauf gibt, wie diese künftig ausgestaltet werden sollen. Die Regelungen in den Horizontal-Leitlinien werden bis Ende 2022 ebenfalls überarbeitet und sollen – so der aktuell laufenden Konsultation zu den Horizontal-Gruppenfreistellungsverordnungen und -Leitlinien zu entnehmen – spezifische Regelungen für duale Vertriebssysteme enthalten. Zur besseren Beurteilung der Rechtssicherheit in der vorliegenden Konsultation wäre es sehr hilfreich gewesen, wenn die Kommission ihre entsprechenden Überlegungen zu den neuen Horizontal-Leitlinien bereits jetzt vorgestellt hätte. Zur Beseitigung der großen Rechtsunsicherheit, die der Entwurf der Vertikal-GVO insoweit geschaffen hat, sollte die Kommission noch vor Verabschiedung der neuen Horizontal-Regeln klarstellen, dass ein Hersteller ein legitimes Interesse hat, Informationen, die er legal im Rahmen einer vertikalen Lieferbeziehung erhalten hat, auch bei seinen eigenen Vertriebsaktivitäten zu verwenden, ohne sich dem Vorwurf einer Kartellabsprache auszusetzen.

Sollte es bei dem jetzt vorgeschlagenen System in Art. 2 des Entwurfs der Vertikal-GVO bleiben, ist es in jedem Fall wichtig, dass die künftigen Horizontalleitlinien rechtssichere und klare Vorgaben für die Beurteilung des Informationsaustausches in dualen Vertriebssystemen enthalten. So ist unbedingt klarzustellen, dass bei der Beurteilung der Zulässigkeit des Informationsaustausches das Vertriebsverhältnis als Grundlage der Beziehung zu beachten ist. Denn ohne die Ermächtigung zum Vertrieb wäre der Händler kein Wettbewerber des Herstellers – hier liegt ein entscheidender Unterschied zu den klassischen Fällen des Informationsaustausches zwischen Wettbewerbern vor.

Um den dualen Vertrieb aufrecht erhalten zu können, bedarf es einer klaren Aussage, dass Hersteller und Händler in der für Vertikalverhältnisse üblichen Art und Weise zusammenarbeiten können, ohne den Vorwurf eines unrechtmäßigen "Informationsaustauschs" befürchten zu müssen - selbst wenn der Hersteller gegebenenfalls Informationen erhält, die im Rahmen eines direkten, horizontalen Verhältnisses wettbewerbslich relevant sein könnten.

Die Zulässigkeit des Informationsaustausches sollte auch nicht von der Errichtung von "Chinese Walls" innerhalb der Organisation des Herstellers abhängig gemacht werden. Es ist aus Sicht des Herstellers nicht möglich und nicht praktikabel, seine verschiedenen Vertriebskanäle völlig unabhängig voneinander zu führen. So muss es dem Anbieter beispielsweise erlaubt sein, die Kampagnenstrategie eines Händlers durch Informationen, die er rechtmäßig im Rahmen der vertikalen Beziehung erhalten hat, zu berücksichtigen, wenn er eigene Werbekampagnen in seinem Direktvertriebskanal plant.

Vor diesem Hintergrund sollte in den Horizontalleitlinien klargestellt werden, dass die rechtmäßige Sammlung von Informationen in einem vertikalen Kontext, gefolgt von einer einseitigen Entscheidung auf der Grundlage dieser Informationen, grundsätzlich nicht als abgestimmte Verhaltensweise oder als verbotener "Austausch" sensibler Informationen gilt. Auch unabhängig von Fragen des Informationsaustausches wären Angaben zur Unterscheidung zwischen zulässiger einseitiger Anpassung an das Marktverhalten konkurrierender Einzelhändler einerseits und verbotenen abgestimmten Verhaltensweisen mit diesen Einzelhändlern andererseits im Rahmen dualer Vertriebssysteme zu begrüßen. So bleibt beispielsweise unklar, ob bereits eine abgestimmte Verhaltensweise vorliegt, wenn ein Hersteller einseitig Anpassungen an seinem Direktvertriebssystem vornimmt, nachdem er eine Beschwerde eines seiner Händler dazu erhalten hat.

■ *Ausschluss von Online-Vermittlungsdiensten*

Es gibt keinen ersichtlichen Grund, Anbieter von Online-Vermittlungsdiensten generell vom Vorteil des Safe Harbour auszuschließen, wenn sie eine hybride Funktion haben, d. h. wenn sie Waren oder Dienstleistungen im Wettbewerb mit Unternehmen verkaufen, denen sie Online-Vermittlungsdienste anbieten. Dies ist eine ungerechtfertigte Diskriminierung bestimmter Anbieter von Vermittlungsdiensten. Eine solche strenge Regelung könnte auch die Bemühungen europäischer Plattformunternehmen beeinträchtigen, ihre Tätigkeiten auszubauen, und sich somit gerade gegenüber den großen amerikanischen und chinesischen Plattformen im Wettbewerb zu behaupten. Mit der Streichung der Vorteile der Vertikal-GVO für bestimmte Marktteilnehmer übersieht die Kommission außerdem die großen Vorteile, die ein solches Online-Vermittlungsdienstleistungsgeschäft auch für die Kunden bringt. Die Kunden profitieren von einer größeren Produktvielfalt, einer größeren Auswahl, einer größeren Preistransparenz und somit von mehr Wettbewerb für die Produkte, die (auch) über einen Vermittlungsdienstleister verkauft werden.

Aufgrund der vorgeschlagenen Regelung in Art. 2 Abs. 7 des Entwurfs der Vertikal-GVO besteht die Sorge, dass z.B. ein „traditioneller“ Produkthersteller die Gruppenfreistellung für Vertikalverträge verlieren könnte, nur weil er seinen Händlern für den Absatz seiner Produkte zusätzlich als Absatzförderungstool eine Online-Plattform zur Verfügung stellt. Dies erscheint unangemessen und auch im Hinblick auf RN 12 der Erwägungsgründe nicht nachvollziehbar, in der auf angeblich typische negative Effekte für den Inter-Brand-Wettbewerb verwiesen wird. Es ist schwer ersichtlich, wie die oben dargestellte Konstellation des Plattformangebots eines Herstellers für seine Händler den Inter-Brand-Wettbewerb schädigen sollte. Es sollte daher zumindest klargestellt werden, dass Art. 2 Abs. 7 des Entwurfs der Vertikal-GVO nicht für Produkthersteller (als „Hauptaktivität“) gilt, die zusätzlich für den Absatz ihrer Produkte auch Online-Plattformen anbieten.

▪ *Dualer Vertrieb durch Großhändler und Importeure*

Die Ausweitung der Freistellung des Dualen Vertriebs auf Großhändler und Importeure in Art. 2 Abs. 4 a des Entwurfs der Vertikal-GVO ist zu begrüßen. Vereinbarungen zwischen Großhändlern bzw. Importeuren, die auf der Einzelhandelsstufe aktiv sind, und ihren Vertriebshändlern sind in ihren Wirkungen nicht anders zu betrachten als Vereinbarungen von Herstellern, die selbst auf der Einzelhandelsstufe tätig sind.

Die Vertikal-GVO sollte in diesem Zusammenhang aber auch die Besonderheiten der Rohstoffmärkte beachten. Auf den Rohstoffmärkten ist es üblich, dass Händler oder sogar Industriekunden, die auf der Großhandelsstufe einkaufen, auch die Möglichkeit haben, (überschüssige) Mengen auf der Großhandelsstufe zurückzuverkaufen. Es sollte klargestellt werden, dass der Rückverkauf von Mengen an den Großhändler oder auf der Großhandelsstufe nicht dazu führt, dass ein Händler oder Industriekunde ein "konkurrierendes Unternehmen" auf der Großhandelsstufe wird. Die bloße Möglichkeit des Rückverkaufs von Überschussmengen, die es dem Händler oder Industriekunden ermöglicht, sein Angebot an die Nachfrage anzupassen, ermöglicht den Wettbewerb und sollte nicht dazu führen, dass die Vertikal-GVO nicht mehr anwendbar ist.

b) Konzept der Marktanteilsschwellen, Artikel 3 des Entwurfs der Vertikal-GVO

Die Kommission sollte das System der Marktanteilsschwellen für die Anwendbarkeit der Vertikal-GVO auf den Prüfstand stellen. Zumindest sollte

überlegt werden, die Schwelle in Art. 3 Vertikal-GVO anzuheben. Praktisch handhabbarer und wettbewerbspolitisch angemessener wäre eine Marktanteilsschwelle von mindestens 40 %. Die 2010 eingeführte zweite Marktanteilsschwelle sollte komplett gestrichen werden. Die Regelung der doppelten Marktanteilsschwelle konterkariert die Anforderungen an möglichst große Rechtssicherheit. Anbietern ist es oft praktisch unmöglich, die Nachfrageanteile ihrer Abnehmer auf den Märkten für die Vertragswaren zu bestimmen. Letzteres gilt insbesondere in Fällen, in denen die Vertragswaren weiterverarbeitet bzw. weiterverwendet werden. In der Praxis muss hier oft mit Schätzungen gearbeitet werden, die wenig zur Rechtssicherheit beitragen. Ein direkter Austausch zwischen den Vertragsparteien zur Verständigung auf die Einhaltung der Marktanteilsschwellen stößt noch dazu häufig an Grenzen von Geheimhaltungspflichten und -interessen, d.h. die Überprüfung der zweiten Marktanteilsschwelle ist auch nicht praktikabel. Zudem wäre es hilfreich, wenn die EU-Kommission den Unternehmen konkretere Orientierungshilfen zur Ermittlung der Marktanteilsschwellen zur Verfügung stellen würde. Da vertikale Wettbewerbsbeschränkungen gerade für den inter-brand Wettbewerb fördernd wirken können, sollte erneut auf den Prüfstand, ob vertikale Wettbewerbsbeschränkungen nicht grundsätzlich dem Missbrauchsprinzip unterstellt werden könnten.

c) Kernbeschränkungen und Ausnahmen, Artikel 4 des Entwurfs der Vertikal-GVO

Die Kommission schlägt vor, die Bestimmungen zu Beschränkungen in Bezug auf Gebiete bzw. Kundengruppen in Art. 4 b der aktuellen Vertikal-GVO durch drei verschiedene Gruppen von Bestimmungen zu ersetzen (Art. 4 b-d des Entwurfs der Vertikal-GVO), um den Geltungsbereich des Verbots für den Alleinvertrieb, den selektiven Vertrieb und den freien Vertrieb klarzustellen. Dies trägt zum besseren Verständnis von Art. 4 der Vertikal-GVO bei. Darüber hinaus enthält Abschnitt 4.6 des Entwurfs der Vertikal-Leitlinien willkommene Erläuterungen zu diesen Vertriebssystemen.

▪ *Alleinvertrieb*

In Art. 4b des Entwurfs der Vertikal-GVO wird neu die Möglichkeit eines geteilten Alleinvertriebs geschaffen, der vorliegt, wenn ein Anbieter mehr als einen Alleinvertriebshändler in einem bestimmten Gebiet oder für eine bestimmte Kundengruppe benennt. Der BDI begrüßt diese Erweiterung der Vertikal-GVO, die

den Herstellern größere Flexibilität bei der Ausgestaltung ihrer Vertriebssysteme bringen wird.

Eine weitere positive Änderung in Bezug auf den Alleinvertrieb besteht darin, dass der Anbieter seine Abnehmer zur Weitergabe der Beschränkung des aktiven Verkaufs an ihre Kunden verpflichten kann. Nach Art. 4b i) des Entwurfs der Vertikal-GVO ist eine solche Weitergabe möglich, wenn der Kunde des Abnehmers eine Vertriebsvereinbarung mit dem Anbieter oder mit einem beteiligten Unternehmen geschlossen hat, dem der Anbieter Vertriebsrechte gewährt hat. Diese Änderung soll dazu beitragen, die Investitionsanreize für Alleinvertriebshändler besser zu schützen.

Positiv zu bewerten ist, dass RN 104 des Entwurfs der Vertikal-Leitlinien vorsieht, dass es sich bei einer im Rahmen eines Alleinvertriebssystems „exklusiv zugewiesenen Kundengruppe“ unter Umständen auch nur um einen einzigen Kunden handeln kann. Grundsätzlich zu begrüßen ist auch, dass RN 105 klarstellt, dass es auch „nicht-reservierte“ Gebiete oder Kundengruppen geben kann, die sich der Anbieter selbst vorbehalten oder aber zu einem späteren Zeitpunkt anderen Händlern zuweisen kann. Hier würde allerdings eine noch größere Vereinfachung und Flexibilisierung dadurch erzielt werden, dass der Anbieter die aktiven Verkaufsrechte einem Händler für ein gewisses Gebiet oder eine bestimmte Kundengruppe zuweisen kann, ohne explizit auf die anderen Gebiete oder Kundengruppen eingehen und sich diese gegebenenfalls selbst vorbehalten zu müssen.

RN 107 sieht vor, dass Alleinvertriebsvereinbarungen grundsätzlich selbst dann in den durch die Vertikal-GVO geschaffenen geschützten Bereich fallen können, wenn sie auch andere vertikale Beschränkungen enthalten, solange es sich nicht um Kernbeschränkungen handelt. Allerdings bleiben hier noch Fragen offen (Höhe des Geschäftsvolumens? Spürbarkeit der wettbewerbswidrigen Auswirkungen?), die durch nähere Ausführungen konkretisiert werden sollten.

▪ *Selektiver Vertrieb*

Es ist zu begrüßen, dass Art. 4c des Entwurfs der Vertikal-GVO nun vorsieht, dass selektive Vertriebssysteme in den betreffenden Gebieten besser vor Verkäufen durch nicht zugelassene Händler geschützt werden sollen. Dies kann zur Vermeidung von Trittbrettfahrern beitragen und die autorisierten Händler des selektiven Vertriebssystems, die Investitionen beispielsweise in Produktpräsentationen und Kundendienst getätigt haben, besser vor Importen durch nicht zugelassene Wiederverkäufer schützen. Es kann auch im Allgemeinen den

stationären Handel im Selektivvertriebsgebiet besser vor dem (aktiven) Online-Handel aus anderen Gebieten schützen.

Weitere Anmerkungen zu den Regelungen zum Selektivvertrieb im Entwurf der Vertikal-Leitlinien finden sich unten unter 2g).

▪ *Rechtssicherheit bei Kundenbeschränkungen*

Das Verbot von Kundenbeschränkungen wird vielfach dahingehend ausgelegt, dass es zugleich ein Verbot enthält, den Abnehmer zu verpflichten, die Vertragswaren weiterzuverarbeiten bzw. weiterzuverwenden und nicht *stand-alone* ohne weitere Wertschöpfung weiter zu vertreiben (sog. „Weiterverarbeitungsgebot“). Dies führt in der Praxis zu dem Ergebnis, dass bestimmte strategische Produkte zum Nachteil der Kunden überhaupt nicht an Systemanbieter verkauft werden.

Insbesondere in Bereichen, in denen es in der Regel keine reine Händlerebene gibt (z.B. OEM-Märkte), sollte ein Hersteller seinem Abnehmer vorgeben dürfen, dass er die Vertragswaren in seine eigenen Produkte einbauen muss und nicht ohne weiteres *stand-alone* weitervertreiben darf. Zudem besteht ein Wertungswiderspruch zu den zulässigen Weiterverarbeitungsverböten („Abnehmer darf die Produkte nicht in seine Produkte integrieren“), da diese als reine Verwendungsbeschränkungen von der Vertikal-GVO erfasst werden. Allerdings wäre auch hier eine Klarstellung in den Leitlinien wünschenswert, dass es mit der GVO vereinbar ist, dem Abnehmer bestimmte Verwendungen zu untersagen.

Weiterhin sollten die Leitlinien klarstellen, dass jegliche Form der Abgrenzung von Kundengruppen zulässig ist, welche es erlaubt, die vorbehaltenen Kunden von den nicht vorbehaltenen klar abzugrenzen, sei es aufgrund abstrakter Kriterien wie Mindestabnahmemenge oder Vertriebskanal oder aufgrund einer dem Vertrag beigefügten Liste von Kunden.

▪ *Indirekte Maßnahmen*

In RN 187 ff des Entwurfs der Vertikal-Leitlinien werden die Kernbeschränkungen nach Art. 4 b-d des Entwurfs der Vertikal-GVO näher erläutert. Gemäß RN 189 i) wird der Verkauf von Produkten mit einer begrenzten Anzahl von Sprachen auf der Verpackung als indirekte Maßnahme angesehen, die den Händler dazu bringen soll, nicht an bestimmte Kundengruppen oder an Kunden in bestimmten Gebieten zu verkaufen. Dieser Einschub sollte wieder gestrichen werden. Hier hat die Kommission offensichtlich einen Einzelfall aus der näheren Vergangenheit im Blick (AB InBev – parallele Importe), um generelle Hinweise für alle Unternehmen zu geben. Davon abgesehen, dass es kaum praktikabel ist, auf jedes Produkt

Ausführungen in allen offiziellen EU-Sprachen zu drucken, würde diese Regelung für Unternehmen – und insbesondere für KMU – ein klares Hindernis darstellen, grenzüberschreitend tätig werden zu wollen.

Da die Verbrauchergewohnheiten und -präferenzen in den verschiedenen EU-Ländern unterschiedlich sind, ist es sicherlich nicht ungewöhnlich, dass Anbieter, insbesondere solche mit nationalen Vertriebsniederlassungen, Produkte anbieten, die auf ein bestimmtes Land oder eine bestimmte Teilregion ausgerichtet sind. Solche Produkte haben natürlich nur eine begrenzte Anzahl von Sprachen auf den Verpackungen. Diese Praxis allein ist aber kein Indiz für Vereinbarungen oder abgestimmte Verhaltensweisen mit Handelspartnern, die darauf abzielen, grenzüberschreitende Verkäufe zu verhindern. Das Gleiche gilt für die "Verwendung unterschiedlicher Etiketten, spezifischer Sprachcluster oder Seriennummern", die alle in RN 191 als mögliche Instrumente zur Überwachung der Einhaltung von territorialen Verkaufsbeschränkungen aufgeführt sind. Unterschiedliche Produktvarianten für verschiedene geografische Gebiete sind nicht unüblich, sondern entsprechen eher den jeweiligen Anforderungen der Kunden, und sie werden in der Regel mit unterschiedlichen Seriennummern versehen, um sie von der Standardversion und/oder von Varianten für andere Regionen zu unterscheiden.

d) Wettbewerbsverbote, Artikel 5 Abs. 1a und Artikel 1 Abs. 1e des Entwurfs der Vertikal-GVO

Die Vertikal-GVO stellt Wettbewerbsverbote bislang nur dann vom Kartellverbot frei, wenn ihre Laufzeit von vornherein auf höchstens fünf Jahre beschränkt ist (Art. 5 Abs. 1a Vertikal-GVO). Eine Wettbewerbsverbotsregelung, die sich jeweils automatisch um einen bestimmten Zeitraum verlängert, wenn sie nicht vom Abnehmer gekündigt wird (sog. „Evergreen-Klausel“), genügt den Anforderungen der aktuellen Vertikal-GVO hingegen ausdrücklich nicht. Es ist sehr zu begrüßen, dass nach RN 234 des Entwurfs der Vertikal-Leitlinien nun auch Wettbewerbsverbote, die stillschweigend über einen Zeitraum von fünf Jahren hinaus verlängert werden können, unter die Gruppenfreistellung fallen sollen, sofern der Abnehmer die vertikale Vereinbarung mit einer angemessenen Kündigungsfrist und zu angemessenen Kosten tatsächlich neu aushandeln oder kündigen kann. Eine Evergreen-Klausel mit einfacher Kündigungsmöglichkeit wird in der Praxis als gleichwertig zu einem Auslaufen des Vertrags mit Verlängerungsoption angesehen. Das Erfordernis, ein einfaches ordentliches Kündigungsrecht ausüben zu müssen, stellt im Geschäftsverkehr keine besondere

Hürde dar, die einer besonderen kartellrechtlichen Beachtung bedarf. Darüber hinaus besteht in vielen Bereichen des Wirtschaftslebens auch das berechnete Bedürfnis, Vereinbarungen mit längeren Laufzeiten zu schließen, wenn diese mit Effizienzgewinnen verbunden sind oder langfristige Investitionen getätigt werden.

Zur Klarstellung sollte auch Art. 5 Abs. 1a der Vertikal-GVO entsprechend angepasst werden.

Der Wortlaut der Definition „Wettbewerbsverbot“ (Art. 1 Abs. 1e des Entwurfs der Vertikal-GVO) führt in Zusammenhang mit der Einbeziehung „verbundener Unternehmen“ in die Definition der Begriffe „Unternehmen“, „Anbieter“ und „Abnehmer“ (Art. 1 Abs. 2 des Entwurfs der Vertikal-GVO) bei einer wörtlichen Auslegung dazu, dass für die Berechnung der in Art. 1 Abs. 1e des Entwurfs der Vertikal-GVO vorgesehenen 80 % des Gesamtbezugs an Vertragswaren und -dienstleistungen eine Gruppensicht auf das Unternehmen einzunehmen wäre. Dadurch wird nach einer wörtlichen Auslegung der festzustellende relevante Bedarf auf den für die gesamte Unternehmensgruppe relevanten Bedarf ausgeweitet. Sofern die Kartellbehörden jedoch für die konkreten Vertragspartner des Wettbewerbsverbots und die relevanten Vertragswaren bzw. -dienstleistungen einen engeren Markt definiert haben, führt eine solche wörtliche Auslegung zu widersprüchlichen Ergebnissen. Außerdem ist es für einzelne Gruppenunternehmen als Abnehmer und oft auch für Anbieter schwer feststellbar, was den Gesamtbedarf einer Unternehmensgruppe ausmacht. Aus diesem Grund wäre es zu begrüßen, wenn die Definition „Wettbewerbsverbot“ in Art. 1 Abs. 1e des Entwurfs der Vertikal-GVO durch eine Klarstellung ergänzt werden könnte, dass der relevante Markt für die Berechnung der 80% des Gesamtbezugs auf den Bezug des durch das Wettbewerbsverbot gebundenen konkreten (also direkten) Vertragspartners beschränkt ist. Diese Vorgehensweise würde die Anwendbarkeit des Ausnahmetatbestands für Unternehmen wesentlich praktikabler machen und dadurch die Rechtssicherheit sowohl für die Abnehmer als auch für die Anbieter deutlich erhöhen. Eine weite wörtliche Auslegung führt in der Praxis auch zu unlösbaren Problemen bei der Berechnung des Gesamtbezugs, da bei europaweit tätigen Unternehmen in diesem Fall alle Verträge der Unternehmensgruppen der Vertragspartner untereinander in die Berechnung einfließen müssten.

e) Paritätsklauseln, Artikel 5 Abs. 1d des Entwurfs der Vertikal-GVO

Der Entwurf der Vertikal-GVO sieht eine Unterscheidung zwischen den von Online-Vermittlern verwendeten weiten Paritätsklauseln und allen anderen

Paritätsklauseln vor. Während die erstgenannten Klauseln nicht mehr in den Anwendungsbereich der überarbeiteten GVO fallen sollen (Art. 5 Abs. 1d des Entwurfs der Vertikal-GVO), fallen die letztgenannten Klauseln auch weiterhin unter die Gruppenfreistellung.

Diese Differenzierung kann zu erheblicher Unsicherheit führen, da sich die Frage, ob ein Unternehmen in den Genuss der Gruppenfreistellung nach der GVO kommt, um die Einstufung als Anbieter von Online-Vermittlungsdiensten dreht. Hierzu zählen aber nicht nur die großen und bekannten Online-Händler (die aufgrund ihres Marktanteils vermutlich ohnehin nicht in den Anwendungsbereich der GVO fallen würden), sondern möglicherweise auch alle Unternehmen, die neben ihren klassischen Geschäftsfeldern nebenbei eine Online-Plattform betreiben. Es wäre unverhältnismäßig, hier allen Unternehmen, die (auch) als Anbieter von Online-Vermittlungsdiensten auftreten, die Vorteile der Vertikal-GVO zu verweigern, unabhängig von dem jeweiligen Produkt oder der konkreten Marktstruktur.

Ein Ausschluss der von Online-Vermittlern verwendeten weiten Paritätsklauseln aus der Vertikal-GVO und damit eine Lösung über Einzelfreistellungen wäre sehr aufwändig und würde zu uneinheitlichen Ergebnissen in den Mitgliedstaaten führen. Aufgrund der großen mit einer Einzelfallentscheidung verbundenen Rechtsunsicherheit würden viele Unternehmen vom Abschluss derartiger Klauseln Abstand nehmen. Anstatt Paritätsklauseln durch Online-Vermittlungsdiensten die Freistellung zu entziehen, könnte ggf. über weitere Voraussetzungen für diese Vertriebswege nachgedacht werden.

f) Handelsvertreterverträge, RN 27 ff des Entwurfs der Vertikal-Leitlinien

Der BDI begrüßt, dass die Kommission die hohe Rechtsunsicherheit bei der Einschätzung der „Doppelprägung“ eines Handelsvertreters, der auch als Händler tätig ist, wahrgenommen hat und die Vertikal-Leitlinien um Ausführungen aus ihrem Arbeitspapier von Februar 2021 zu *„Distributors that also act as agents for certain products for the same supplier“* ergänzt hat. Dennoch bleiben hier Unklarheiten bestehen. Insbesondere wird in RN 31h des Entwurfs der Vertikal-Leitlinien die unklare Formulierung der RN 16g der aktuellen Leitlinien, in der die „Doppelfunktion“ des Handelsvertreters definiert wird, fast wörtlich wiederholt. Angesichts der Tatsache, dass bei einer Fehlinterpretation der Regeln zur Risikotragung des Handelsvertreters automatisch eine bußgeldbewehrte Kernbeschränkung vorliegt, ist hier mehr Klarheit dringend erforderlich (Was

bedeutet „auf Verlangen des Auftraggebers“ und warum sollte ein Lieferant überhaupt die Kosten seines Vertriebshändlers übernehmen? Aus wessen Sicht wird der sachlich relevante Markt bestimmt?). Erforderlich wäre eine sehr viel deutlichere Formulierung in den Leitlinien, idealerweise verbunden mit klaren „sicheren Häfen“ für bestimmte Doppelprägungsfälle in der Vertikal-GVO selbst. Das Kapitel in den Leitlinien sollte auch sprachlich überarbeitet werden, so sind z.B. die Ausführungen in RN 37 nur schwer verständlich.

In RN 31f sollte vorgesehen werden, dass der Auftraggeber seinen Handelsvertreter zu verkaufsfördernden Maßnahmen verpflichten kann, sofern er selbst die Kosten hierfür übernimmt.

In den RN 34 ff. wird erläutert, wie die Anforderungen an die Risikozuweisung in einer Situation anzuwenden sind, in der die "Handelsvertreterprodukte" und die "Händlerprodukte" klar voneinander abgegrenzt werden können. Diese Erläuterungen sind zu begrüßen, aber dieses Szenario ist nur eines von vielen möglichen "Doppelrollen"-Szenarien: Zum Beispiel kann ein Einzelhändler als Handelsvertreter für eine bestimmte Kundengruppe (z. B. Verbraucher) ernannt werden, während er als Einzelhändler für dieselben Produkte für eine andere Kundengruppe (z. B. gewerbliche Nutzer) auftritt. Oder die "Handelsvertreterprodukte" und die "Händlerprodukte" unterscheiden sich nicht so sehr durch ihre Funktionalitäten oder Merkmale, sondern durch ihre Marke.

Nach RN 35 sieht die Kommission in Fällen, in denen ein Handelsvertreter andere Tätigkeiten für denselben oder andere Anbieter auf eigenes Risiko wahrnimmt, die Gefahr, dass die Bedingungen, die dem Handelsvertreter für seine Vertretungstätigkeit auferlegt werden, dessen Verkaufsanreize und Entscheidungsfreiheit beim Verkauf von Produkten als unabhängiger Händler beeinflussen und einschränken. Es ist jedoch schwer einzusehen, warum ein Anbieter, der beschließt, einen Handelsvertreter einzusetzen, der bereits als Einzelhändler für andere Anbieter auf demselben Markt tätig ist, in seiner Wahl des Vertriebsmodells eingeschränkt werden sollte, nur weil der Vertretervertrag möglicherweise einen Einfluss auf die Verkaufsgestaltung für Produkte anderer Marken haben könnte. Eine Situation, in der der Vertreter ein Einzelhändler auf demselben Markt ist, aber nur für andere Anbieter tätig ist, sollte überhaupt nicht unter die besonderen Regeln für "Doppelprägungs"-Vertreter fallen, d. h. solche Vertreterverträge sollten als echt angesehen werden, sofern die anderen Anforderungen an die Risikoteilung erfüllt sind.

Unklar sind auch die Beispiele in den RN 41 und 42. So wird in RN 41 der Markenzwang in Handelsvertreter-Verträgen als potenziell wettbewerbsrechtlich

kritisch angesehen, in RN 42 aber auch die Bestellung desselben Handelsvertreters für mehrere Wettbewerber. Dies führt zu Rechtsunsicherheit. Der Markenzwang in Handelsvertreter-Verträgen sollte grundsätzlich unkritisch sein, weil der Anbieter schließlich auch entscheiden kann, das Produkt ausschließlich selbst zu verkaufen und der echte Handelsvertreter in die Verkaufsorganisation des Herstellers eingegliedert ist.

g) Selektive Vertriebssysteme, RN 129 ff des Entwurfs der Vertikal-Leitlinien

Der Abschnitt im Entwurf der Vertikal-Leitlinien über den selektiven Vertrieb außerhalb der *Metro*-Kriterien und des Anwendungsbereichs der Vertikal-GVO (RN 137 ff.) zeigt die große Skepsis, mit der die Kommission den selektiven Vertrieb sieht. Es fehlt eine Auseinandersetzung mit den legitimen Zielen und den positiven Auswirkungen des selektiven Vertriebs, insbesondere im Hinblick auf den Schutz des Markenimage. Ein Selektivvertriebssystem, das an den *Metro*-Kriterien scheitert, sollte nicht *per se* als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung angesehen werden. Vielmehr kommt es stets auf die Auswirkungen an. Der gesamte Abschnitt in den Leitlinien ist von der Sorge um höhere Preise durchdrungen. In der EU-Rechtsprechung ist jedoch seit langem anerkannt, dass solche Auswirkungen selektiven Vertriebssystemen inhärent sind, und der Gerichtshof hat sogar angedeutet, dass es ein legitimes Anliegen ist, ein bestimmtes Preisniveau zu gewährleisten (Case 26/76 *Metro v Commission* [1977] ECR p. 1875, at para. 21).

Die typischerweise mit dem Selektivvertrieb einhergehende Dämpfung des Preiswettbewerbs wird normalerweise durch eine Steigerung des Qualitätswettbewerbs ausgeglichen. Es gibt in den letzten Jahren ein gesteigertes Bedürfnis für Selektivsysteme. Diese sollten jedoch nur dann im Fokus der Kartellbehörden stehen, wenn es Hinweise auf flankierende verbotene Praktiken gibt, wie Preisbindung oder eine Diskriminierung aus unsachlichen Gründen.

▪ *Schutz des Markenimage*

Das Fallbeispiel in RN 147 des Entwurfs der Vertikal-Leitlinien impliziert, dass es immer Einzelhändler mit „wenig Service und niedrigen Preisen“ geben muss, die Marken von Anbietern verkaufen, die ein hohes Qualitätsimage pflegen. Dies ist widersprüchlich und inkonsequent, da dieses hohe Qualitätsimage verloren zu gehen droht, wenn die Produkte von solchen Einzelhändlern mit "wenig Service und niedrigen Preisen" verkauft werden. In der Fallstudie hängt die Bewertung des

Vertrags von Markenhersteller A, der eine Höchstzahl von Einzelhändlern pro Gebiet vorsieht und daher die *Metro*-Kriterien nicht erfüllt, davon ab, dass sich die Hersteller B und C selbst nicht für den selektiven Vertrieb entschieden haben, auch wenn ihre Marken ebenso schützenswert sind. Außerdem scheint der Fall so angelegt zu sein, dass nur das quantitative Element dazu führt, dass das selektive Vertriebssystem die *Metro*-Kriterien nicht erfüllt. Der Wegfall des quantitativen Elements würde jedoch nicht dazu führen, dass die Produkte des Markenherstellers A bei Einzelhändlern mit "wenig Service und niedrigen Preisen" erhältlich wären, da es A aller Wahrscheinlichkeit nach gestattet wäre, strenge Qualitätskriterien anzuwenden, die solche Einzelhändler ausschließen würden.

Die Fallstudie in RN 148 wirft ähnliche Bedenken auf. Die fünf Hersteller von Sportartikeln sind Marktführer und haben alle ein "gutes, durch Werbung und Sponsoring erworbenes Markenimage". Der Entwurf der Vertikal-Leitlinien spricht sich dafür aus, dass die Gruppenfreistellung in diesem Fall entzogen werden sollte - mit dem Ziel, dass diese "führenden Marken" in Geschäften mit "wenig Service und niedrigen Preisen" erhältlich sind und dabei ihr Image verlieren, das sie mit erheblichen Kosten aufgebaut und gepflegt haben.

▪ *Kombination von selektivem und freiem Vertrieb*

Der Entwurf der Vertikal-Leitlinien geht nicht auf ein bestimmtes Szenario ein, das bei Markenartikelherstellern recht häufig vorkommt: Die Tatsache, dass der selektive Vertrieb nur für eine relativ kleine oder sehr klar definierte Untergruppe von Produkten genutzt wird, während andere Produkte - die alle demselben vorgelagerten Markt angehören - an eine Vielzahl von Einzelhändlern verkauft werden, und zwar ohne jegliche Beschränkungen im Rahmen des freien Vertriebs.

In solchen Fällen ist die allgemeine Marktanteilsschwelle kein geeigneter Indikator für die möglichen Auswirkungen dieses selektiven Vertriebssystems auf den Wettbewerb. Wenn ein Anbieter einen Marktanteil von 40 % hat, den selektiven Vertrieb aber nur für eine kleine Auswahl seiner Produkte nutzt, die schätzungsweise 5 % des gesamten nachgelagerten Einzelhandelsmarktes ausmachen, ist es schwer einzusehen, warum dieses selektive Vertriebssystem nicht in den Genuss der Freistellung kommen kann, verglichen mit einer Situation, in der ein Anbieter mit einem vorgelagerten Marktanteil von 25 % alle seine Produkte im selektiven Vertrieb verkauft und diese Produkte einen viel höheren Anteil am nachgelagerten Einzelhandelsmarkt ausmachen als 5 %.

In RN 140 des Entwurfs der Vertikal-Leitlinien wird dieser Ansatz verwendet, wenn es um kumulative Wirkungen geht: Es wird unterschieden zwischen dem

"Anteil des Marktes, der vom selektiven Vertrieb abgedeckt wird" (der Anteil des relevanten nachgelagerten Einzelhandelsmarktes, der dem selektiven Vertrieb unterliegt) und dem "aggregierten Marktanteil der fünf größten Anbieter" (der Marktanteil der Anbieter auf dem vorgelagerten Beschaffungsmarkt).

Die Tatsache, dass sich Anbieter häufig dafür entscheiden, nicht ihr gesamtes Sortiment selektiv zu vertreiben, sollte im Zusammenhang mit den kumulativen Wirkungen konsequenter berücksichtigt werden. Selbst wenn es eine große Zahl von Selektivvertriebssystemen auf dem Markt gibt (RN 139) und selbst wenn die Mehrheit der führenden Anbieter Selektivvertrieb anwendet, kommt es nicht zwangsläufig zu einem "Ausschluss bestimmter Kategorien von Händlern (z.B. Discountern)" (RN 139).

Es kann durchaus sein, dass jeder dieser führenden Anbieter eine breite Palette von Produkten desselben vorgelagerten Produktmarktes an alle Arten von Händlern anbietet und dass sie alle auch mit Preisdiscountern zusammenarbeiten - nur dass sie eine bestimmte Marke oder die hochwertigsten Varianten nicht an diese Preisdiscounter verkaufen, weil diese enge Palette dem selektiven Vertrieb unterliegt. In einem solchen Szenario können die Verbraucher immer noch von den spezifischen Vorteilen dieser Vertriebsformate profitieren, wie „niedrigere Preise, mehr Transparenz und besserer Zugang zum Produkt" (RN 139).

Auch wenn die fünf größten Anbieter den Selektivvertrieb anwenden (RN 140), ist es nicht unbedingt wahrscheinlicher, dass andere Händler vom Markt ausgeschlossen werden: Wenn jeder von ihnen eine Vertriebsstrategie verfolgt, die den Selektivvertrieb (nur) im Premium- oder Luxussegment mit dem freien Vertrieb im (viel größeren) sonstigen Warenabsatz kombiniert, sind Bedenken hinsichtlich eines Marktausschlusses unwahrscheinlich.

- *Erreichung einer Mindestanzahl an Verkäufen*

Im Zusammenhang mit den kumulativen Effekten des Selektivvertriebs wird in RN 140 des Entwurfs der Vertikal-Leitlinien darauf hingewiesen, dass die Vorgabe an die Händler, jährlich eine gewisse Mindestanzahl an Verkäufen zu erreichen, wahrscheinlich keine negativen Auswirkungen hat, allerdings nur unter bestimmten Umständen.

Solche Mindestumsatzanforderungen sollten im Allgemeinen gerechtfertigt sein, da sie ein guter Indikator für das Engagement eines Händlers für die Marke und das selektive Vertriebssystem sind. Mit der Aufnahme eines Händlers in ein Selektivvertriebssystem sind oft gewisse „Anfangsinvestitionen“ seitens des

Herstellers verbunden, z.B. finanzielle Unterstützung bei der passenden Gestaltung von Ausstellungsflächen. Im Gegenzug erwartet der Hersteller, dass der Händler ein Mindestmaß an Engagement beim Verkauf der Selektivprodukte an den Tag legt, nachgewiesen durch einen Mindestumsatz. Die Umsatzklausel dient in dem Fall nicht dazu, die Zahl der Händler zu beschränken, sondern als Nachweis für ein gewisses Maß an „Commitment“ zur Marke und zum Produkt und als messbare Größe für Erfolg und Erfahrung beim Verkauf der Selektivprodukte. Mittelbar erlaubt die Klausel es dem Hersteller, seine Vertriebsbemühungen auf die Händler zu konzentrieren, die entsprechendes Engagement und Entwicklungspotenzial zeigen. Begrüßenswert wäre eine positivere Aussage dahingehend, dass solche Anforderungen entweder nicht quantitativer Natur sind (und daher von den *Metro*-Kriterien profitieren können) oder dass sie legitime Ziele verfolgen und im Allgemeinen höchstwahrscheinlich keine negativen Auswirkungen haben.

h) Preisbindung der zweiten Hand, RN 170 ff des Entwurfs der Vertikal-Leitlinien

Die unklare Formulierung in RN 174 des Entwurfs der Vertikal-Leitlinien hat zu der strittigen Frage geführt, ob die Kommission künftig die Vorgabe gewisser Formen von Mindestpreisstrategien (Minimum Advertised Price – MAP) als Ausnahme vom Verbot der Preisbindung der zweiten Hand zulassen möchte. Sofern die Kommission diese Intention hatte, sollte sie diese Möglichkeit als Ausnahme zu einer Kernbeschränkung nach Art. 4 a) in die Vertikal-GVO selbst aufnehmen und in RN 174 rechtssichere und eindeutige Kriterien formulieren.

Zu begrüßen ist die Klarstellung in RN 178, nach der unter bestimmten Umständen die Festsetzung des Weiterverkaufspreises in einer vertikalen Vereinbarung zwischen einem Anbieter und einem Abnehmer, der eine vorherige Vereinbarung zwischen dem Anbieter und einem bestimmten Endverbraucher ausführt („Erfüllungsvertrag“), keine Preisbindung der zweiten Hand darstellt. Allerdings sollte die Freistellung auch dann gelten, wenn der Endverbraucher nicht ausdrücklich auf die Wahl des Unternehmens, das die Vereinbarung ausführen soll, verzichtet hat. Selbst in Fällen, in denen zum Zeitpunkt der Preisvereinbarung zwischen Hersteller und Endabnehmer noch nicht feststeht, welcher Händler das Geschäft abwickeln wird, ist der Preis als Wettbewerbsfaktor bereits "ausgeschaltet". In diesen Fällen gibt es dementsprechend keinen Grund, den Käufer vor der Preisbindung zu schützen, weil er den Preis nämlich bereits selbst verhandelt hat.

Weitergehende Erläuterungen und Fallbeispiele zu Effizienzgewinnen in Fällen der Preisbindung der zweiten Hand in den Vertikal-Leitlinien wären ein willkommener Schritt. Da im Falle einer Preisbindung sofort das Risiko des Vorliegens einer Kernbeschränkung und damit eines erheblichen Bußgeldrisikos im Raum steht, sind die meisten Unternehmen auch im Falle des Vorliegens von Effizienzgewinnen äußerst zurückhaltend, eine solche Preisbindung im Ausnahmefall auszusprechen. Um die Rechtssicherheit zu stärken, sollte die Kommission neben weitergehenden Erläuterungen in den Leitlinien auch klare, hinreichend eng und präzise formulierte „de minimis“-Ausnahmen vom grundsätzlichen Verbot der vertikalen Preisbindung in der Vertikal-GVO selbst in Erwägung ziehen.

i) Zulässige Beschränkungen des Online-Vertriebs

Zu den wesentlichen Änderungen im Entwurf der Vertikal-GVO und der Leitlinien gehören die Bestimmungen zu Vertriebsvereinbarungen hinsichtlich der Nutzung des Online-Handels. So wird in Art. 1 Abs. 1n Vertikal-GVO-E im Rahmen der Definition der Beschränkung des aktiven und passiven Verkaufs definiert, wann eine Beschränkung des Online-Verkaufs vorliegt. Leider ist der entsprechende Satz, der sich in der deutschen Sprachfassung über 14 Zeilen erstreckt, nur schwer verständlich und sollte sprachlich dringend vereinfacht werden.

Der Neuentwurf der Leitlinien enthält darüber hinaus wichtige Orientierungshilfen in Bezug auf Online-Beschränkungen. Es ist zu begrüßen, dass die Kommission den Herstellern künftig eine größere Flexibilität hinsichtlich ihrer Vertriebsgestaltung in Bezug auf den Online- und Offline-Handel bieten will. Bestimmte Handelsformen sind von Natur aus kostenintensiver als andere, bieten den Verbrauchern aber greifbare Vorteile in Bezug auf Qualität und Dienstleistungen. Einige Handelsformen vermitteln besser als andere das Image einer Marke und schaffen Markenaffinität. Den Herstellern sollte es gestattet sein, effiziente Vertriebsstrategien zu entwickeln, die diese Vielfalt angemessen berücksichtigen und auch den stationären Verkauf gezielt fördern. Vereinbarungen zwischen Herstellern und Händlern sollten spezifisch auf den jeweils genutzten Vertriebskanal zugeschnitten werden können. Das würde die unterschiedlichen Vertriebswege deutlich effizienter machen. Die Regelungen in der aktuell geltenden GVO und in den Leitlinien haben die Vertriebsgestaltungsfreiheit der Hersteller in diesem Zusammenhang unverhältnismäßig beschränkt. Hinzu kommt, dass der Online-Handel im vergangenen Jahrzehnt – und noch verstärkt durch die Lockdown-Maßnahmen im Rahmen der Corona-Pandemie – stark angestiegen ist und keines besonderen Schutzes mehr bedarf.

Der BDI begrüßt daher die vorgeschlagenen Änderungen, nach denen es künftig beispielsweise möglich sein soll, unterschiedliche Großhandelspreise für Online- und Offline-Verkäufe durch ein und denselben Vertriebshändler festsetzen. Außerdem müssen im Rahmen eines selektiven Vertriebssystems die von den Anbietern festgelegten Kriterien für Online-Verkäufe nicht mehr insgesamt mit den Kriterien für herkömmliche Ladengeschäfte gleichwertig sein, da es sich dabei um zwei von Grund auf unterschiedliche Vertriebskanäle handelt.

Problematisch ist jedoch, dass die Möglichkeit der unterschiedlichen Preissetzung strengen Voraussetzungen unterliegt, die für den Hersteller nicht immer eindeutig und rechtssicher festzustellen sind. So sieht RN 195 des Entwurfs der Leitlinien vor, dass Doppelpreissysteme nur möglich sind, wenn sie Anreize für ein angemessenes Investitionsniveau schaffen sollen, der Preisunterschied in einem angemessenen Verhältnis zu den unterschiedlichen Kosten steht und der Online-Verkauf nicht unrentabel oder finanziell nicht tragfähig wird. Anderenfalls liegt eine Kernbeschränkung vor. Aus Gründen der Rechtssicherheit - insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass es in der Vergangenheit in Bezug auf Restriktionen des Online-Handels unterschiedliche Ansätze zwischen den verschiedenen nationalen Wettbewerbsbehörden gab - wäre es hilfreich, wenn die Möglichkeit der unterschiedlichen Preissetzung ohne zusätzliche Bedingungen direkt in die GVO aufgenommen werden könnte. Die Erwägungen in RN 195 würden dann nur bei einem möglichen Entzug der Vorteile der GVO eine Rolle spielen. Das gleiche gilt für die in RN 194 genannten zulässigen Beschränkungen, die unter die Gruppenfreistellung fallen sollen, wie Marktplatzverbote oder die Vorgabe an einen Händler, mindestens ein stationäres Geschäft zu betreiben. Anderenfalls steht zu befürchten, dass die Unternehmen von der neugeschaffenen Flexibilität wenig Gebrauch machen werden.

Über den BDI

Der BDI transportiert die Interessen der deutschen Industrie an die politisch Verantwortlichen. Damit unterstützt er die Unternehmen im globalen Wettbewerb. Er verfügt über ein weit verzweigtes Netzwerk in Deutschland und Europa, auf allen wichtigen Märkten und in internationalen Organisationen. Der BDI sorgt für die politische Flankierung internationaler Markterschließung. Und er bietet Informationen und wirtschaftspolitische Beratung für alle industrierelevanten Themen. Der BDI ist die Spitzenorganisation der deutschen Industrie und der industrienahen Dienstleister. Er spricht für 40 Branchenverbände und mehr als 100.000 Unternehmen mit rund acht Mio. Beschäftigten. Die Mitgliedschaft ist freiwillig. 15 Landesvertretungen vertreten die Interessen der Wirtschaft auf regionaler Ebene.

Impressum

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

Ansprechpartner

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

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

BDI Dokumentennummer: D 1448

Transparenz-Register: 1771817758-48