

---

STELLUNGNAHME

## **ENTWURF FÜR EINE GRUPPENFREISTELLUNGSVERORDNUNG FÜR VERTIKALE WETTBEWERBSBESCHRÄNKUNGEN UND LEITLINIEN**

C (2021) 5026 final

---

Der Markenverband bedankt sich für die Gelegenheit zur Stellungnahme zu den Entwürfen einer Gruppenfreistellungsvereinbarung für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen und den diese näher erläuternden Leitlinien.

Die Marktwirtschaft steht in Deutschland für einen Markenumsatz in Höhe von knapp 1,1 Bill. Euro und rund 5,2 Mio. Arbeitsplätze. Der 1903 in Berlin gegründete Markenverband ist die Spitzenorganisation der deutschen Marktwirtschaft und mit seinen rund 400 Mitgliedern der größte Verband dieser Art in Europa. Die Mitgliedsunternehmen stammen aus vielfältigen Branchen – von Automobil, Finanzen, Nahrungs- und Genussmittel über Telekommunikation bis hin zu Luxus und Lifestyle. Zu den Mitgliedern zählen Unternehmen aller Größenordnungen, vom Mittelstand bis zu internationalen Konzernen, wie ABUS, Beiersdorf, Hugo Boss, Coca-Cola, Deutsche Bank, Deutsche Bahn, Deutsche Post, Dr. Doerr Feinkost, Falke, Miele, Nestlé, Procter & Gamble, Dr. Oetker, Schamel Meerrettich, August Storck, Telefónica, WMF und viele andere renommierte Firmen. Der Markenverband ist im Transparenzregister der Europäischen Union unter ID-Nr. 2157421414-31 registriert.

### **1. Einleitung**

Mit den Reformentwürfen für eine Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Wettbewerbsbeschränkung und den zugehörigen Leitlinien beabsichtigt die Kommission, nützliche Instrumente für die Beurteilung vertikaler Vereinbarungen nach Artikel 101 AEUV aufrechtzuerhalten und an die seit der Annahme der geltenden Vorschriften eingetretenen Marktentwicklungen anzupassen. Das ist ihr weitgehend gelungen und findet die Zustimmung des Markenverbandes. Wie bei einem Regelwerk mit hochkomplexem Inhalt und weitreichendem Anwendungsgebiet nicht anders zu erwarten, finden sich zu einigen Aspekten allerdings auch Kritikpunkte, auf die im Folgenden näher eingegangen werden soll.

Zunächst ist zu hinterfragen, ob die Zielstellung der Kommission, den geschützten Bereich (Safe Harbor) anzupassen, um auf der Grundlage der Vertikal-GVO keine falsch positiven Ergebnisse und

weniger falsch negative Ergebnisse zu erhalten,<sup>1</sup> für vertikale Wettbewerbsbeschränkung eine valide Ausrichtung darstellt. Dies besagt, dass die (versehentliche) Freistellung eigentlich wettbewerbsrechtlich bedenklicher Vereinbarungen oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen sicher vermieden werden soll, während ein (versehentliches) Verbot eigentlich unproblematischer und effizienter Verhaltensweisen nur zurückzudrängen sei. Diese Perspektive fügt sich nahtlos in die breite Diskussion ein, ob eine zu lax Herangehensweise durch die Kartellbehörden in der jüngeren Vergangenheit nicht heute zu Situationen und Ergebnissen führt, die unerwünscht, kartellrechtlich kaum noch effektiv kontrollierbar und wettbewerbsrechtlich bedenklich sind. Der Markenverband tendiert dazu, dieser Bewertung für den Bereich der Fusions- und Missbrauchskontrolle zuzustimmen; sie mag auch im Bereich horizontaler Wettbewerbsbeschränkungen ihre Berechtigung haben. Für den Bereich vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen hingegen erscheint sie mehr als fraglich.

Das gilt besonders vor dem Hintergrund, dass die Kommission jederzeit die Möglichkeit hat, tatsächlich nicht freistellungswürdigen Vereinbarungen oder aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen den Rechtsvorteil der Freistellung über die Vertikal-GVO zu entziehen. Tatsächlich kündigt sie in den Leitlinien an, von dieser Möglichkeit verstärkt Gebrauch zu machen (etwa Rz. 107, 127, 136, 205). Vor dem Hintergrund, dass vertikale Wettbewerbsbeschränkungen in der Regel keine strukturellen Auswirkungen haben, ist zu erwarten, dass die Möglichkeit der Entziehung der Freistellung eine hinreichende Vorkehrung gegen falsch positive Ergebnisse darstellt. Eines darüber hinaus gehend rigiden Regulierungsansatzes, der die Unternehmen auf Einzelfreistellungen und die damit höheren Befolgungskosten verweist, bedarf es nicht.

Die Kommission selbst betont, dass die Vertikal-GVO, vorbehaltlich der Entziehung ihres Rechtsvorteils, den Unternehmen einen Safe Harbor bieten soll und verfolgt das Ziel, die Beförderungskosten für die Unternehmen (weiter) zu senken. Dieses Ziel scheint jedenfalls nicht in allen Punkten erreicht werden zu können. Die Neuregelungen erzeugen neue Bewertungsunsicherheiten, die Bedarf nach rechtlicher Einzelfallanalyse schaffen. Das gilt etwa bei den Zulässigkeitsvoraussetzungen für Gruppen-Alleinvertriebssysteme oder sich selbst verlängernden Wettbewerbsverboten. Es findet sich ebenfalls bei Regelungen zu Online-Verkäufen, die den Gesamtumfang auf dem Markt nicht „erheblich“ verringern dürfen (Rz. 188 V-LL) und an anderer Stelle. Hier gilt es, zu überprüfen, ob und wie diese Bewertungsunsicherheiten reduziert bzw. beseitigt werden können.

## **2. Teilweise vertikale Integration**

Verordnung und Leitlinien setzen sich für zwei Konstellationen mit den Auswirkungen einer (nur) teilweisen vertikalen Integration auseinander. Die gemeinsame Frage der Reichweite der apodiktischen Feststellung, die Freistellung nach Art. 2 Abs. 1 der Verordnung gelte nicht für vertikale Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern (Art. 2 Abs. 4 S. 1), stellt sich sowohl bei der

Rückwärtsintegration durch Unternehmen der Handelsstufe(n) mit Produktion und Vertrieb von Produkten unter Handelsmarken wie auch in der umgekehrten Konstellation der Vorwärtsintegration durch den Direktvertrieb von Herstellern, sei es stationär oder online

---

<sup>1</sup> Erläuterungspapier der Kommission, Ziel 1.

(zweigleisiger Vertrieb). Die Bewertung dieser Konstellationen in den Entwurfsdokumenten fällt unterschiedlich und nach Ansicht des Markenverbandes nicht überzeugend aus.

#### **a. Wettbewerbsverhältnisse durch Handelsmarken**

Die normative Feststellung von Rz. 85 V, nach der ein Händler, der einem Hersteller Spezifikationen erteile, damit dieser bestimmte Waren unter dem Markennamen des Händlers herstelle, nicht als Hersteller und damit nicht als Wettbewerber des Herstellers anzusehen sei, ist zumindest missverständlich. Sie mag im Verhältnis des individuellen Händlers zu seinem Lohnhersteller in Bezug auf eben diese Lohnherstellung gelten. Die Fortführung, die Freistellung des Art. 2 Abs. 1 Vertikal-GVO gelte also (uneingeschränkt) für Vereinbarungen zwischen einem Händler, der Handelsmarken in Lohnfertigung herstellen lässt und anderen Markenherstellern auf demselben relevanten Markt, ist zumindest fragwürdig.

Zunächst ist festzuhalten, dass Handelsmarken und Herstellermarken tatsächlich in einem Wettbewerbsverhältnis zueinander stehen. Dies zeigt eine vom Markenverband in Auftrag gegebene und dieser Stellungnahme als Anhang 1 beigefügte Substitutionsanalyse an ausgewählten und sehr unterschiedlichen Produktbeispielen. Der Markenverband geht davon aus, dass dies ohne weiteres auf andere Produkte zu übertragen ist.

Sodann ist zu konstatieren, dass ein Outsourcing der Produktion nicht nur von Komponenten, sondern des vollständigen Produktes keineswegs ein Phänomen ist, das sich auf Unternehmen der Handelsstufe(n) beschränkt; die Produktion des iPhone u.a. durch Fox Con ist nur das vielleicht prominenteste Beispiel eines vollständigen Outsourcings der Produktion durch einen Markenhersteller. In der Konsequenz der Logik von Rz. 85 V-LL dürfte also Apple auch nicht Wettbewerber von Herstellern anderer Smartphones sein, die zumindest die Endfertigung im eigenen Haus vornehmen. Sie wäre zumindest kontraintuitiv.

Zum dritten ist festzuhalten, dass sich diese Position im Widerspruch zur Aussage der Kommission befindet, im Zuge eines wachsenden Angebots an Eigenmarken der Händler seien manche von ihnen [Anm.: nämlich die Anbieter von Eigenmarken] zu direkten Konkurrenten ihrer Lieferanten geworden.<sup>2</sup>

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass von der Doppelrolle der Händler als Kunde und Wettbewerber von Herstellern wettbewerbliche Gefahren ausgehen. Beispielhafte, anonyme Zitate von Markenartikelherstellern aus der Arbeit des Markenverbandes mögen diese illustrieren:

„Nachdem ich unser neues Produkt ... [dem Händler] vorgestellt und erläutert hatte, erhielten wir etwa eine Woche später die Aufforderung, uns an einer Ausschreibung für die Herstellung von Handelsmarken zu beteiligen. [Der Händler] schickt uns genau die Produktinformationen mit der Aufforderung zu, mit denen ich unsere Innovation vorgestellt hatte.“

---

<sup>2</sup> Kommission, Grünbuch über unlautere Handelspraktiken in der B2B-Lieferkette für Lebensmittel und Nicht-Lebensmittel in Europa, COM(2013) 37 final, Seite 3

„Spezielle durch den Handel durchgeführte Audits werden dafür genutzt, sich Spezialwissen bei Markenherstellern zu eigen zu machen, um Eigenmarkenproduktionen zu optimieren.“

„[Der Händler] nutzt seine Transparenz über Preise, Kosten und Vermarktungsaktivitäten aktiv und gezielt für die Positionierung seiner Handelsmarken.“

Die Doppelrolle der Händler kann also dazu führen, dass Anreize zur Innovation bei Herstellern reduziert werden, indem die Aussicht auf eine Innovationsrendite künstlich verkürzt wird. Sie kann ferner die Wettbewerbssituation von Eigenmarken und Herstellermarken auf der Einzelhandelsebene verfälschen.

Aus Sicht des Markenverbandes ist es daher erforderlich, die Aussage von Rz. 85 V-LL auf das konkrete Vertragsverhältnis zwischen Händler und seinem Lohnfertiger zu beschränken. Nur insoweit, nicht jedoch im Verhältnis zu anderen Markenherstellern oder in Bezug auf eigene Herstellermarkenprodukte des Lohnfertigers, liegt kein Wettbewerbsverhältnis vor. Auf eine Differenzierung nach dem Eigentum der Produktionsstätte kommt es nicht an.

#### **b. Wettbewerbsverhältnis im zweigleisigen Vertrieb**

Die umgekehrte Konstellation des zweigleisigen Vertriebs durch Markenhersteller wird bisher, jedenfalls sofern der Händler nicht zugleich (im eigenen Haus?) Eigenmarken herstellt, als vertikales Verhältnis behandelt. Mit den Entwürfen soll dies nur noch gelten, wenn der gemeinsame Marktanteil von Hersteller und Händler auf Einzelhandelsebene einen bestimmten, aktuell mit 10 % vorgesehenen Wert nicht übersteigt. Insbesondere der Informationsaustausch zwischen Hersteller und Händler soll nach den Vorschriften für horizontale Vereinbarungen beurteilt werden (Art. 2 Abs. 5 Vertikal-GVO).

Bei dem zweigleisigen Vertrieb handelt es sich um eine seit langem bekannte Konstellation, die sich keineswegs auf den Online-Handel beschränkt. Sie hat als solche in verschiedenen Branchen bereits seit Jahrzehnten erhebliches wirtschaftliches Gewicht. Besonders herausstechend ist dabei in Deutschland das Brauereiwesen. Traditionell betreiben regionale und nationale Brauereien in Tochtergesellschaften eigene Getränke-Abhol-Märkte (GAM), in denen selbstverständlich nicht nur das brauereieigene Bier vertrieben wird, sondern auch konkurrierende. Ebenso treten seit langen Jahren in verschiedenen Branchen nicht nur eigene stationäre Einzelhandels-Outlets, sondern auch (echter) Kommissions- oder Handelsvertreter-Vertrieb neben den zweistufigen Vertrieb über selbständige Einzelhändler. Franchise- und ähnliche Vertriebs-Systeme arbeiten häufig und schon sehr lange mit einer Kombination aus eigenen Absatzstellen des Franchisegebers und unabhängigen Franchisenehmern; gleiches gilt für den Verkauf von Übernachtungsmöglichkeiten, direkt durch Hotels oder über Reisebüros und in zahlreichen weiteren Konstellationen. Trotz dieser Tradition ist dem Markenverband nicht bekannt, dass es zu einer signifikanten Zahl von Wettbewerbsbeschränkungen oder gar behördlichen Verfahren kam.<sup>3</sup> Der Grund hierfür liegt darin, dass das Verhältnis des auch direktverreibenden Anbieters zu seinen Abnehmern tatsächlich

---

<sup>3</sup> Die in diesem Zusammenhang immer wieder zitierten, noch nicht rechtskräftigen dänischen Fälle Hugo Boss/Kaufmann und Hugo Boss/Ginsborg scheinen, selbst wenn sich Wettbewerbsbeschränkungen bestätigen sollten, als Ausnahme die Regel eher zu bestätigen.

zuvorderst ein vertikales ist und nicht von der horizontalen Beziehung auf Einzelhandelsebene geprägt wird. Es ist das Interesse des Anbieters, möglichst viele seiner eigenen Produkte im Inter-Brand-Wettbewerb mit anderen Anbietern abzusetzen. Wie cep in einer in völlig anderem Zusammenhang erstellten Studie für den Markenverband eindrucksvoll belegt,<sup>4</sup> ist dabei die Schwächung des Intra-Brand-Wettbewerbs regelmäßig keineswegs im Interesse der Anbieter und jedenfalls nicht zum Schaden der Verbraucher. Auch wenn der Anbieter seine Produkte direkt an den Konsumenten vertreibt, bleibt er doch zunächst Hersteller; sein Geschäftsmodell ändert sich nicht grundlegend zu dem eines Händlers, sondern der Direktvertrieb ergänzt lediglich Herstellung und zweistufigen Vertrieb über den Einzelhandel.

In den Lieferanten-Kunden-Beziehungen sind unabhängig vom gewählten Vertriebssystem detaillierter Informationsaustausch und kontinuierliche Kommunikation zur effizienten Gestaltung des Vertriebs unablässig. Notwendig ist auch, dass dabei wettbewerblich sensible Informationen ausgetauscht werden, die in einem echten horizontalen Verhältnis potentiell unzulässig wären: bevorstehende Sortimentsänderungen, Vermarktungsaktivitäten (sowohl kommunikativ wie auch durch die Hersteller unterstützte preisliche Aktivitäten), Änderungen unverbindlicher Preisempfehlungen seien hier nur beispielhaft genannt. Es gilt sowohl für Informationsflüsse vom Anbieter zum Abnehmer wie auch umgekehrt. Besonders deutlich wird dies etwa, wenn die Einführung neuer Produkte medial durch Werbung unterstützt wird oder Werbung zu bestimmten Zeitpunkten/Themen die Vermarktung der Produkte unterstützen soll. Ohne detaillierte Abstimmung zu Zeitpunkt, Zeitraum und inhaltliche Ausgestaltung könnten die dem Konsumenten zugutekommenden Maßnahmen nicht wirken.

Eine Einzelfallbewertung des Informationsaustauschs zwischen Hersteller und Händler auch im zweigleisigen Vertrieb am Maßstab der Horizontalleitlinien würde für Hersteller und Händler erhebliche Unsicherheiten generieren und die Befolgungskosten, deren Absenkung Ziel der Kommission ist, in die Höhe schnellen lassen.

Je nach Umfang dieser Kostensteigerung für den Hersteller sieht er sich zukünftig unter Umständen vor die Wahl gestellt, entweder auf den direkten Vertrieb oder aber auf den zweistufigen Vertrieb über den Einzelhandel vollständig zu verzichten. Das Ergebnis wäre eine Reduzierung der Angebote für den Konsumenten und eine Schwächung des Inter-Brand-Wettbewerbs.

Der Markenverband plädiert also dafür, die Regelung zum zweigleisigen Vertrieb der Vertikal-GVO 2010 unverändert in den aktuellen Entwurf zu übernehmen.

Nicht plausibel erscheint eine Orientierung der zusätzlichen Marktanteilsschwelle an der De-Minimis-Bekanntmachung. Darüber hinausgehend bestimmt aktuell Rz. 240 der Horizontalleitlinien 2011 eine Freistellung für Vermarktungsvereinbarungen bis zu einem gemeinsamen Marktanteil von 15 %. Es gibt keinen erkennbaren Grund dafür, dass Vertriebsvereinbarungen mit dem dominanten vertikalen Element strenger beurteilt werden sollten als echte horizontale Vermarktungsvereinbarungen, z.B. zwischen verschiedenen Händlern. Da die Gefahr negativer

---

<sup>4</sup> Cep Studie von Hohmann/Beil/Kullas, Vertikale Beschränkungen und offene Online-Marktplätze, S. 20 ff., <http://www.markenverband.de/publikationen/studien/cep-Studie%20Vertikale%20Beschraenkungen%20und%20offene%20Online-Marktplaetze.pdf>

Auswirkungen auf den Wettbewerb, wie dargestellt, um ein Vielfaches geringer ist, erscheint auch diese Schwelle erheblich zu niedrig.

Nicht plausibel ist auch, eine zusätzliche Marktanteilsschwelle am gemeinsamen Marktanteil auf der Einzelhandelsebene festzumachen. Zunächst treten bei der Bestimmung eines solchen Marktanteils durch fehlende branchenweite spezifische Informationen ganz erhebliche praktische Probleme auf, die nur mit Hilfe spekulativer Schätzungen überwunden werden können. Vor allem aber entsteht ein für die hiesige Beurteilung schiefes Bild, da der Marktanteil des Abnehmers/Händlers in aller Regel auch Umsätze mit Produkten der Wettbewerber des Anbieters erfasst. Ein Informationsaustausch oder weitergehende Kollusion, die sich auf diese Wettbewerbsprodukte bezieht, kann aber von vornherein nicht unter die Vertikal-GVO fallen, ganz unabhängig davon, ob der zweigleisige Vertrieb freigestellt ist oder nicht. Bezüglich dieser Wettbewerbsprodukte kann zwischen dem Anbieter und dem Händler keine vertikale Vereinbarung i.S.d. Art. 1 Abs. 1 lit. a) vorliegen. Dementsprechend kann es für die nach der Vertikal-GVO zu bewertende Marktwirkung allenfalls auf eine Addition der Marktanteile von Anbieter und Abnehmer ankommen, die diese mit den vom Anbieter hergestellten Waren erzielen.

Wird weiter berücksichtigt, dass die angenommene Koordinierungsgefahr erst aus dem Hinzutreten des Anbieters auf dem Einzelhandelsmarkt entsteht, während sie bei der Kommunikation des Anbieters auch mit mehreren Abnehmern von Sonderkonstellationen des „Hub-and-Spoke“ stets als vertikaler Informationsaustausch zu bewerten ist, erweist es sich allein als konsequent eine – wie dargestellt nicht notwendige und nicht sinnvolle – weitere Marktanteilsschwelle allein am Marktanteil des Anbieters auf dem Einzelhandelsmarkt abzustellen.

### **c. Lösungsansatz**

Aus der Sicht des Markenverbandes ist ein gänzlich anderer Weg vorzugswürdig.

Der Markenverband geht dabei davon aus, dass im Verhältnis der Markenhersteller zu den Eigenmarken vertreibenden Händlern das vertikale Element der Lieferbeziehung dominiert und umgekehrt beim zweigleisigen Vertrieb horizontale Elemente vorhanden sein können. In beiden Fällen tritt neben die bestimmende Lieferbeziehung ein Wettbewerbsverhältnis von unterschiedlicher Bedeutung; im zweigleisigen Vertrieb ist es als absolut untergeordnet zu bewerten, während der Eigenmarken vertreibende Händler häufig nicht nur der nächste, sondern auch der größte Wettbewerber des Markenartikelherstellers ist. Das sollte auch für beide Konstellationen in dem Grunde nach gleichen Weise konstatiert werden; ein Outsourcing durch Lohnfertigung einerseits und (echten) Agenturvertrieb andererseits kann dabei die Bewertung nicht verändern.

In beiden Fällen können sich vorrangig durch eine für die Lieferbeziehung zweckwidrige und damit missbräuchliche Nutzung von Informationen aus der Sicht des Wettbewerbsrechts unerwünschte Situationen ergeben. In der Entscheidung der dänischen Wettbewerbsbehörde im Fall Hugo Boss/Kaufmann wurde dies pointiert als „Kollateralnutzen“ beschrieben.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Konkurrenz- og Forbrugerstyrelsen, Entscheidung vom 24. Juni 2020, HUGO BOSS/Kaufmann, Rz. 393

Gerade weil es sich jedoch um missbräuchliche Nebeneffekte einer an und für sich kartellrechtsneutralen, wenn nicht aufgrund der Effizienzsteigerungen im Vertrieb sogar wettbewerbsfördernden Verhaltensweise handelt, sollte in beiden Fällen nicht diese erschwert, sondern jene unterbunden werden. Sowohl im Fall der Eigenmarken wie auch des zweigleisigen Vertriebs gilt es, die missbräuchliche Nutzung wettbewerblich sensibler Informationen zu unterbinden und zu sanktionieren. Die Formulierung eines klaren Verwendungsverbots wäre hierzu ein adäquater Schritt. Gegebenenfalls kann darüber hinaus in den betreffenden Unternehmen eine organisatorische Trennung der betroffenen Bereiche bis hin zur Errichtung effektiver Chinese Walls erforderlich sein.

### **3. Preisbindung der zweiten Hand**

Preisbindung der zweiten Hand ist nach der Rechtsprechung des EuGH eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung, die also schon ihrer Natur nach als schädlich für das gute Funktionieren des normalen Wettbewerbs angesehen werden müsse. Der Markenverband begrüßt sowohl den Hinweis der Kommission, dass dies nicht mit einem Per se-Verbot der Preisbindung der zweiten Hand verwechselt werden darf, als auch die ausführliche Auseinandersetzung auch mit möglichen Effizienzgewinnen durch eine Preisbindung. In Ergänzung der Darstellung in Rz. 181 V-LL weist der Markenverband darauf hin, dass gerade beim Vertrieb von Fertigprodukten die „freie Preissetzung“ durch Hersteller, selbst wenn der Hersteller die Abgabepreise im Handel binden könnte, keineswegs in seinem unkontrollierten Ermessen liegt. Zahlreiche Einzelhändler vertreiben heute neben Markenartikeln auch ihre Eigenmarken, über deren Preissetzung sie notwendigerweise stets autonom befinden können. Wie die Substitutionsanalyse (Anhang 1) zeigt, üben die Eigenmarken des Handels jedoch eine wettbewerbliche Kontrolle über die Preissetzung der Herstellermarken aus. Diese Wirkung von Handelsmarken darf bei der Bewertung von Preisbindung der zweiten Hand nicht unberücksichtigt bleiben.

Der Markenverband begrüßt, dass sich die Kommission in Rz. 174 V-LL zu einer Differenzierung zwischen Mindestpreisrichtlinien für die Werbung (Minimum Advertised Price – MAP) und Preisbindung der zweiten Hand bekennt. Solange die tatsächliche Preissetzung des Händlers nicht gebunden ist und er (in der Verkaufsstätte – stationär oder online) den tatsächlichen Preis auch kommunizieren kann, greifen Mindestpreisrichtlinien für die Werbung nicht in die Preissetzungshoheit des Händlers ein. Allenfalls werden Lockvogelangebote begrenzt, die aber ihrerseits sowohl den Inter-Brand- wie auch Intra-Brand-Wettbewerb durch Quersubventionierung des strategisch zur Steigerung der Konsumentenfrequenz eingesetzten Produktes verfälschen. Das entspricht dem Ergebnis der Studie des Centre for Competition Policy der University of East Anglia (Anhang 2). Die gegenteilige Position beruht auf der Unterstellung, dass Händler ohne Lockvogelangebote keine Anreize für einen Preiswettbewerb hätten. Dem ist jedoch nicht so. Beispielhaft sei erwähnt, dass auch Preisaktivitäten in der Verkaufsstätte glaubwürdig etwa als Volumenrabatte ausgestaltet werden oder Kundenloyalität für den Händler honorieren oder gar hervorbringen können, ohne dass es externer Bewerbung des konkreten Preises bedürfte. Demzufolge fehlt es auch bei einer MAP-Politik keineswegs an Anreizen zu Preiswettbewerb; tatsächlich werden die Effekte auch heute schon in einem allerdings bescheidenen Umfang genutzt.

Aus Sicht des Markenverbandes sollten allerdings, die Bedingungen, unter denen MAP eben keine Preisbindung der zweiten Hand darstellt, klarer abgrenzt werden. Die konkrete Formulierung sollte lauten:

*„Mindestpreisrichtlinien, die es Einzelhändlern verbieten, Preise unterhalb eines bestimmten, vom Anbieter festgelegten Betrags zu bewerben, stellen regelmäßig keine Preisbindung der zweiten Hand dar. Das gilt nicht, wenn der Anbieter Einzelhändler dafür bestraft, dass sie letztlich unter den jeweiligen Mindestpreisen verkaufen, ihnen vorschreibt, keine Nachlässe zu gewähren, oder sie daran hindert, mitzuteilen, dass der Endpreis von dem jeweiligen Mindestpreis abweichen könnte.“*

Rz. 182 b) S. 3 V-LL besagt nach dem Verständnis des Markenverbandes, dass die Vereinbarung von Festpreisen für Sonderangebote im Einzelhandel, die auf einen Zeitraum von maximal 6 Wochen befristet sind, weil sie dem Verbraucher zugutekommen, als wettbewerbsfördernd und damit freigestellt angesehen werden können. Diese Aussage beschränkt sich dabei nicht auf (geschlossene) Vertriebssysteme, in denen die Koordinierung von Angebotspreisen für den einheitlichen Auftritt des Systems notwendig ist. Der Markenverband hält die Einschätzung der Kommission für zutreffend. Sie ist offenkundig zutreffend bei sog. On-Pack Promotions („11 zum Preis von 10“, „20 % gratis“), gilt jedoch auch darüber hinaus. Die vom Bundesgerichtshof gewählte Möglichkeit, bei kurzfristigen Sonderangeboten die Spürbarkeit einer Wettbewerbsbeschränkung zu verneinen,<sup>6</sup> fehlt nach der Expedia-Entscheidung des EuGH<sup>7</sup>. Die Klassifizierung als Höchstpreisbindung<sup>8</sup> ist nicht vollständig überzeugend. Der Markenverband regt jedoch an, den dritten Satz diesem Absatz voranzustellen. Die konkrete Formulierung könnte lauten:

*„Die Festsetzung von Festpreisen im Einzelhandel für kurzfristige Sonderangebote (in den meisten Fällen von 2 bis 6 Wochen), von denen auch die Verbraucher profitieren, kann angesichts ihres vorübergehenden Charakters insgesamt als wettbewerbsfördernd angesehen werden. Das gilt besonders, wenn es für die Organisation einer solchen Kampagne, insbesondere in einem Vertriebssystem, in dem der Anbieter ein einheitliches Vertriebsformat anwendet, wie z. B. in einem Franchisesystem, notwendig ist.“*

#### **4. Selektive Vertriebssysteme**

Für den selektiven Vertrieb betont Rz. 134 V-LL die besondere Bedeutung der Beschaffenheit der fraglichen Waren und Dienstleistungen im Rahmen der Metro-Kriterien. Dass sie ein selektives Vertriebssystem „zur Wahrung der Qualität und zur Sicherstellung des richtigen Gebrauches“ erfordern müssten, rückt an die erste Stelle der Metro-Kriterien und wiederholt sich bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit einzelner Beschränkungen. Gleichzeitig wird herausgehoben, selektive Vertriebssysteme könnten beispielsweise für hochwertige oder hochtechnologische Produkte oder Waren mit luxuriöser Ausstrahlung verwendet werden; Rz. 146 ergänzt dies um neue oder komplexe Produkte sowie Erfahrungs- oder Vertrauensgüter. Unerwähnt bleibt in diesem

---

<sup>6</sup> BGH, Urt. v. 8. Apr. 2003, KZR 3/02, 1 Riegel extra

<sup>7</sup> EuGH, Urt. v. 13. Dez. 2012, C-226/11, Expedia, Rz. 37

<sup>8</sup> BKartA, Hinweispapier Preisbindung im Lebensmitteleinzelhandel, 12.07.2017, Rz 50



Zusammenhang, dass nach der Rechtsprechung des EuGH<sup>9</sup> die Erforderlichkeit selektiver Vertriebssysteme keineswegs auf diese wenigen Produktkategorien begrenzt ist. Vielmehr erfüllen sie bereits dann dieses Kriterium, wenn die für das selektive Vertriebssystem typische engere Zusammenarbeit zwischen Hersteller und Händler zu einer verbesserten Effizienz des Vertriebs führt. Es erscheint notwendig, dieses weitere Verständnis in Rz. 134 oder 146 V-LL deutlich zu verankern.

Der Markenverband regt an, in Rz. 137 sprachlich klarer herausarbeiten, dass eine Erstarrung des Wettbewerbs durch kumulative Wirkungen mehrerer selektiver Vertriebssysteme allein aus solchen Vertriebssystemen resultieren kann, die nicht den Metro I-Kriterien entsprechen.<sup>10</sup> Dies könnte etwa durch die Einfügung von Aufzählungselementen erfolgen:

*„Im folgenden Teil dieses Abschnitts werden Anhaltspunkte dafür gegeben, wie selektive Vertriebssysteme in Fällen zu würdigen sind, in denen (i) die Metro-Kriterien nicht erfüllt sind und (ii) die Vertikal-GVO nicht greift oder wenn parallele Netze des selektiven Vertriebs in ein und demselben Markt eine kumulative Wirkung entfalten.“*

## **5. Beschränkungen im E-Commerce**

Der Markenverband begrüßt die Zulassung von Doppelpreisstrategien in Rz. 195. Es erscheint jedoch fragwürdig, ob ihre Rechtfertigung sich vorrangig aus einer Differenzierung von Kosten der Händler in verschiedenen Vertriebskanälen ergibt und eine Preisspreizung sich auch in ihrer Ausgestaltung an dieser Kostendifferenzierung orientieren sollte. Regelmäßiger Anknüpfungspunkt für Vergünstigungen in Form von Preisnachlässen im Rahmen eines Preis- und Konditionensystems der Hersteller sind nicht die Kosten der Händler, gegebenenfalls differenziert nach unterschiedlichen Absatzkanälen, sondern vielmehr der Wert spezifischer Leistungen, die sie für die Hersteller erbringen (Pay for Performance). Es bedarf einer Klarstellung, dass auch die Entscheidung eines Händlers, etwa Beratungsleistung zwar für seinen stationären Vertrieb zu erbringen, nicht jedoch im Online-Vertrieb, eine Preisdifferenzierung im Rahmen einer Doppelpreisstrategie rechtfertigt.<sup>11</sup> Hier kann dem ansonsten zurecht aufgegebenen Äquivalenzprinzip noch eine gewisse Bedeutung zukommen.

Der Markenverband begrüßt die Anwendung der Coty-Entscheidung des EuGH in den Vertikalleitlinien auch jenseits eines Luxus-Segments: Ein Verbot des Verkaufs auf Online-Marktplätzen im Rahmen vertikaler Vereinbarungen sollte unabhängig vom Vertriebssystem des Anbieters durch die Vertikal-GVO freigestellt sein (Rz. 194, 313 ff. V-LL), sofern dies denn als Wettbewerbsbeschränkung anzusehen ist (Rz. 319 V-LL). Ebenso ist zu begrüßen, dass die Leitlinien auch das Verbot des Verkaufs auf Online-Marktplätzen als qualitatives Kriterium selektiver Vertriebssysteme nicht auf ein Luxus-Segment begrenzen.

---

<sup>9</sup> EuGH, Urt. v. 2. Juli 1985, RS 243/83, Binon/AMP, Rz. 29, 34

<sup>10</sup> EuGH, Urt. v. 22. Okt. 1986, RS 75/84, Metro II, Rz. 41 f.

<sup>11</sup> Vgl. BKartA, B7-11/13, Fallbericht v. 23. Dez. 2013, BSH, S. 5

Dass ein Marktplatz-Verbot nicht die Möglichkeit der Händler einschränken darf, das Internet effektiv zu nutzen, um ihre Waren oder Dienstleistungen online zu verkaufen, folgt der Logik von Verordnung und Leitlinien sowie der Rechtsprechung des EuGH. Gerade für den Online-Vertrieb ist es allerdings essenziell, dass die Beurteilung nicht von marktspezifischen Umständen und den individuellen Umständen der Händler abhängen darf, wie es Rz. 188 V-LL formuliert. Insofern wäre klarzustellen, dass sich die Frage einer Beschränkung der effektiven Nutzung des Internets als Vertriebsweg nicht aus der quantitativen Bedeutung von Plattformen in einem gegebenen Markt, sondern allenfalls aus der Kumulation mit anderen Vorgaben für Online-Verkäufe ergeben kann.

Berlin, den 17.09.2021

gez. Dr. Andreas Gayk