



Gerechtigkeitslücken des Vertriebskartellrechts

Diskussionspapier zum Selektivvertrieb

Die MEISTERKREIS Mitglieder sind an der Schnittstelle zwischen Kultur und Wirtschaft aktiv. Hinter einem erfolgreichen Geschäftsmodell, das auf Kreativität, handwerklichem Können und technischer Fertigungskunst beruht, stehen kontinuierliche Innovation, unermüdliche Qualitätsanstrengungen, hoch qualifizierte Mitarbeiter und ein starker Export. Die MEISTERKREIS Mitglieder streben in allem, was sie tun, nach höchster Qualität: von ihren Produkten und Dienstleistungen bis zu dem Erlebnis, das sie ihren Kunden bieten.

Den Prinzipien von Freiheit und Kreativität verpflichtet, sehen die Mitglieder des Meisterkreises die Entwicklung des deutschen Vertriebskartellrechts mit Sorge. Wo bis 2005 eine Missbrauchsaufsicht ausreichte, werden heute immer stärker Handlungsspielräume verengt. Das führt zum Verlust an Kreativität und gefährdet gerade kleine und mittlere Unternehmen, die sich ihre Marktposition in einem Qualitätswettbewerb erobern wollen. Insbesondere die Aussagen und Verfahren des Bundeskartellamtes im Spannungsfeld Onlinehandel und Selektivvertrieb sieht der Meisterkreis mit Sorge.

Mit den nachfolgenden Bemerkungen und Beobachtungen will der Meisterkreis eine Diskussion anstoßen. Wie es scheint, stimmen die rechtlichen Eckdaten im Selektivkartellrecht nicht mehr. Das ist nicht nur ein Auftrag an den Gesetzgeber. Wie die jüngsten Fälle des Vorgehens gegen Plattformverbote im Selektivvertrieb deutlich machen, ist auch im Vollzug des GWB durch das Bundeskartellamt gegenüber selektiven Vertriebssystemen ein Paradigmenwechsel angezeigt.

Korrekturbedarf erkennt der Meisterkreis auf drei Ebenen:

- dem rechtlichen Rahmen des Vertriebskartellrechts
- der Sicht auf den Selektivvertrieb
- der Bewertung von Plattformverboten.

Erste Impulse für eine Neuorientierung zu diesen drei Themen werden vermutlich von der EuGH-Entscheidung im Verfahren C-230/16 ausgehen, mit der noch in 2017 zu rechnen ist. Diese drei Themen sind allerdings nur Symptome für eine insgesamt problematische normative Rahmensetzung im Vertriebskartellrecht. Hier kämpfen die Betroffenen mit strukturellen Gerechtigkeitslücken, die in diesem Papier nachgezeichnet werden.

I. Kurz-Zusammenfassung

Die frühere Trennung zwischen horizontalen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen hatte sich als sachlich richtig bewährt. Die Missbrauchsaufsicht des Bundeskartellamts im Vertikalbereich erfasste nur wenige Einzelfälle und ließ keine strukturellen Wettbewerbsprobleme erkennen. Vor diesem Hintergrund steht die Ausdehnung des Kartellverbots des § 1 GWB in den Vertikalbereich unter dem latenten Verdikt der Verfassungswidrigkeit wegen Verstoßes gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Dem ist im Bereich des autonomen deutschen Kartellrechts nur durch eine verfassungskonforme Auslegung zu begegnen. Danach sind die unionsrechtlichen Vorgaben zur Entschärfung des Kartellverbots – Nichtanwendung, Gruppenfreistellung und Einzelfreistellung – als normativ verbindliche Schrankensetzungen des Kartellverbots zu interpretieren und zu handhaben. In den jüngsten Online-Fällen des Bundeskartellamtes hätte diese Sichtweise vermutlich zu anderen Ergebnissen geführt; insbesondere in Bezug auf die Einordnung des Selektivvertriebs.

Dabei sind die Schranken der Gruppenfreistellung und Einzelfreistellung jeweils für sich wegen ihrer Unklarheiten problematisch; die Gruppenfreistellung wegen der schematischen Anknüpfung an die Marktanteilsgrenze von 30% und der Offenheit des Bedarfsmarktkonzeptes und die Einzelfreistellung wegen der engen Tatbestandsvoraussetzungen, die eine Funktion als „rule of reason“ verhindern. Unabhängig davon ist die gegenwärtige Gleichbehandlung von horizontalen und vertikalen Kartellverstößen in einem einheitlichen Bußgeldrahmen mit dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot schwer vereinbar. Bis zu einer gesetzgeberischen Korrektur müssten Richtlinien des Bundeskartellamtes dem unterschiedlichen Gewicht von Kartellverstößen Rechnung tragen und so das gesetzliche Defizit an normativer Differenzierung wenigstens teilweise kompensieren.

Die Verfolgungsfälle des Bundeskartellamtes im Vertikalbereich konzentrieren sich in den letzten Jahren auf herstellerseitige Beschränkungen des Onlinehandels. Hierbei macht sich das Bundeskartellamt die Sichtweise der Internet-Industrie zu eigen, dass der Online-Handel wegen des von ihm ausgehenden Preisdrucks den Wettbewerb zum Wohle der Verbraucher fördert und dass Beschränkungen des Onlinehandels a priori unter dem Verdacht eines Verstoßes gegen das Kartellverbot stehen. Insoweit bleiben regelmäßig Marktstrukturprobleme im Onlinehandel unberücksichtigt und ein möglicher Anspruch der Hersteller auf kartellrechtsautonome Absatzkonzepte unbeachtet.

Einen kartellrechtlichen Rechtfertigungsdruck muss der Selektivvertrieb trotzdem nicht fürchten. Er basiert auf dem Konzept der überprüften und autorisierten Absatzstätte, das sich problemlos so lange auf den Onlinehandel übertragen lässt, wie der Händler das Warenangebot und die Präsentation seines E-Shops selbst und eigenverantwortlich gestaltet. Ein Plattformverkauf lässt sich unter den gegenwärtigen

Marktbedingungen der „branded platforms“ wie Amazon und Ebay damit nicht vereinbaren, weil diese (marktbeherrschenden) Unternehmen auf ihren Marktplätzen die autonome Präsentation händlergeführter Shops nicht zulassen. Daran ändert auch die vom Bundeskartellamt unterstellte Funktion der Verkaufsplattformen als Steigbügelhalter für den Internet-Vertrieb nichts, weil es diese Funktion nicht gibt und nicht geben kann. Wenn es überhaupt eine Chance für kleine und mittlere Handelsunternehmen gibt, so liegt sie in einer Marktsegmentierung, in der selektiv vertriebene (Marken-) Produkte dem Zugriff der Plattformen entzogen sind. Das läge auch im Interesse der Verbraucher, die sich gegenwärtig im Onlinehandel einer unklaren Angebots- und Verantwortungslage mediärer Anbieter und einer Flut von Fälschungen gegenübersehen.

Ähnlich problematisch ist die derzeitige Auslegung der schwarzen Klauseln der Gruppenfreistellungsverordnung, die gegen ihre Funktion als Auffangtatbestände zur Freistellung als Grund-Verbotssnormen im Bereich des Onlinehandels interpretiert werden. Hierzu geben zwar die Leitlinien der Kommission mit ihrer verfehlten Übernahme der Unterscheidung zwischen aktivem und passivem Vertrieb und der ebenfalls verfehlten Gleichsetzung von Onlinehandel und passivem Vertrieb Anlass. Diese Unterscheidung ist jedoch nicht maßgeblich und sie bestimmt auch nicht die weiteren Leitlinien-Vorgaben der EU-Kommission. Die Ausrichtung der schwarzen Klauseln auf „Hardcore“-Verstöße zwingt vielmehr zu einer weniger normativen als vielmehr rechtstatsächlichen Überprüfung von Online-Handelsbeschränkungen.

Eine ökonomische Würdigung der Wettbewerbssituation kleinerer und mittlerer Händler im Onlinehandel zeigt, dass diese in einem allein auf den Preiswettbewerb ausgerichteten Umfeld keine Chance haben und dass sich diese Situation nur noch weiter verschärft, wenn sie sich auf einer fremdgesteuerten Verkaufsplattform bewegen. Herstellerseitige Beschränkungen des Plattformhandels sind vor diesem Hintergrund nicht als relevante Wettbewerbsbeschränkungen und schon gar nicht als „Hardcore“-Verstöße zu sehen. Sie eröffnen umgekehrt neue Geschäftschancen und fallen weder unter den Tatbestand des Artikel 4 b) noch des Artikel 4 c) Vertikal-GVO.

II. Der rechtliche Rahmen

1. Die Ausdehnung des deutschen Kartellrechts in den Vertikalbereich

Die vom Bundeskartellamt gegen selektive Vertriebsbinder eingeleiteten Verfahren finden ihre gesetzliche Grundlage in der Vorschrift des § 1 GWB in der seit Juli 2005 geltenden Fassung nach der 7. Kartellrechtsnovelle. Mit dieser Umstellung wurde die bis dahin geltende Zweiteilung des deutschen Kartellrechts in ein im Horizontalbereich geltendes Kartellverbot und eine Missbrauchsaufsicht des Bundeskartellamts aufgegeben. Das bis dahin nur im Bereich der horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen geltende Kartellverbot wurde auch auf Austauschverträge im Vertikalbereich ausgedehnt, wo bis dahin lediglich eine Missbrauchsaufsicht galt.

Diese wesentliche Gesetzänderung erfolgte ausschließlich und ausdrücklich aus Gründen der Anpassung des deutschen Kartellrechts an das europäische Kartellrecht. Die Gesetzesbegründung hält dazu Folgendes fest:

„Die Angleichung an das europäische Recht erfasst auch die Behandlung vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen. Nach europäischem Recht (Art. 81 EG) unterliegen vertikale Vereinbarungen, die den Wettbewerb beschränken (Vertriebsbindung) ebenso wie horizontale Vereinbarungen einem Verbot mit legaler Ausnahme. Im bisherigen GWB sind dagegen so genannte Inhaltsbindungen (für Preise und Konditionen) per se verboten; andere Vertriebsbindungen sind grundsätzlich erlaubt, unterliegen aber einer Missbrauchsaufsicht. Die bisherige deutsche Systematik ist zwar wettbewerbspolitisch sachgerecht und führt auch zu praktisch befriedigenden Ergebnissen. Angesichts des erweiterten Vorrangs des europäischen Rechts wird jedoch zukünftig im Grundsatz das europäische Modell für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen übernommen, um die Einheit des Wettbewerbsrechts zu bewahren.“¹

Ähnlich äußerte sich die Monopolkommission in ihrem Gutachten zur 7. GWB-Novelle unter Ziffer 12:

„Zwar dürfte Einigkeit darüber bestehen, dass insbesondere die Missbrauchskontrolle für vertikale Vereinbarungen ausreicht und einem allgemeinen Verbotsprinzip, das sowohl horizontale als auch vertikale Wettbewerbsbeschränkungen erfasst, überlegen ist. Auch hat sich die Monopolkommission bei der 6. GWB-Novelle mit guten Gründen für die Beibehaltung der Einzelfreistellungstatbestände und gegen eine Generalklausel nach dem Muster des Art. 81 Abs. 3 EGV ausgesprochen. Vor dem Hintergrund des neuen europäischen Rechtsrahmens, insbesondere dem erweiterten Vorrang des Art. 81 EGV und den entsprechenden Verfahrensregeln, überwiegen aber die Vorteile einer Anpassung des deutschen Rechts deren Nachteile.“

Die grundlegende Kartellrechtsänderung der 7. Kartellrechtsnovelle war insbesondere nicht durch Probleme beim Selektivvertrieb beeinflusst. Eine Auswertung sämtlicher

¹ BTDrS 15/3640, S. 21.

Tätigkeitsberichte des Bundeskartellamts im Zeitraum 1987 bis 2010² zeigt sehr deutlich, dass das Bundeskartellamt im Rahmen seiner Missbrauchsaufsicht allenfalls gegen Einzelfälle von Preis- und Konditionenbindungen, missbräuchlichen Franchisesystemen, Ausschließlichkeitsbindungen und problematischen Lizenzverhältnissen vorgegangen ist, niemals aber gegen selektive Vertriebsbindungssysteme.

Obwohl eine 23-jährige Praxis der Missbrauchsaufsicht des Bundeskartellamts nachweislich nicht einen Fall missbräuchlicher Vertriebsbindungen hervorgebracht hat, wurden mit der 7. Kartellrechtsnovelle die beiden Eckpfeiler des Selektivvertriebs verboten. Seit Juli 2005 verstößt jeder Vertriebsbinder, der seine Abnehmer vertraglich auf die Einhaltung von Qualitätskriterien verpflichtet und ihnen das Verbot des Weiterverkaufs an nicht-systemangehörige Wiederverkäufer auferlegt, prima facie gegen das Kartellverbot.

2. Teil-Verfassungswidrigkeit des neuen § 1 GWB

In der Ausdehnung des Kartellverbots auf den Vertikalbereich liegt ein unverhältnismäßiger Eingriff in die Grundrechte sowohl der vertriebsbindenden Hersteller als auch der systemangehörigen Händler. Betroffen sind sowohl die Berufsausübungsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG als auch der Eigentumsschutz aus Art. 14 Abs. 1 GG. Auf Herstellerseite ist insbesondere das Eigentumsgrundrecht verletzt. Denn im Bereich des Art. 14 Abs. 1 GG ist sowohl der Schutz des Sacheigentums an den vom Hersteller produzierten und zum Verkauf angebotenen Waren als auch der Schutz des geistigen Markeneigentums³ betroffen. Mit dem Verbot von Vertriebsbeschränkungen würde eine Grundfunktion des Eigentums, die freie Verfügungsbefugnis des Rechtsträgers über das Eigentumsgut, substantiell beeinträchtigt.⁴

Für den Eingriff in die Grundrechtspositionen aus Art. 12 Abs. 1 und aus Art. 14 Abs. 1 GG gilt zwar jeweils ein Gesetzesvorbehalt, der im Bereich des Eigentumsschutzes sogar als Ausgestaltungsbefugnis des inhaltsbestimmenden Gesetzgebers konstruiert ist. Dieser Gesetzesvorbehalt ändert aber nichts daran, dass gesetzgeberische Eingriffe in die Grundrechtspositionen aus Art. 12 und 14 GG, wie sie nunmehr durch § 1 GWB

² Tätigkeitsbericht 1987/1988, BTDr. 11/4611, S. 30-35; Tätigkeitsbericht 1989/1990, BTDr. 12/847, S. 33-37; Tätigkeitsbericht 1991/1992, BTDr. 12/5200, S. 40-43; Tätigkeitsbericht 1993/1994, BTDr. 13/1660, S. 35-36; Tätigkeitsbericht 1995/1996, BTDr. 13/7900, S. 41-43; Tätigkeitsbericht 1997/1998, BTDr. 14/1139, S. 45; Tätigkeitsbericht 1999/2000, BTDr. 14/6300, S. 49, 50; Tätigkeitsbericht 2001/2002, BTDr. 15/1226, S. 52, 53; Tätigkeitsbericht 2003/2004, BTDr. 15/5790, S. 41, 42; Tätigkeitsbericht 2005/2006, BTDr. 16/5710, S. 39; Tätigkeitsbericht 2007/2008, BTDr. 16/13500, S. 38; Tätigkeitsbericht 2009/2010, BTDr. 17/6640, S. 43.

³ Vgl. BVerfG U.v. 22.05.1970, 1 BvL 9/75 – Weinbergsrolle.

⁴ Spezifisch zum Thema des Internethandles und der Pierre Fabre-Entscheidung des EuGH hält der frühere Präsident des Bundesverfassungsgerichts Prof. Udo di Fabio im FAZ-Beitrag „Netzwirtschaft“ kritisch folgendes fest: *„Grundrechte des Unternehmens spielen wie häufig auf der Anklagebank des Wettbewerbsverstoßes keine Rolle“.*

erfolgen, an den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu messen sind.⁵

Danach müssen Grundrechtseingriffe sowohl geeignet sein (Wahl der Mittel) die verfolgten Gemeinwohlziele zu erreichen als auch erforderlich in dem Sinne, dass kein gleich wirksames, milderes Mittel für die angestrebte Zweckerreichung in Betracht kommt, als auch verhältnismäßig im Sinne einer ausgewogenen Zweck-/Mittel-Relation.⁶

Hier ist bereits fraglich, ob sich der Zweck der Angleichung des deutschen Kartellrechts an das EU-Kartellrecht als ein Gemeinwohlziel verstehen lässt, denn ein halbes Jahrhundert standen das EU- und das deutsche Kartellrecht problemlos nebeneinander. Einen rechtlichen Harmonisierungszwang gibt es auch nicht und andere Mitgliedstaaten verfolgen weiterhin ihre nationalen Kartellrechtsordnungen.

Aber selbst wenn man die Anpassung an das EU-Kartellrecht noch als verfassungskonformes Gemeinwohlziel akzeptiert, so muss doch weiterhin der dadurch bewirkte Eingriff in Grundrechtspositionen der deutschen Unternehmer weiterhin in einer ausgewogenen Zweck-/Mittel-Relation stehen. Genau daran fehlt es aber. Denn die Geschichte des deutschen Kartellrechts und die dokumentierte Missbrauchsaufsicht des Bundeskartellamtes zeigen eindrucksvoll, dass es im Bereich des vertikalen Güteraustausches über Jahrzehnte keine Probleme gab, die die Ausdehnung des Kartellverbotes in den Vertikalbereich hätten rechtfertigen können. Gemessen am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist die Vorschrift des § 1 GWB teilweise verfassungswidrig.

3. Änderung der Wettbewerbspolitik

Hinweise auf ein verfassungsrechtliches Problembewusstsein des Bundeskartellamtes sind den Fallberichten zum neuen Schutzgut „E-Commerce“ nicht zu entnehmen.⁷ Das Vorgehen des Bundeskartellamtes lässt keine Sensibilität für die Problematik der möglichen Verfassungswidrigkeit des neuen § 1 GWB und die darauf gestützten Verfolgungsaktivitäten von Vertriebsbindern erkennen.

Der Meisterkreis fordert diese Sensibilität ein. Er verweist darauf, dass es bis heute zu den ehernen Grundsätzen der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum

⁵ vgl. BVerfG 58, 137, 70, 278, 72, 66 für den Eigentumsschutz und BVerfG 25, 1 sowie 25, 44 und 30, 292 für die Berufsausübungsfreiheit.

⁶

⁷ Das Bundeskartellamt engagiert sich einerseits unter dem Stichwort „Doppelpreisverbot“ gegen differenzierte Konditionen der Hersteller für den Online und Offline Bereich und zum anderen gegen (meist direkt auf die Marktplätze von Amazon und Ebay zielende) Plattformverbote für autorisierte Fachhändler in selektiven Absatzsystemen. Vgl. zum „Doppelpreisverbot“ die Fallberichte des Bundeskartellamtes zu Dornbracht (B5-100/10), Bosch Siemens Hausgeräte, BSH (B7-11/13) und Gardena (B5-144/13) sowie zum Ausschluss von Plattformen die Fallberichte zu Sennheiser (B7-1/13-35), adidas (B3-137/12), Asics (B2-98/11) und Ford, Opel und PSA (B9-28/15-1; B9-28/15-2; B9-28/15-3).

kartellrechtlichen Diskriminierungsverbot gehört, dass der Hersteller seine geschäftliche Tätigkeit und sein Absatzsystem nach eigenem Ermessen so gestalten kann, wie er dies für wirtschaftlich sinnvoll und richtig erachtet.⁸ Sowohl für eine unterschiedliche Behandlung des Offline- und Online-Handels als auch für den Ausschluss von Plattformen wie Amazon oder Ebay gibt es sachliche Gründe. Weder erbringt der Online-Handel vergleichbare Kundendienst- und Marken-Repräsentationsleistungen wie der stationäre Fachhandel, noch entspricht die Sortimentsgestaltung und Verkaufsumgebung eines Online-Marktplatzes in irgendeinem relevanten Faktor dem Niveau eines stationären Fachhandelsgeschäfts. Online- und Offline-Handel sind weder gleich, noch sind sie gleichwertig.⁹ Beides qua Verwaltungsdefinition (das Bundeskartellamt ist eine auf den Gesetzesvollzug verpflichtete Behörde) als gleich zu behandeln, verkennt nicht nur das Prinzip der Gewaltenteilung, sondern auch den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz. Danach ist Gleiches gleich und Ungleiches entsprechend der Ungleichheit¹⁰ ungleich zu behandeln.

⁸ Vgl. BGH U.v. 06.10.2015, KZR 87/13 – Porsche Tuning; U. v. 31.01.2012, KZR 65/10 – Werbeanzeigen, Rn 29; U.v.11.10.2006, GRUR 2007, 172 – Lesezirkel II, Rn 18; U.v. 15.07.2004, KZR 17/03 – Sparberaterin; U.v.16.12.1986, GRUR 1987, 459, 462 - Belieferungsunwürdige Verkaufsstätten II; U.v. 15.04.1986, GRUR 1986, 750, 753 f – EH-Partnervertrag; U.v. 08.03.1983, GRUR 1983, 396, 397 _ Modellbauartikel III; U.v. 18.03.1981, 610, 611 – SB-Verbrauchermarkt; v. 10.10.1978, GRUR 1979, 177, 178; Zeitschriften Grossisten; v. 24.02.1976, GRUR 1976, 711, 712 f - Bedienungsgroßhändler; v. 27.09.1962, BGHZ 38, 90, 102 – Grote Revers.

⁹ Das sieht auch das Bundeskartellamt, das sich in der Auseinandersetzung mit den Leitlinien der Kommission am Äquivalenzprinzip als Instrument zur Beurteilung von Beschränkungen des Online-Handels stört: *In Anbetracht der Unterschiede im Zustandekommen und der Abwicklung von Verkäufen im Ladengeschäft und Verkäufen über das Internet ist es vielfach schwierig oder auch unmöglich, für ein Element des einen Vertriebskanals ein im anderen Vertriebskanal ein passendes Äquivalent zu finden. Dies gilt insbesondere, wenn es sich um Vertriebsbedingungen handelt, die sich auf spezifische Funktionalitäten des Internetvertriebs beziehen, für die sich im stationären Vertrieb kein korrespondierendes Element finden lässt. Dann kann die notwendige Gesamtbetrachtung („insgesamt gleichwertige Kriterien“) bei Anwendung des Äquivalenzprinzips nicht erfolgen.“* (Bundeskartellamt, Beschluss v. 26.08.2015 im Verfahren B2-98/11 (Asics) Rn 572).

¹⁰ Die Sektorenuntersuchung der Kommission lässt daran keinen Zweifel mehr. In einem Factsheet vom 15. September 2016 (im Internet abrufbar unter „https://ec.europa.eu/germany/news/kartellrecht-kommission-ver%C3%B6ffentlicht-erste-ergebnisse-der-sektoruntersuchung-zum_en“) hebt die Kommission fünf zentrale Feststellungen zum Online-Handel hervor, die die Besonderheiten des Online-Handels gegenüber dem stationären Handel kennzeichnen:

- (1) Hohe Preistransparenz verstärkt den Preiswettbewerb
- (2) Verstärkter Direktvertrieb durch die Hersteller
- (3) Ausweitung des selektiven Vertriebs
- (4) Zunahme der vertraglichen Verkaufsbeschränkungen
- (5) Trittbrettfahrer.

Während man noch den verstärkten Eigenhandel der Hersteller, die Ausweitung des Selektivvertriebs und die Zunahme der vertraglichen Verkaufsbeschränkungen lediglich als Reaktionen auf den Online-Handel ansehen kann, handelt es sich mindestens bei dem verstärkten Preisdruck und der Trittbrettfahrerei um Wesensmerkmale des Online-Handels. Das hat zur Folge, dass im Online-Handel die anderen Wettbewerbsparameter der Innovationskraft und der Qualität in den Hintergrund treten.

4. Die normative Gleichsetzung von horizontalen und vertikalen Beschränkungen

Mit der Übernahme des Modells des EU-Kartellrechts in das deutsche GWB ist auch ein Geburtsfehler des EU-Kartellrechts in Deutschland Gesetz geworden; die einheitliche Regulierung von horizontalen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen in einer Norm. Diese Unterschiedlichkeit wäre kein Problem, wenn es im europäischen Kartellrecht nicht eine, sondern zwei Grundnormen gäbe; eine Norm für die horizontalen und eine Norm für die vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen. Nachdem dies jedoch nicht der Fall ist, ist das europäische Vertriebskartellrecht vor allem damit beschäftigt, das als Generalklausel formulierte und damit tendenziell allumfassende Kartellverbot zu reduzieren und auf einen Kernbereich zurückzudrängen.

Im Verantwortungsbereich der Kommission erfolgte die Beschränkung des Kartellverbots nach Schaffung der entsprechenden Grundlagen über die VO 19/65 EG zunächst vor allem über den Erlass von Gruppenfreistellungsverordnungen.¹¹ Hierbei stellte die Kommission vor allem Exklusivitätsvereinbarungen, wie sie bereits Gegenstand der Grundig/Consten-Entscheidung des Gerichtshofs gewesen waren¹² von der Anwendung des Kartellverbots frei.

Mit dem Grünbuch von 1996 und der Mitteilung zur Umsetzung der Ergebnisse des Grünbuchs vom 30.09.1998 wurden die Erfahrungen mit den bisherigen Gruppenfreistellungsverordnungen zum Alleinvertrieb, zum Alleinbezug und zu Franchisesystem verarbeitet und in einen größeren theoretischen Rahmen zur kartellrechtlichen Bewertung vertikaler Beschränkungen eingebracht. Die Bewertung vertikaler Beschränkungen ging dahin, dass nicht von einer gleichwertigen Ambivalenz vertikaler Beschränkungen auszugehen ist, sondern von einem Vorrang der wettbewerbsfördernden gegenüber den wettbewerbsbeschränkenden Effekten.¹³

Dieser neue Ansatz erlaubte einen Paradigmenwechsel und eine substantielle Ausdehnung der bisherigen Freistellungspolitik, wie sie in der ersten GVO 2790/99 zur Umsetzung kam. Hiervon erfasst wurden auch selektive Vertriebssysteme, denen die Kommission bereits im Grünbuch und der Folgemitteilung zum Grünbuch mit der Absicht zur Freistellung vorrangig wettbewerbsfördernde Effekte zugeschrieben

¹¹ Bereits die GrundVO des Rates Nr. 19/65 vom 02.03.1965 mit der Ermächtigung zur Gruppenfreistellung enthielt in Art. 1 eine ausdrückliche Regelung zur Freistellung von Exklusivitätsabreden. Der Katalog der Freistellungstatbestände wurde seither ständig erweitert, bis die Kataloglösung gänzlich aufgegeben wurde; vgl. VO 67/67 (EWG) v. 22.03.1967, Art. 1, 2;; VO 1983/83 (EWG) v. 22.06.1983, Art. 1, 2; VO 1984/83 (EWG) v. 22.06.1983; VO 123/85 (EWG) v. 12.12.1984, Art. 1 – 5; VO 4087/88 (EWG) v. 30.11.1988, Art. 1-4; VO 2790 (EG) v. 22.11.1999, Art. 2,3; VO 330/10 (EG) v. 20.04.2010, Art. 2,3.

¹² Vgl. den ersten Bericht Wettbewerbspolitik (First Report on Competition Policy) vom April 1972, Rn. 45 ff.

¹³ vgl. zuletzt den Erwägungsgrund Nr. 6 für die GVO 330/10: *Bestimmte Arten von vertikalen Vereinbarungen können die wirtschaftliche Effizienz innerhalb einer Produktions- oder Vertriebskette erhöhen, weil sie eine bessere Koordinierung zwischen den beteiligten Unternehmen ermöglichen. Insbesondere können sie dazu beitragen, die Transaktions- und Vertriebskosten der beteiligten Unternehmen zu verringern und deren Umsätze und Investitionen zu optimieren.*

hatte.¹⁴ Die beiden GVOs 2790/99 und 330/10 greifen selektive Vertriebssysteme in Art. 1 Abs. 1 lit e) und Art. 4 lit b), c) und d) ausdrücklich auf und unterstreichen damit die Notwendigkeit einer Ausnahme vom Kartellverbot für den Selektivvertrieb.

5. Der unsichere Zugang zur Freistellung

a) Gruppenfreistellung

Deutsche Hersteller von Markenartikeln und insbesondere die Mitglieder des Meisterkreises leiden zudem unter den Unklarheiten einer Marktabgrenzung nach dem Bedarfsmarktkonzept. Für den Zugang zur Gruppenfreistellung nach der GVO 330/10 kommt es auf ein Unterschreiten der Schwelle von 30% Marktanteil auf dem relevanten Produktmarkt an. Setzt sich aber die Tendenz zu einer Marktabgrenzung nach der Preisgruppe und nicht mehr nach der Produktfunktion fort,¹⁵ dann müssen Hersteller im High-End-Bereich, die sich bisher auf einer schmalen Spitze der Pyramide gesehen mit entsprechend geringem Marktanteil haben, plötzlich mit einer Marktführerschaft und wesentlich höheren Marktanteilen rechnen. Der Zugang zur Gruppenfreistellung wäre dann versperrt.

b) Einzelfreistellung

Auch der Zugang zur Einzelfreistellung nach § 2 Abs. 1 GWB ist unklar und vom Tatbestand her so eng gesteckt, dass diese Norm jedenfalls nicht die Funktion eines Gegenpols zu einem tendenziell überschießenden Kartellverbot (rule of reason) erfüllt. Das liegt einmal an der sehr sprachlichen Fassung der Voraussetzung der „Unerlässlichkeit“, die nicht nur einen scharfen Prüfungsmaßstab, sondern auch eine Beweislast des Unternehmers nahelegt.¹⁶ Zum anderen folgt die Funktionslosigkeit und Unklarheit des Einzelfreistellungstatbestandes am Tatbestandsmerkmal der „angemessenen Beteiligung der Verbraucher“. Denn eigentlich müsste man davon ausgehen können, dass bereits ein im Einzelfall freistellungsfähiges Wettbewerbsverhalten als wettbewerbliche Alternative (auch) zu einer Intensivierung des Wettbewerbs auch im Sinne des Verbrauchers führt. Der Nachweis einer

¹⁴ Vgl. Grünbuch Rn 18, 261-265; Mitteilung der Kommission über die Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln auf vertikale Beschränkungen v. 30.09.1998 (KOM(1998)544 endg.) Seite 36. Die Kommission sah seinerzeit Gefahren des Selektivvertriebs vor allem bei zahlreichen gleichartigen Systemen in einem Markt und bei der Kombination mit anderen Formen vertikaler Beschränkungen.

¹⁵ Vgl. exemplarisch OLG Frankfurt vom 22.12.2015, 11 U 84/14 (Kart) – Deuter: „Entgegen der Auffassung der Beklagten könne dabei die Funktionsrucksäcke von Discounter wie E. oder F., die zu einem Bruchteil des Preises angeboten werden wie die Produkte der Beklagten, nicht als zum selben sachlich-relevanten Markt gehörig angesehen werden.“

¹⁶ Die Beweislast des Unternehmers, der sich auf die Freistellung beruft, gilt einheitlich für Art. 101 Abs. 3 AEUV und für § 2 Abs. 1 GWB. Sie ist seit dem 01.05.2005 in Art. 1 Abs. 2 der VO 1/2003 quasigesetzlich verankert.

angemessenen Verbraucherbeteiligung ist nicht nur schwer zu führen, er ist auch entbehrlich.

6. Der undifferenzierte und unverhältnismäßige Bußgeldrahmen

Die Probleme der neuen Gleichsetzung von horizontalen und vertikalen Kartellverstößen setzen sich im Bußgeldrecht fort und erhalten dort eine für die Betroffenen unerträgliche Brisanz. Die Bußgeldvorschriften des § 81 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB differenzieren nicht zwischen schweren und minder schweren Fällen¹⁷ von Kartellverstößen oder nach Verstößen im Vertikal- oder Horizontalbereich. Vielmehr kommt für alle Kartellverstöße, die unter die Generalklausel des Europäischen Kartellrechts nach Art. 101 Abs. 1 AUV oder unter die Generalklausel des § 1 GWB fallen, nach § 81 Abs. 4 S. 2 GWB für Unternehmen ein einheitlicher Bußgeldrahmen zur Anwendung, der nur nach der Höchstgrenze bestimmt ist.

Diese Höchstgrenze ist mit 10% vom weltweiten Gesamtumsatzumsatz auf schwerste Kartellverstöße zugeschnitten.¹⁸ Gegen diesen Regelungsansatz sind von Anfang an verfassungsrechtliche Bedenken wegen Verstoßes gegen den Bestimmtheitsgrundsatz nach Art. 103 Abs. 2 GG vorgebracht worden.¹⁹ Diesen Bedenken hat teilweise bereits der Bundesgerichtshof insoweit Rechnung getragen, als er – gegen den Ansatz des Bundeskartellamts – in der Entscheidung „Grauzementkartell“ vom 26.02.2013²⁰ die 10%-Grenze nicht als Kappungsgrenze, sondern als Bußgeldrahmen angesehen hat. Damit war eine Verortung minder schwerer Verstöße in der Nähe dieser Grenze unmöglich geworden.

Damit sind jedoch die verfassungsrechtlichen Bedenken nicht beseitigt. Die Vorschriften des deutschen Bußgeldrechts verletzen immer noch das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG, weil es für mögliche Betroffene nach wie vor völlig unmöglich ist, das für „ihren“ Verstoß fällige Bußgeld auch nur ansatzweise vorauszusehen und vorauszusagen. Genau das wird jedoch nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vom Strafgesetzgeber verlangt. Danach müssen sich Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände durch den Normadressaten schon aus dem Gesetz selbst erkennen und durch Auslegung ermitteln und konkretisieren lassen.²¹ Für die Sanktionen gilt das entsprechend in der Weise, dass in

¹⁷ Die Vorschrift des § 81 Abs. 4 S. 6 GWB formuliert lediglich den Grundsatz, dass bei der Festsetzung der Geldbuße sowohl die Schwere der Zuwiderhandlung als auch deren Dauer zu berücksichtigen sind.

¹⁸ Vgl. die amtliche Begründung zur 7. Kartellnovelle in BTDrS. 15/5049, S. 67: „...um eine wirkungsvolle Ahndung der besonders gravierenden Verstöße gegen Wettbewerbsvorschriften zu ermöglichen.“

¹⁹ Vgl. die ausführliche Erläuterung von Dannecker/Biermann in Immenga/Mestmäcker, GWB-Kommentar, 5. Aufl. 2014, § 81 Rnrrn 341 ff.

²⁰ Az. KRB 20/12.

²¹ Vgl. BVerfGE 105, 135, 153.

einem vom Schuldprinzip geprägten System die Sanktionen gerecht auf den Tatbestand und das in ihm vertypete Schuldrecht abgestimmt sein müssen.²²

Genau an einem solchen System fehlt es, wie oben²³ ausführlich dargelegt, inzwischen im deutschen Kartellrecht. Denn mit der 7. Kartellnovelle wurde im Jahre 2005 das bis dahin grundlegende Prinzip der Unterscheidung zwischen vertikalen und horizontalen Verstößen aufgehoben. Diese Unterscheidung, die sogar durch unterschiedliche Abschnitte im ersten Teil des GWB zum Ausdruck kam, wurde durch Zusammenfassung in der Generalklausel des § 1 GWB eingeebnet. Dabei blieb der Wortlaut dieser Generalklausel weitgehend erhalten. Nur für die Bestimmung des Geltungsbereichs wurde der frühere Text

„Vereinbarungen zwischen miteinander in Wettbewerb stehenden Unternehmen“

auf

„Vereinbarungen zwischen Unternehmen“

verkürzt. Diese Form der gesetzestechnischen Einbindung führte notwendig zur Vereinnahmung der vertikalen Beschränkungen in das Unwerturteil gegenüber horizontalen Beschränkungen.

Zwar hat der deutsche Gesetzgeber in der ausdrücklichen Anknüpfung an die „Verbundnetz-II“-Entscheidung des Bundesgerichtshofes²⁴ für vertikale Beschränkungen im Bereich von Austauschverträgen eine Prüfung des „anzuerkennenden Interesses“ im Sinne eines Filters vorgeschrieben:

„Danach unterfallen Austauschvereinbarungen unter Wettbewerbern mit wettbewerbsbeschränkendem Inhalt dem § 1, wenn für die beschränkende Abrede kein das Austauschverhältnis förderndes anzuerkennendes Interesse gefunden werden kann.“²⁵

Diese Zurücknahmen des Kartellverbots und Anwendungsvorgaben für das Kartellverbot sind jedoch in die Bußgeldtatbestände des § 81 Abs. 1 und Abs. 2 GWB nicht eingeflossen. Sie sind auch in der Praxis des Bundeskartellamtes – jedenfalls bei den prominenten Fällen des Vorgehens gegen Plattformverbote oder Doppelpreissysteme²⁶ – nicht mehr sichtbar.

Vor diesen Hintergrund ist die Bußgeldvorschrift des § 81 GWB insoweit verfassungswidrig, als sie undifferenziert an die Generalklauseln des § 1 GWB und des Art. 101 Abs. 1 AEUV anknüpft und damit auch im Bußgeldrecht die Unklarheit und Unbestimmtheit einer Generalklausel fortschreibt, welche völlig unterschiedliche

²² Vgl. BVerfGE aaO.

²³ Vgl. die Erläuterungen zur Gleichsetzung von vertikalen Beschränkungen unter Ziffer IV 4.

²⁴ U. v. 18.02.2003, KVR 24/01.

²⁵ Vgl. Amtl. Begründung in BtDrS 3640/15, S. 24.

²⁶ Vgl. die Nachweise in Fn 1 sowie die Fallberichte des Bundeskartellamts zu Dornbracht (B5-100/10), zu BSH (B7-11/13) und zu Gardena (B5-144/13).

Sachverhalte und mit einem gänzlich unterschiedlichen Unrechtsgehalt unter einer Regel zusammenfasst. Mindestens im Bußgeldrecht ist aus verfassungsrechtlichen Gründen die frühere Unterscheidung zwischen horizontalen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen wieder einzuführen.

Die Wiedereinführung getrennter Tatbestände für Wettbewerbsverstöße im Horizontal- und Vertikalbereich ist mindestens im Bereich des Bußgeldrechts ist auch aus Verhältnismäßigkeitsgründen geboten. Denn aufgrund der gesetzestechnischen „Integration“ des Vertikalbereichs besteht andernfalls die ständige Gefahr der Übersanktionierung allein deshalb, weil im neuen normativen Rahmen des § 1 GWB die Besonderheiten vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen mit ihrer Vermutung primär wettbewerbsfördernder Effekte keine Berücksichtigung finden.

III. Der Blick auf den Selektivvertrieb

1. Angriffe auf den Selektivvertrieb

Die Netzindustrie verfolgt die Beseitigung des Selektivvertriebs als wirtschaftspolitisches Kernziel. Denn der Selektivvertrieb schließt regelmäßig die großen Plattformen des Online-Handels vom Zugriff auf selektiv vertriebene Ware aus und das stört den Anspruch von Amazon & Co. als Universalanbieter tätig zu sein. Vor dem Hintergrund eines Ausschlusses vom Handel zeichnet sich die von der Netzindustrie betriebene öffentliche Debatte dadurch aus, dass mit einseitigen Daten und einer suggestiven Sprache partikulare merkantile Interessen als Gemeinwohlinteressen verkauft werden:

Ebay hat bereits im Jahre 2009 eine „Nutzerinitiative“ („Grassroot Campaign“) lanciert, die auf eine Petition gegen Beschränkungen des Online-Handels im Rahmen des Selektivvertriebs gerichtet war.²⁷ Dabei fällt sofort auf, dass die Initiative eben nicht von den Nutzern ausging, sondern von Ebay. Die englische Bezeichnung „Grassroot Campaign“ ist dabei völlig verfehlt. Denn hier hat die PR-Abteilung eines Weltunternehmens eine irreführende Öffentlichkeit für die eigenen Zwecke mobilisiert.²⁸

Nicht anders verhält es sich mit dem amerikanischen Verband CCIA²⁹, der von seinem Heimatsitz in Washington aus inzwischen eine europäische Niederlassung in Brüssel betreibt. Das von der CCIA im Jahre 2014 aufgelegte Positionspapier „Embracing the Internet Opportunity“ ist als rein europäisches Papier³⁰ aufgemacht, offenbart seine

²⁷ „Wir, die Unterzeichner, sprechen uns gegen Versuche einiger Markeninhaber und Hersteller aus, den Verkauf und Wiederverkauf ihrer Produkte im Internet einzuschränken.

Diese Markeninhaber versuchen, in immer stärkerem Maße den Verkauf von Luxusgütern, aber auch alltäglichen Artikeln, wie Kinderspielzeug, elektronischen Geräten, Rasenmähern und Kinderwagen, auf Online-Marktplätzen und anderen Websites zu blockieren. Wenn wir solche Beschränkungen stoppen wollen, muss jetzt gehandelt werden! (...)

Wir fordern daher die zuständigen Stellen in der EU auf, das europäische Wettbewerbsrecht zu ändern, um unfairen Beschränkungen für den Verkauf im Internet einen Riegel vorzuschieben und Markeninhaber dazu zu verpflichten, alle Vereinbarungen zur Beschränkung des Vertriebs ihrer Produkte offenzulegen. In einer Zeit, in der die Kaufkraft der Verbraucher aufgrund der gegenwärtigen Finanz- und Wirtschaftskrise immer stärker unter Druck gerät, sollten die Politiker in Europa entschiedene Maßnahmen zur Stärkung des Wettbewerbs und des freien Handels innerhalb der Europäischen Union ergreifen. Wir fordern die politischen Parteien in ganz Europa auf, sich für das Recht auf freies Kaufen und Verkaufen im Internet einzusetzen.“

²⁸ Am 17.09.2009 hat Ebay nach eigenen Angaben den europäischen Institutionen in Brüssel eine Unterschriftenliste von 750.000 Unterzeichnern der Petition vorgelegt. Vgl. Pressemitteilung vom gleichen Tage; im Internet herunterzuladen unter „<http://presse.Ebay.de/pressrelease/2222>“.

²⁹ CCIA steht „Computer and Communications Industry Association“.

³⁰ In dem Papier ist nur die Brüsseler Adresse angegeben. Der Text präsentiert sich als von europäischer Herkunft: *Our goal should be for Europe to gain maximum benefit from the Internet. Europe can best preserve its social and industrial fabric by embracing the Internet.*“ (...) *“A large number of successful Internet companies and initiatives have been launched by Europeans. These include commercial entrepreneurs such as Pierre Omidyar (Founder, Ebay), Jan Koum (Founder, Whatsapp), Sergey Brin (Founder, Google), Niklas Zenstrom (Founder, Skype) as well as technologists behind the Internet and worldwide web such as Louis Pouzin, Robert Caillau, Tim Berners-Lee.”*

amerikanische Herkunft nur demjenigen, der das Kürzel „CCIA“ zu lesen weiß und setzt zur Durchsetzung von Monopolinteressen auf die Beseitigung des Selektivvertriebs.³¹

Dagegen ist die „Choice in E-Commerce“-Kampagne des deutschen Bundesverbandes Online Handel (BVOH)³² zunächst nur insofern irreführend, als sie mit einem englischen Titel und einer englischsprachigen Webseite auftritt. Inzwischen setzt allerdings der BVOH auch in der Sache auf Irreführung. Er hat jüngst im Zusammenhang mit dem Vorlagebeschluss des OLG Frankfurt zu den Themen Luxusmarken, Selektivvertrieb und Plattformverbot³³ die angeblichen Ergebnisse einer europaweiten Umfrage präsentiert, deren gegen den Selektivvertrieb gerichteter Impetus schon dadurch diskreditiert ist, dass die vom BVOH dazu publizierten Zahlen offenkundig nicht stimmen.³⁴ Dafür ist der Angriff des BVOH auf den Selektivvertrieb umso drastischer aufgemacht:

„Vertriebsbeschränkungen stoppen

Eine erschreckend hohe Zahl von Herstellern ist der Ansicht, dass der Verkauf ihrer Produkte nur im Laden stattfinden darf. Nicht online. Insbesondere nicht über Marktplätze. Oder nur zu vorgegebenen Preisen. Viele dieser Beschränkungen sind illegal. Doch die Politik schaut weg.“

2. Das Bundeskartellamt als Gehilfe der Netzwirtschaft

Die Angriffe der Netzwirtschaft gegen den Selektivvertrieb hat sich das Bundeskartellamt in den letzten Jahren mindestens teilweise zu eigen gemacht. Als Folge dieser Politik und im Gegensatz zur Regelungsfreiheit der Netzwirtschaft sehen sich die Highend-Unternehmen und Markenartikler in Deutschland einem immer engmaschiger werdenden Netz von kartellrechtlicher Beschränkung, Kontrolle und Verfolgung unterworfen. Insbesondere ging das Bundeskartellamt in den letzten

³¹ „European and national authorities should also take effective measures against ‘online platform bans’. In their relationship with resellers, some brand owners prohibit them to offer and sell their products on online marketplaces. This often constitutes outright discrimination against specific online marketplaces which are key to reaching a broader customer base. Action is needed to prevent these practices from undermining consumer choice and commerce in Europe.“

³² Näheres im Internet unter: <http://www.choice-in-ecommerce.org/the-petition/sign-the-petition/>.

³³ Beschluss vom 19. April 2016, Az. 11 U 96/14 (Kart).

³⁴ Die Pressemitteilung des BVOH vom 5. Juli 2016 titelt absichtlich reißerisch: **„Europaweite Umfrage belegt: Tausende kleiner und mittelständischer Onlinehändler stehen vor der Insolvenz – über 10.000 Unternehmen mussten Mitarbeiter entlassen“**. Ein näherer Blick in das Datenmaterial der „Umfrage“ (die als simple und anonyme Online-Umfrage methodischen Ansprüchen der Marktforschung auch ansonsten nicht im mindesten gerecht wird) offenbart dann, dass sich die Umfrage auf lediglich 7.033 Teilnehmer stützt, von denen etwa 10% mit einer Insolvenz, dem Schließen von Online-shops oder der Entlassung von Personal rechnen – nicht 10.000, sondern 700 ist also die relevante Zahl. Näheres im Internet unter <http://www.choice-in-ecommerce.org/onlinehandel-in-gefahr/ergebnisse-umfrage/>.

Jahren gegen sogenannte „Plattformverbote“ vor. Diese Fälle³⁵ stehen beispielhaft für eine Entwicklung verschärfter Verfolgung vermeintlicher Kartellverstöße im Vertriebskartellrecht. Im Ausgangspunkt beurteilt das Bundeskartellamt Plattformen allgemein, d.h. ohne Ansicht der Marktstrukturen und der konkret betroffenen Anbieter allein aus Händler- und Verbrauchersicht:

„Der Internethandel bringt erhebliche Wettbewerbsimpulse mit sich. Im Wesentlichen sind dies die Absenkung der Transaktionskosten auf allen Marktstufen, insbesondere die Reduzierung der Suchkosten der Endkunden, sowie die Vergrößerung der (geographischen) Reichweite der Händler. Der Endverbraucher wird in die Lage versetzt, Angebote zeitsparender und kostengünstiger hinsichtlich Qualität und Preis zu vergleichen, als dies im stationären Handel möglich ist, und kann darüber hinaus auch wesentlich mehr Angebote bei seinem Vergleich einbeziehen. Die Suche wird ihm zusätzlich erleichtert durch internetspezifische Suchmöglichkeiten wie etwa Suchmaschinen, Preisvergleichsseiten oder Online-Marktplätze, die in der Regel einen unmittelbaren Vergleich der Angebote der auf ihrer Plattform tätigen Händler ermöglichen.“³⁶

Mit diesem sehr theoretischen und abstrakten Ansatz verstellt sich das Bundeskartellamt den Blick auf die Realitäten des Online-Handels. Weder die oben erörterten gefährlichen Marktstrukturen, noch die bedrohlichen Wettbewerbsbedingungen für kleine und mittelgroße Händler finden Beachtung. Zwar hat sich das Bundeskartellamt inzwischen auch mit dem Thema der Marktmacht von Plattformen beschäftigt³⁷ und damit unter den europäischen Kartellbehörden federführend ein wichtiges Thema besetzt. Auch dieses Papier beschäftigt sich jedoch nur theoretisch mit Modellen zur Beurteilung der Marktmacht von Plattformen als Organisationsmodell und widmet sich gerade nicht der brisanten Frage nach der Rolle von Amazon und Ebay im deutschen Online-Handel.

Die Ursache für diese Politik ist leicht zu identifizieren. Gegenwärtig interpretiert das Bundeskartellamt das Gemeinwohl in der deutschen Wettbewerbsordnung einseitig im Sinne der Verbraucherwohlfahrt und die Verbraucherwohlfahrt wiederum einseitig im Sinne einer Förderung des Preiswettbewerbs.³⁸ Das wirkt sich vor allem im Konsumgütersektor aus. Die Interessen der Hersteller von Konsumgütern am Erhalt ihrer Marken und Wettbewerbsfähigkeit bleiben damit ebenso unberücksichtigt, wie

³⁵ Vorgehen gegen die Unternehmen Sennheiser, Adidas, Ford, PSA, Opel und ASICS im Wege von Verwaltungsverfahren zur Beanstandung bestimmter, auf den Ausschluss offener Verkaufsplattformen, gerichteter Vertragsklauseln in den jeweiligen Vertriebsverträgen mit Vertragshändlern. Vgl. die Fallberichte des BKartA v. 24.10.2013 zum Az. B7-1/13-35 (Sennheiser), v. 27.06.2014 zum Az. B3-137/12 (Adidas), v. 15.12.2015 zu den Az B9-28/15-1, B9-28/15-2, B9-28/15-3 (Ford, PSA und Opel) und v. 25.01.2016 zum Az. B2-98/11 (ASICS) – im Internet veröffentlicht auf den Seiten des BKartA unter www.bundeskartellamt.de.

³⁶ Auszug aus dem Asics-Fallbericht vom 25. Januar 2016 zum Az B2-98/11.

³⁷ Arbeitspapier des Think Tanks „Marktmacht von Plattformen und Netzwerken“ vom Juni 2016 - im Internet veröffentlicht auf den Seiten des BKartA unter www.bundeskartellamt.de.

³⁸ Vgl. Hintergrundpapier des BKartA vom 10. Oktober 2013 „Vertikale Beschränkungen in der Internetökonomie“, Seite 12, 16.

die Interessen der Verbraucher an einem Qualitäts- und Innovationswettbewerb der Anbieter oder die Interessen der Verbraucher in ihrer Rolle als Arbeitnehmer.

Das führt notwendig zu unvollständigen Marktanalysen. So ist z.B. ganz konkret das Vorgehen des Bundeskartellamtes gegen Plattformverbote im Selektivvertrieb bis heute dadurch gekennzeichnet, dass auf der Grundlage theoretischer Marktmodelle in die Vertragsverhältnisse von Markenherstellern eingegriffen wird, während die realen Marktstrukturen und Wettbewerbsbedingungen des Online-Handels, die die betroffenen Hersteller in die jeweiligen Plattformverbote getrieben haben, unberücksichtigt bleiben. Der Meisterkreis fordert, dass diese Debatte zukünftig anders geführt wird. Die realen Marktverhältnisse und die Geschäftsmodelle der tatsächlich betroffenen Plattformen dürfen nicht mehr unberücksichtigt bleiben.

3. Der Selektivvertrieb im Zeitalter der digitalen Revolution

Der Meisterkreis weist diese Angriffe gegen den Selektivvertrieb im Online-Handel als unsachlich und unberechtigt zurück. Im Zeitalter der digitalen Revolution hat der Selektivvertrieb vor allem eine Antwort auf die gegenwärtigen Probleme des Online-Handels: er ist eine qualitätsorientierte und sichere Alternative zum Massengeschäft.

Mit seinen Wurzeln im stationären Fachhandel zielt der Selektivvertrieb auf ein System ausgewählter Absatzstätten, die anhand eines Katalogs von qualitativen, gelegentlich auch quantitativen, Kriterien überprüft und dann zum Absatz der Markenprodukte des Vertriebsbinders zugelassen (autorisiert) werden. Rechtliche Grundlage des Systems ist ein Vertrag, der sicherstellt, dass der einmal ausgewählte Händler die Qualitätskriterien des Herstellers dauerhaft erfüllt und dass die ihm überlassene Ware entweder nur an Letztverbraucher oder andere systemangehörige Händler veräußert wird. In einer schwächeren Variante steuert der Vertriebsbinder die Auswahl der Absatzstätten über einen zwischengeschalteten Großhändler und in einer noch schwächeren Alternative steuert der Vertriebsbinder die Auswahl seiner Absatzstätten nur über die Verkaufskonditionen. In wettbewerblicher Hinsicht dämpft der Selektivvertrieb zwar den Preiswettbewerb (intra-brand-Wettbewerb), aber er eröffnet neue Angebotsalternativen und intensiviert damit den inter-brand-Wettbewerb.³⁹

Gerade für High-End-Unternehmen wie die Mitglieder des Meisterkreises, aber auch für andere Markenartikler, ist der Selektivvertrieb das einzig adäquate Vertriebsmodell. Wer sich in seinem Geschäftsmodell an einer Spitzenqualität orientiert, muss sich in einem Markt bewegen, in dem Qualität Relevanz hat und in

³⁹ Vgl. Leitlinien der EU-Kommission zur GVO 330/10 Nr. 174-188.

dem sie glaubwürdig auch vom Handel kommuniziert wird. Diese Leistungen erbringen die Großbetriebsformen des Handels nicht, sondern typischerweise die Mittelständler oder die vom Aussterben bedrohten inhabergeführten Fachhändler.

Für den Online-Handel orientiert sich der Selektivvertrieb in Deutschland an der stationären Absatzstätte, in der der Händler seine Produktkompetenz durch kundengerechte Sortimentsauswahl und ein attraktives Markenportfolio unter Beweis stellt. Eine attraktive Lage, eine produktbezogen hochwertige Ausstattung und fachlich geschultes Verkaufspersonal runden das Bild einer markenaffinen und markenkonformen Vertriebsleistung ab. Dieses Modell wird von der Mehrzahl der Vertriebsbinder in der Voraussetzung des Betriebs einer zulassungsfähigen stationären Absatzstätte für die Autorisierung zum Online-Handel in doppelter Funktion sowohl als Eintrittstür als auch als Balanceinstrument genutzt. Es dient der Existenzsicherung des stationären Handels gegenüber einem potentiell übermächtigen⁴⁰ Online-Handel.

Mit seinem Modell der ausgewählten und geprüften Verkaufsstätte richtet der Selektivvertrieb im Online-Handel sein Augenmerk auf die vom Händler betriebene eigene Webseite. Nur hier werden in direkter Lieferbeziehung vom Hersteller zum Händler High-End-Produkte und Hersteller-Markenprodukte zum Verkauf angeboten und nur hier eröffnet sich dem Verbraucher auch die Markenwelt des Herstellers mit einer vollständigen Sortimentsübersicht, mit den authentischen Produktbeschreibungen im Rahmen einer typischen Hersteller-CI und vor allem mit der Sicherheit einer genuin herstellergesteuerten Belieferungskette. Hinter dem Online-Shop auf der autorisierten Webseite steht die Identität des realen stationären Handelsgeschäfts, das in der Tradition des deutschen Handelsrechts mit dem guten Namen des Inhabers für Qualität bürgt und im Schadensfall die klare Haftungsverantwortung sicherstellt.

Zugleich steht der Selektivvertrieb schon immer für eine kooperative Vermarktung von Markenprodukten. Der Hersteller investiert in die Marke und in die Werbung und der Handel investiert in die Qualität vor Ort im Vertrauen auf die Sogwirkung der Marke. Dieses Modell funktioniert auch im Internet, wo gerade die Hersteller von High-End und Luxusprodukten, das Internet für eine neue Dimension des Marktauftritts zu nutzen wissen (Herstellerseiten, Social Media, Suchmaschinenwerbung, elektronisch abrufbare Fachhandelsliste nach PLZ, digitale Bausteine für den Aufbau der Händlerseiten, fertige Markencorner, Extranet als laufende elektronische

⁴⁰Der Online-Handel arbeitet strukturell mit einer geringeren Kostenquote, weil die Lager- und Logistikkosten die Kosten für die Miete eines Ladenlokals und das Verkaufspersonal nicht erreichen. Dass der Online-Handel in Deutschland mit 41,7 Mrd. EURO (Quelle HDE) derzeit „nur“ eine Quote von unter 10 % des gesamten Einzelhandelsumsatzes in Höhe von 472,4 Mrd. EUR (Quelle www.statist.com) erreicht, hat seine Ursache in der stationären Dominanz des Lebensmittel-Einzelhandels. So liegt nach HDE-Angaben die Online-Quote bei den FMGCs immer noch bei nur 1%.

Informationsquelle, etc.). Das führt zur Absenkung der Investitionskosten und des Investitionsrisikos für händlerbetriebene Online Shops.⁴¹

Diesen Rahmen müssen auch kleinere und mittlere Anbieter nicht fürchten. Denn er entzieht sie dem ruinösen Plattform- und Preiswettbewerb und er schafft einen neuen Markt für qualitativ hochwertige Vertriebsleistungen im Internet als Alternative zum Verdrängungswettbewerb des Online-Massenmarkts.⁴² Dieses Modell eines modernen Selektivvertriebs liegt als Alternative im dreifachen Interesse der Verbraucher. Zuerst, weil es Sicherheit vor Betrug und Produktfälschung bietet, dann, weil es in seiner strukturellen Ausrichtung eine Balance zwischen Offline- und Online-Handel herstellt und zuletzt, weil Verbraucher, wenn die Grundbedürfnisse befriedigt sind, ein objektives Interesse an einer Angebotsalternative der Qualität haben, die sich nicht am Preiswettbewerb ausrichtet. Der selektive Online-Handel ist sicher. Der autorisierte Fachhändler verbürgt Qualität, Originalität, Markenauswahl und Einkaufssicherheit.

Genau diese Elemente gehen jedoch gegenwärtig im Massengeschäft des Online-handels verloren. Denn die Netzwirtschaft ist nicht deshalb eine „Netz“-wirtschaft, weil sie sich über das Internet organisiert. Sie ist es auch wegen ihrer ständig dichter werdenden Vernetzung. Der Online-Handel zeichnet sich insoweit durch eine immer größere Intransparenz aus. Für den reinen Online-Handel stehen neue Geschäftsmodelle wie die Suchmaschinenwerbung, die Plattformvermarktung, Affiliates, Preissuchmaschinen, das Linking auf fremde Seiten und die Übernahme von fremden Inhalten durch das Framing auf eigene Seiten. Diese Aktivitäten haben zur Konsequenz, dass die Trennungslinie zwischen Werbung und Verkaufsangeboten verschwimmt, dass fremde und eigene Inhalte nicht mehr voneinander zu trennen sind und dass die Verantwortlichkeiten auf Anbieterseite verschwimmen.⁴³

⁴¹ Dieses Risiko wird völlig unterschätzt. Nach einem in der Fachöffentlichkeit breit diskutierten Thesenpapier des Instituts für Handelsforschung Köln (EHI) vom 27.05.2014 werden bis 2020 70% der traditionellen Handelsgeschäfte vom Markt verschwinden und 90% der Online-Pure-Player. Auch der amerikanische Interessenverband CCIA thematisiert die hohen Investitionskosten und wirbt mit einer Herabsetzung dieser Kosten für einen Online-Shop bei Plattformlösungen auf immer noch EUR 50.000,--. Der Online-Handel ist keineswegs „jedermann“ zugänglich und seine Wettbewerbsbedingungen lassen nur großen Anbietern eine Chance.

⁴² So ausdrücklich jüngst das OLG München in einem Urteil vom 20. Oktober 2016 (U 2267/16 Kart): *Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin werden kleine und mittlere Händler durch das faktische Verbot der Nutzung der Plattform www.amazon.de auch nicht besonders belastet. Es ist eher davon auszugehen, dass kleinere und mittlere Händler davon profitieren, wenn die Produkte nur über die eigenen Webseiten der Vertragshändler und nicht über www.amazon.de angeboten werden und der Preisdruck dadurch weniger hoch ist.*

⁴³ Als Beispiel für die Auflösung von Verantwortlichkeiten im Online-Handel ist Amazon zu nennen: Amazon verwendet für ein bestimmtes Produkt das immer gleiche Bild, das Amazon aus verschiedenen Angeboten auswählt; Amazon übt die Kontrolle darüber aus, ob Angebotstexte und Produktbeschreibungen von späteren Anbietern verändert werden, Amazon vermischt die Lagerbestände seiner Plattformanbieter und Amazon zeigt auf seiner Suchmaschine nicht nur die vom Nutzer gesuchten Produkte, sondern auch andere Produkte, die nach der Datenauswertung dieses Nutzers ebenfalls von Interesse sein könnten.

Vor diesem Hintergrund ist das Organisationsmodell des Selektivvertriebs, das von der bekannten und geprüften stationären Absatzstätte in der persönlichen Verantwortung eines einzelnen Fachhändlers ausgeht und auf dieser Basis für den Online-Handel ebenfalls eine persönlich betriebene und vom Hersteller zugelassene Webseite als (einzige) Absatzstätte vorsieht, vor allem ein Gütesiegel für den Verbraucher. Damit wird garantiert, dass -

- das jeweilige Online-Angebot eine stationäre Wurzel hat,
- es unter einer einzigen und persönlichen Verantwortung eines bestimmten Händlers steht und
- in einem direkten Bezug zum Hersteller der angebotenen Waren steht.

IV. Plattformverbote

1. Der unionsrechtliche Rahmen

Innerhalb der EU sehen sich vor allem deutsche Markenartikler und die Mitglieder des Meisterkreises, die innerhalb ihres Selektivvertriebes Verkaufsplattformen ausschließen, erheblichen rechtlichen Angriffen ausgesetzt. Gestützt auf die Pierre Fabre-Entscheidung des EuGH⁴⁴ und das Vorgehen des Bundeskartellamtes gegen die Plattformverbote von Sennheiser, adidas, Asics, Opel, PSA und Ford sehen einzelne Gerichte⁴⁵ und eine Reihe von Autoren in der juristischen Publizistik⁴⁶ in diesen Absatzbeschränkungen des Online-Handels einen schwerwiegenden Kartellverstoß. Grund hierfür ist erneut eine unklare Rechtslage; diesmal im Bereich der Gruppenfreistellung von vertikalen Beschränkungen des Online-Handels.

Diese Rechtsunsicherheit hat ihre eigentliche Ursache darin, dass die beiden Gruppenfreistellungen der Kommission zu vertikalen Beschränkungen, die VO 2790/99 und die VO 330/10, das Thema des Internetvertriebs ausklammern. Wenn es richtig ist, dass damit ursprünglich ein größtmöglicher Freiraum für die Entwicklung dieses Wirtschaftszweiges geschaffen werden sollte, so ist die Internet-Regelungslücke im EU-Kartellrecht heute äußerst schmerzlich. Nationale Kartellbehörden können gegen den Geist des Gemeinsamen Marktes Alleingänge⁴⁷ durchführen und Grundfragen müssen noch zu einer Zeit vom Europäischen Gerichtshof geklärt⁴⁸ werden, wo dieser Vertriebskanal bereits eine Sektorenuntersuchung Kommission rechtfertigt.

⁴⁴ EuGH v. 13.10.2011, C-439/09 – Pierre Fabre.

⁴⁵ OLG Schleswig v. 05.06.2014, 16 U Kart 154/13 – Kameras und LG Frankfurt v. 18.06.2014, 2-03 O 158/24 – Deuter sowie vom 31.07.2014, 2-03 O 128/13 – Coty.

⁴⁶ Es handelt sich dabei um Anwälte der Internetwirtschaft, die diesen Hintergrund bei ihren Publikationen nicht offenlegen: Vgl. Mäger/v. Schreitter (Amazon), Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen und das Internet: Schutz des Verbrauchers oder Behinderung effizienter Vertriebsstrukturen?, NZKart 2015, 62, 69 ff. Rudowicz (Ebay), Plattformverbote in selektiven Vertriebssystemen, in NZKart 2014, 253; Schweda/Rudowicz (Ebay), Verkaufsverbote über Online-Handelsplattformen und Kartellrecht, WRP 2013, 590 ff; Spieker (Akzente), Kartellrechtliche Zulässigkeit des Verbots eines Weitervertriebs über Auktionsplattformen, in GRUR-RR 2009, 81 ff.

⁴⁷ In zwei Hintergrundpapier vom 10. Oktober 2013 „Vertikale Beschränkungen in der Internetökonomie“ und vom 1.10.2015 „Digitale Ökonomie – Internetplattformen zwischen Wettbewerbsrecht, Privatrecht und Verbraucherschutz“ entwickelt das Bundeskartellamt einen von den Leitlinien der Kommission deutlich abweichenden Ansatz zur Beurteilung von Beschränkungen des Online-Handels und setzt diesen Ansatz auch in Verfahren gegenüber Sennheiser, Adidas, Asics und PSA/Opel/Ford durch.

⁴⁸ Im derzeit anhängigen Vorlageverfahren des OLG Frankfurt zum EuGH (C-230/16) geht es um die grundsätzliche Rechtfertigung des Selektivvertriebs für Luxusmarken, um die Zulässigkeit von Plattformverboten und um die Anwendbarkeit der schwarzen Klauseln in Art. 4 b) und 4 c) der Vertikal-GVO auf den Selektivvertrieb im Online-Handel.

2. Der verfehlt Leitlinien-Ansatz der EU-Kommission

Die Leitlinien der Kommission zur Vertikal-GVO helfen in diesem Szenario der Rechtsunsicherheit nicht weiter.

a) Keine Bindungswirkung für Dritte

Im Bereich des Online-Regelungsverzichts innerhalb der Vertikal-GVO können die Leitlinien der Kommission eine Verordnungsregelung nicht ersetzen. Sie entfalten nämlich eine Bindungswirkung nur für die Kommission, nicht aber für andere Organe der EU oder für die nationalen Kartellbehörden entfalten. Damit ist Rechtssicherheit nicht herzustellen.

b) Online-Handel als passiver Vertrieb

Zudem ist der von Kommission in den Leitlinien gewählte Regelungsansatz über den Begriff des „passiven Vertriebs“⁴⁹ nicht überzeugend. Zwar mag es richtig sein, dass man die Eröffnung einer Webseite mit einem Verkaufsangebot, auf das Internetkunden von außen zugreifen, als passiven Verkauf behandelt.

aa) Diese Form des passiven Internetvertriebs ist wirtschaftlich jedoch völlig irrelevant. Denn für jeden Online-Händler stellt sich das Internet zwar grundsätzlich als attraktives Medium dar, weil damit theoretisch eine unbegrenzte Kundenzahl erreicht werden kann. Aus umgekehrter Perspektive ergibt sich daraus jedoch auch die Notwendigkeit, aus einer unbegrenzten Zahl konkurrierender Angebote irgendwie hervorstechen. Diese Notwendigkeit hat dazu geführt, dass sich das Online-Marketing als eigene Disziplin mit ganz eigenen Instrumenten und einer hohen wirtschaftlichen Bedeutung entwickelt hat.

Der Betrieb einer Internetseite zu Zwecken des Online-Handels erfolgt in der Realität nicht passiv, sondern aktiv. Er wird stets von zahlreichen aktiven Online-Marketingaktivitäten begleitet. Allein in Deutschland wurden 2015 5,7 Mrd. EUR für Onlinemarketing ausgegeben.⁵⁰ Bereits 2013 gaben 82% der deutschen Handelsunternehmen an, E-Mail-Werbung zu betreiben oder zu planen,⁵¹ 81% betrieben oder planten eine Suchmaschinenoptimierung ihrer Webseite und 70% waren bereits mit einer Suchmaschinenwerbung aktiv.⁵² Vor diesem Hintergrund stimmen die rechtliche Einordnung und die Lebenswirklichkeit des Online-Handels nicht überein.

bb) Die Einordnung des Internethandels als „passiver Vertrieb“ geht jedoch nicht nur an der Lebenswirklichkeit des Online-Handels vorbei, sie ist auch rechtlich verfehlt:

⁴⁹ In der Leitlinie Nr. 52 heißt es: „Eine eigene Website wird in der Regel als Form des passiven Verkaufs angesehen, da damit den Kunden ein angemessenes Mittel zur Verfügung gestellt wird, den Händler zu erreichen.“

⁵⁰ IAB Adex Benchmark 2015, S. 15.

⁵¹ Artecig-Umfrage „Online Dialogmarketing im Retail 2016, S. 14; Umfragezeitraum 07/13-09/13.

⁵² Ebenda.

Die Unterscheidung zwischen aktiven und passiven Verkäufen hat ihre historische Wurzel in der Grundig/Consten-Entscheidung der Kommission von 1964⁵³ sowie, daraus fortgeschrieben, in der Freistellung von Exklusivitätsabreden in den verschiedenen Gruppenfreistellungsverordnungen hat, die den GVOs 2790/99 und 330/10 vorausgingen.⁵⁴ In dieser Funktion kennzeichnet der Begriff der passiven Verkäufe einen Bereich, in dem Beschränkungen grundsätzlich verboten sind. Das erfolgt in Abgrenzung zur Freistellung von Gebiets- oder Kundenschutzabreden, soweit sie sich auf aktive Verkäufe beschränken.⁵⁵ Danach dient die Abgrenzung zwischen aktiven und passiven Verkäufen weiterhin rechtlich gesichert der Abgrenzung zwischen einer verbotenen Gebiets- oder Kundengruppenbeschränkung nach Art. 4 lit b) Vertikal GVO und einem erlaubten Verbot aktiver Verkäufe zum Schutz exklusiv zugewiesener Gebiete oder Kundengruppen nach Art. 4 lit b) i GVO.

Die Abgrenzung aktive/passive Verkäufe läuft aber im Grundmodell des stationären Selektivvertriebs ins Leere. Denn dort ist ein Exklusivitätsschutz weder vorgesehen noch sinnvoll. Eine Kundenaufteilung gibt es nicht, weil prinzipiell alle Kunden von allen Händlern bedient werden. Eine Gebietsaufteilung gibt es nicht, weil bereits die Bindung an die stationäre Absatzstätte einen relativen Gebietsschutz vermittelt und im Übrigen die Querlieferungsklausel des Art. 4 lit. d) Vertikal-GVO zur Folge hat, dass innerhalb selektiver Vertriebssysteme ein „Geoblocking“ nationaler Absatzmärkte nicht stattfindet.⁵⁶

Unabhängig davon würde es den derzeitigen Streit um Plattformverbote nicht geben, wenn die kartellrechtliche Beurteilung von Online-Handelsbeschränkungen tatsächlich von der Unterscheidung zwischen aktiven und passiven Verkäufen abhinge. Denn dann könnten die Nutzer von Plattformverboten darauf verweisen, dass die Kooperation eines Händlers mit Verkaufsplattformen dem Bereich des aktiven Verkaufs zuzurechnen ist.

⁵³ Abl. 1964, 2545/45.

⁵⁴ Vgl. die Nachweise oben in Fn 12.

⁵⁵ Vgl. ausführlich Faull/Nikpay, a.a.O. Rn 909 - 911.

⁵⁶ Die zum Geoblocking im Mai 2016 veröffentlichte Untersuchung der Kommission „*Mystery shopping survey on territorial restrictions and geo-blocking in the European Digital Single Market*“ weist Preisdifferenzierungen zwischen den Mitgliedstaaten auch bei gängigen Artikeln der Haushaltselektronik und im Computersektor auf, die über Plattformen oder große, international operierende Einzelhandelsketten vertrieben werden (aaO S. 150 ff). In der gesamten Untersuchung findet der Selektivvertrieb als Ursache von Geoblocking keine Erwähnung. Vielmehr zeigen sich deutliche Unterschiede zwischen materiellen und immateriellen Gütern (Waren und Dienstleistungen) und bei den materiellen Gütern wiederum große Unterschiede zwischen einzelnen Produktgruppen und nach der Intensität des Online-Handels für diese Produktgruppen (aaO S. 156 ff). Im Internet abrufbar unter http://ec.europa.eu/consumers/consumer_evidence/market_studies/docs/geoblocking_final_report_2016_en.pdf.

3. Freistellung und Verbot

Die Thematik des Internethandels ist in den beiden Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnungen (GVO) der Kommission 2790/99 und 330/10 nicht verarbeitet. Dieser Regelungsverzicht führt zu dem Ergebnis, dass nach der Grundregel der Freistellung jegliche Beschränkungen des Internethandels bis hin zum Totalverbot freigestellt sind, solange nur die Beteiligten unter der Marktanteilsschwelle von 30 % bleiben. Will man gleichwohl normativ auf Beschränkungen des Internethandels zugreifen, bleibt deshalb nur der Weg über die sog. „schwarzen Klauseln“ des Art. 4 Vertikal-GVO.

In Art. 4 Vertikal GVO sind als Ausnahme zum Grundsatz der Freistellung bestimmte Formen vertikaler Beschränkungen erfasst, die trotz der Freistellung verboten bleiben sollen. Schon aus dieser Regel/Ausnahme-Mechanik ist abzuleiten, dass es sich dabei um besonders schwerwiegende Beschränkungen handeln muss. Diese Annahme bestätigt sich anhand des Begriffs der „bezweckten Wettbewerbsbeschränkung“, der als Oberbegriff nicht nur über allen Einzelfällen des Art. 4 Vertikal-GVO steht, sondern als Tatbestandsvoraussetzung auch den Anwendungsbereich absteckt. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist die „bezweckte Wettbewerbsbeschränkung“ nicht (wie der Wortlaut nahelegt) durch eine subjektive Willensrichtung, sondern durch ihre objektive Gefährlichkeit gekennzeichnet. Es handelt sich hierbei um typischerweise so schädliche Aktivitäten, dass man im Einzelfall auf eine Überprüfung der konkreten Auswirkungen verzichten kann.⁵⁷ Aus diesem Grunde werden die Tatbestände des Art. 4 Vertikal-GVO auch als Liste der „hardcore“-Verstöße im Vertriebskartellrecht angesehen.⁵⁸

Ob Beschränkungen des Online-Handels so schädlich sind, dass man sie unter die Begriffe der „bezweckten Wettbewerbsbeschränkung“ oder des „hardcore“ Verstoßes bringen kann, ist mindestens zweifelhaft. Denn einerseits hat das Internet als Vertriebskanal immer noch eine deutlich geringere wirtschaftliche Relevanz als der stationäre Handel.⁵⁹ Zum anderen ist, wie oben dargelegt, der Online-Handel aufgrund der hohen Investitionskosten und der allein auf den Preis ausgerichteten Wettbewerbsparameter für kleine und mittlere Händler eher gefährlich als attraktiv.⁶⁰ Für Plattformverbote, die das Grundmodell des Absatzes über eine eigene Webseite

⁵⁷ Vgl. EuGH U.v. 13.12.2012, C-226/11 – Expedia, Rn 35-36; U.v. 14.03.2013, C-32/11 – Allianz Hungaria, Rn 35; EuGH U.v. 11.09.2014, C-67/13 P – Carte Bancaire, Rn 49-52; U.v. 19.03.2015, C-286/13 – Dole Food, Rn 116; U.v. 26.11.2015, C-345/14 – SIA „Maxima Latvija“, Rn 18-20.

⁵⁸ Vgl. statt aller: Faul/Nikpay, The EU Law of Competition, 3 rd. Ed. Oxford 2014, Rn 9.88 ff (‐Hardcore Restrictions under Article 4 of the BER‐); Wiedemann/Seeliger, Handbuch des Kartellrechts, 3. Aufl. München 2016, § 11 Rn 140 (sog. hardcore restrictions).

⁵⁹ Nach einer vom HDE herausgegebenen GfK-Studie „Online Monitor 2015“ erreicht der Online Handel nur ein Fünftel des Umsatzes im Gesamtmarkt von Non-Food FMCGs.

⁶⁰ Vgl. nochmals OLG OLG München U. v. 20.10.2016 (U 2267/16 Kart): *Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin werden kleine und mittlere Händler durch das faktische Verbot der Nutzung der Plattform www.amazon.de auch nicht besonders belastet. Es ist eher davon auszugehen, dass kleinere und mittlere Händler davon profitieren, wenn die Produkte nur über die eigenen Webseiten der Vertragshändler und nicht über www.amazon.de angeboten werden und der Preisdruck dadurch weniger hoch ist.*‐

nicht antasten und nur eine ganz bestimmte Form des Online-Handels ausschließen, gilt jedenfalls eine Vermutung, dass sie bereits die Schädlichkeitshürde der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung nicht überwinden und deshalb von der Grundregel der Freistellung profitieren. Orientiert man sich an den Verhältnissen der marktmächtigsten Plattform von Amazon, so nehmen Plattformverbote dem Online-Handel lediglich eine sehr teure⁶¹ und wettbewerblich hochgefährliche⁶² Zusatzoption zum Vertrieb über eine eigene Website. Das wirkt sich auf den Wettbewerb im Einzelhandel nicht so gewichtig aus, dass sich von einer „bezweckten Wettbewerbsbeschränkung“ sprechen lässt.

4. Grundmodell der kontrollierten Absatzstätte

Bei den Angriffen gegen Plattformverbote wird – auch vom Bundeskartellamt – regelmäßig der Umstand verkannt, dass ein Verbot des Verkaufs über Verkaufsplattformen notwendig aus der Verantwortung des Händlers für die Verkaufsumgebung und der Beschränkung des Verkaufs über auf die vom Hersteller geprüfte und autorisierte Absatzstätte folgt. Anders ist Selektivvertrieb nicht machbar. Bei Verkaufsplattformen steht der Vertriebsbinder aber mit dem Plattformbetreiber in keiner Rechtsbeziehung und hat somit keinen Einfluss auf die Warenauswahl und die virtuelle Verkaufsumgebung. Seine Qualitätskriterien kann er also auf Plattformen weder zur Geltung bringen noch kontrollieren.

5. Keine „Hardcore“-Beschränkungen unter Art. 4 Vertikal-GVO

a) Keine Kundengruppenbeschränkung nach Art. 4 b)

Soweit geltend gemacht wird, dass Plattformverbote den Tatbestand der Kundengruppenbeschränkung im Sinne des Art. 4 b) der Vertikal GVO erfüllen, scheitert dies daran, dass eine Kundengruppe im Sinne dieser Vorschrift trennscharf erfasst sein muss und dass die Kunden von Verkaufsplattformen im Internet genau diese Bedingung nicht erfüllen:

Das Erfordernis einer trennscharfen Abgrenzung ergibt sich bereits aus der historischen Ableitung dieser Hardcore-Klausel, die an die verbotene Marktaufteilung zwischen Wettbewerbern nach Gebieten oder Kunden anknüpft. Eine Aufteilung muss trennscharf sein. Sie folgt weiterhin aus dem Wortlaut des Art. 4 b), der für die angesprochenen vertraglichen Beschränkungen die Formulierung „liefern darf“ verwendet und damit letztlich ein Verbot für den Bereich anspricht, in den der Händler nicht liefern darf.

⁶¹ Amazon fordert auf seinem Marketplace von Drittanbietern eine Verkaufsprovision von 15% vom Umsatz.

⁶² Wie oben bereits dargelegt, sind die Anbieter auf dem Marketplace von Amazon nicht nur dem reinen Preiswettbewerb, sondern auch noch dem Wettbewerb ihres Geschäftspartners Amazon ausgesetzt, der das kartellrechtlichen Gebot zum Geheimwettbewerb ignoriert.

Dass Plattform-Kunden sich nicht trennscharf von anderen Internet-Nutzern abgrenzen lassen, ist offensichtlich.⁶³ Aber selbst wenn man hier einmal nur diejenigen Kunden in den Blick nehmen wollte, die in ihrem Einkaufsverhalten eine besondere Plattformpräferenz zeigen, so scheiterte dieser Ansatz am tatsächlichen Verhalten der deutschen Online-Einkäufer. Dem Online-Einkauf geht nämlich nicht, – wie gelegentlich behauptet wird – in den meisten Fällen der Besuch einer Plattform, sondern der Besuch einer Suchmaschine voraus.⁶⁴

b) Keine Beschränkung des passiven Vertriebs nach Art. 4 b) i)

Nach Art. 4 b) i Vertikal-GVO fallen Beschränkungen des aktiven Verkaufs an bestimmte Kundengruppen oder in bestimmte Gebiete nicht unter den Katalog der Hardcore-Beschränkungen, die trotz Gruppenfreistellung verboten sind. Daraus ergibt sich im Umkehrschluss, dass Beschränkungen des passiven Verkaufs an bestimmte Kundengruppen oder in bestimmte Gebiete verboten sind. Auch diese Hardcore-Bestimmung kommt auf Plattformverbote im Selektivvertrieb nicht zur Anwendung. Denn bei der Plattformnutzung handelt es sich um eine aktive Vertriebsmaßnahme, die sich vom Betrieb einer eigenen Website durch den Abschluss eines Vertrages, durch die ständige Datenlieferung an den Betreiber der Plattform und durch die zahlreichen aktiven Werbemaßnahmen der Plattform unterscheidet.

Unabhängig davon kommt die Abgrenzung zwischen aktiven und passiven Verkäufen in ihrer historischen Entwicklung nur im Bereich von Exklusivitätsvereinbarungen zur Anwendung,⁶⁵ weshalb auch bereits die Anwendbarkeit des Art. 4 b) i Vertikal-GVO auf Plattformverbote im Selektivvertrieb in Frage steht.

c) Keine Beschränkung außerhalb berechtigter Qualitätskriterien nach Artikel 4 c)

Das Bundeskartellamt hat die Verfahren zur Beanstandung von Plattformverboten auf die Regelung des Art. 4 c) Vertikal-GVO gestützt.⁶⁶ Es handelt sich hierbei um eine Spezialvorschrift für den Selektivvertrieb, die jegliche Beschränkungen des aktiven und passiven Verkaufs an Endverbraucher als Kartellverstoß behandelt und als einzige Ausnahme davon das Verbot des Verkaufs über andere als die zugelassene Niederlassung zulässt. Da Plattformverbote die Möglichkeiten des aktiven Verkaufs an Endverbraucher beschränken, greift Art. 4 c) hier nach seinem Wortlaut tatsächlich ein.

⁶³ Das OLG München hat diesen Sachverhalt noch einmal ausführlich analysiert, bevor zu einer entsprechenden Feststellung gekommen ist. Vgl. OLG München, U. v. 02.07.2009, U (K) 4842/08.

⁶⁴ Vgl. dazu oben die statistischen Angaben und Nachweise in Fn 22.

⁶⁵ Ausgangspunkt ist die Grundig/Consten-Entscheidung der Kommission von 1964 (Abl. 1964, 2545/45). Sie hatte die Freistellung von Exklusivitätsabreden in den verschiedenen Gruppenfreistellungsverordnungen, die den GVOs 2790/99 und 330/10 vorausgingen, zur Folge. In dieser Funktion kennzeichnet der Begriff der passiven Verkäufe einen Bereich, in dem Beschränkungen grundsätzlich verboten sind. Das erfolgt in Abgrenzung zu grundsätzlich zulässigen Gebiets- oder Kundenschutzabreden, soweit sie sich auf aktive Verkäufe beschränken. Danach dient die Abgrenzung zwischen aktiven und passiven Verkäufen weiterhin rechtlich gesichert der Abgrenzung zwischen einer verbotenen Gebiets- oder Kundengruppenbeschränkung nach Art. 4 lit b) Vertikal GVO und einem erlaubten Verbot aktiver Verkäufe zum Schutz exklusiv zugewiesener Gebiete oder Kundengruppen nach Art. 4 lit b) i GVO.

⁶⁶ Vgl. die Nachweise in Fn 1.

Es ist aber sehr zweifelhaft, ob man hier nach dem Wortlaut gehen kann, denn er ist erkennbar missglückt. Die Regelung verbietet durch ihre sehr weite Fassung den Einsatz anerkannter Qualitätskriterien, wie z.B. die Sortimentsführungspflicht oder eine bestimmte Form der Warenpräsentation, da sich diese Pflichten mindestens mittelbar auf die Möglichkeiten zu aktiven oder passiven Verkäufen an Endverbraucher auswirken. So ergibt sich z.B. auch aus der Definition des Selektivvertriebs in Art. 1 Abs. 1 e) Vertikal-GVO, dass der Hersteller im Selektivvertrieb seine Absatzmittler anhand „festgelegter Merkmale“ auswählen kann und es ergibt sich aus der Historie des Selektivvertriebs, dass sich solche Merkmale fast immer irgendwie beschränkend auf die Verkaufsmöglichkeiten auswirken.

Tatsächlich orientiert sich das Bundeskartellamt bei seinem Vorgehen gegen Plattformverbote auch gar nicht am Wortlaut des Art. 4 c Vertikal GVO. Das Bundeskartellamt löst sich vielmehr in seiner Betrachtungsweise vom konkreten Norminhalt und nimmt eine eigene Grundabwägung nach Effizienz Gesichtspunkten vor. Diese Abwägung zielt auf die Erfassung und Unterbindung „überschießender“ per se Verbote ohne Ansehung des Einzelfalls. In der am ausführlichsten und sorgfältigsten begründeten Entscheidung, dem Asics-Feststellungsbescheid vom 26. August 2015,⁶⁷ liest sich unter Rn 25 das wie folgt:

„In Anbetracht der wettbewerblichen Bedeutung und der effizienzsteigernden Potentiale des Internets zugunsten des Verbrauchers muss das Bundeskartellamt ein besonderes Augenmerk darauf richten, insoweit „überschießende“ Beschränkungen des Internethandels zu verhindern. Dabei wird es oftmals erforderlich, eine Abgrenzung vorzunehmen zwischen „echten“ Qualitätsanforderungen im Sinne eines effizienteren Vertriebs, die nach der Vertikal-GVO grundsätzlich freigestellt sind, auch wenn sie den Internetvertrieb der Händler beschränken, und solchen Vorgaben, die sich bei objektiver Betrachtung aufgrund ihrer überschießenden wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen als unzulässige Beschränkungen des Online-Vertriebs erweisen könnten. Letzteres kommt vor allem in Betracht, wenn es sich um Per-se-Verbote internetspezifischer Vertriebs- oder Suchformate unabhängig von ihrer jeweiligen Ausgestaltung handelt, die als wesentlich für die Händlerreichweite und die Angebotstransparenz für die Endkunden anzusehen sind.“

Für einen solchen Ansatz kommt es nicht darauf an, ob die Gründe des Bundeskartellamts überzeugen oder nicht überzeugen, sondern darauf, ob sie im Einklang mit den Vorgaben der Vertikal-GVO stehen. Das ist bereits deshalb nicht der Fall, weil die Vertikal-GVO eine Abwägung nach Effizienz Gesichtspunkten bereits vorgenommen hat und in ihrem Anwendungsbereich nicht nochmals für die Einzelfallentscheidung eröffnet.

Wendet man sich vor diesem Hintergrund nochmals der Frage nach der Anwendbarkeit des Art. 4 c) Vertikal-GVO zu, so kommt der Funktion dieser Norm als Tatbestand eines „Hardcore“-Verstoßes unter dem allgemeinen Filter der „bezweckten Wettbewerbsbeschränkung“ zentrale Bedeutung zu. Denn danach sind nur ganz

⁶⁷ Az. B2-98/11.

schwere Fälle, mit so gravierenden Auswirkungen auf den Wettbewerb erfasst, dass es auf normalerweise zu untersuchende Spürbarkeit im Einzelfall nicht mehr ankommt.

Das Verbot des Verkaufs über Drittplattformen gegenüber Händlern, die mindestens ein eigenes stationäres Geschäft und einen eigenen Online-Shop im Internet betreiben, erreicht dieses Gewicht nicht. Denn für die meisten Fachhändler im Selektivvertrieb, die die Masse des Marktes darstellen, sind die allein auf den Preiswettbewerb reduzierten Parameter des Plattformhandels nicht attraktiv und keine ernsthafte kaufmännische Vertriebsoption.

Gegenüber Händlern, die Verkaufsplattformen als alleinige Option für Ihren Internetauftritt ansehen, ist das Plattformverbot aufgrund einer Abwägung mit den Grundregeln des Selektivvertriebs als wettbewerbskonform anzusehen. Würde man nämlich diese Form des Online-Handels als alleiniges Vertriebsmodell ebenfalls zulassen, läge entweder eine kartellrechtswidrige Diskriminierung derjenigen Händler vor, die für ihren Webshop Qualitätsvorgaben zu beachten haben, oder man müsste auf Internetqualitätskriterien gänzlich verzichten. Nach der Marktrealität der interessanten und führenden Plattformen Amazon und Ebay gibt es dort nur ihre eigenen Formate und keinen Raum für die Ausgestaltung individueller Webshops im Selektivvertrieb.