

European Commission
Place Madou,
1210 Saint-Josse-ten-Noode
Belgien

STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT E.V.

www.studienvereinigung-kartellrecht.de

Feldmühleplatz 1
40545 Düsseldorf | Deutschland
Postfach 10 17 43
40008 Düsseldorf | Deutschland
Büroanschrift des Vorsitzenden:
Karl-Scharnagl-Ring 6
80539 München | Deutschland
Tel: +49 89 21667 0
Fax: +49 89 21667 111

ingo.brinker@gleisslutz.com

27. Mai 2019

Öffentliche Konsultation der Europäischen Kommission zu den Regeln des EU-Kartellrechts für vertikale Vereinbarungen;

Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht

Die Studienvereinigung Kartellrecht nimmt Bezug auf ihre digitale Eingabe, die sie mit dieser Stellungnahme näher erläutert und ergänzt.

I. Über die Studienvereinigung

1. Die Studienvereinigung Kartellrecht (Studienvereinigung) ist ein eingetragener Verein deutschen Rechts, dessen Zweck die Förderung von Wissenschaft und Forschung auf dem Gebiet des nationalen, europäischen und internationalen Kartellrechts ist und der mehr als 1300 Rechtsanwälte/ -innen sowie Wettbewerbsökonominnen/-innen aus Deutschland, Österreich und der Schweiz zu seinen Mitgliedern zählt. Die Mitglieder der Studienvereinigung beraten und vertreten häufig Unternehmen im Zusammenhang mit der Anwendung des EU-Kartellrechts auf Liefer- und Vertriebsbeschränkungen und zwar aus unterschiedlichsten Blickwinkeln. Die Mitglieder haben dabei nicht zu sämtlichen Themen eine einheitliche Meinung. Eine weitgehende Übereinstimmung bestand allerdings zu den nachfolgend aufgeführten Themen.

II. Grundsätzliches

2. Die Studienvereinigung begrüßt die Initiative der Europäischen Kommission, die Verordnung (EU) Nr. 330/2010 vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Abs. 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf

Studienvereinigung Kartellrecht e.V.

Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen (Vertikal-GVO) und die dazugehörigen Leitlinien für vertikale Beschränkungen (Leitlinien) zu überprüfen. Die Praxis der umfassenden Konsultation und der Dialog mit der Kommission führen nach Ansicht der Studienvereinigung zu einer effizienteren Rechtssetzung. Die Studienvereinigung ist der Ansicht, dass die Vertikal-GVO und die Leitlinien in der Vergangenheit nachhaltig zur Effizienz des Wirtschaftslebens beigetragen haben. Sie spricht sich nachdrücklich dafür aus, dass die Vertikal-GVO – wenn auch mit gewissen Modifikationen – verlängert bzw. neu erlassen wird. Gleiches gilt für die Leitlinien.

3. Liefer- und Vertriebsvereinbarungen werden von Unternehmen, unabhängig von ihrer Größe und wirtschaftlichen Bedeutung, sehr häufig abgeschlossen. Es handelt sich um eine Kategorie von Vereinbarungen, die in der Wirtschaftspraxis ein ausgesprochenes „Massenphänomen“ ist. In den seltensten Fällen sind die beteiligten Unternehmen in der Lage, vor Abschluss solcher Vereinbarungen eine detaillierte Einzelfallbeurteilung unter rechtlichen und ökonomischen Kriterien anzustellen. Hinzu kommt, dass es eine belastbare Behördenpraxis zur Einzelfreistellung nicht mehr und eine umfassende Gerichtspraxis noch nicht gibt. Einzelfälle, die vor Gericht verhandelt wurden, sind rar. Sie setzen die Maßstäbe für die Darlegung und den Beweis der Voraussetzungen der Kriterien des Art. 101 Abs. 3 AEUV, insbesondere der Spezifizierung und Quantifizierung der Effizienzen, derart hoch an, dass sie in der Praxis kaum erfüllbar erscheinen (vgl. dazu OLG Düsseldorf, 09.01.2015 – HRS, Rn. 132 ff., – zitiert nach juris) – dazu gesondert im Folgenden unter Rn. 12). Gleichzeitig ist ein effizienter Vertrieb eine unverzichtbare Voraussetzung für die Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Wirtschaft. In keinem Bereich des Kartellrechts kommt der Rechtssicherheit für die Unternehmen und der Verringerung ihres Transaktionsaufwands durch einfache juristische Prüfkriterien eine so große Bedeutung zu wie bei vertikalen Vereinbarungen. Die Vertikal-GVO hat sich in diesem Umfeld aus Sicht der Praxis als klare Verhaltensregel für den Abschluss von Vertriebs- und Lieferverträgen in den vergangenen zehn Jahren insgesamt bewährt.
4. Eher problematisch in der Anwendung bleibt dagegen die Einführung des zwar ökonomisch einfachen, aber in der Rechtspraxis unsicheren Marktanteils-Schwellenwerts von Art. 3. Dieser führt dazu, dass die Vertikal-GVO in vielen an sich unproblematischen Fällen nicht hilft. Aus diesen Gründen regt die Studienvereinigung an, die Marktanteilsschwellen generell zu überprüfen und die Regelung für deren Überschreitung nach Inkraftsetzen der Vereinbarung zu überprüfen. Ähnliche Probleme ergeben sich hinsichtlich des potentiellen Wettbewerbs (Art. 2 Abs. 4 i.V.m Art. 1 Abs. 1 lit. a)). Es ist in der Praxis oft sehr schwierig festzustellen, ob ein Vertragspartner potentieller Wettbewerber ist oder nicht.

Studienvereinigung Kartellrecht e.V.

5. Als in der Praxis unbefriedigend wird auch die zu enge Ausnahmeregelung für die Anwendung der Vertikal-GVO auf Lieferbeziehungen zwischen Wettbewerbern empfunden. Die Studienvereinigung setzt sich dafür ein, diese – ggf. verbunden mit einer niedrigeren Marktanteilsschwelle und gesonderten Kernbeschränkungen – grundsätzlich in den Anwendungsbereich einzubeziehen. Jedenfalls sollte im dualen Vertrieb die Anwendung erweitert werden. Der Ausschluss der Anwendung der Vertikal-GVO für Vertragsverhältnisse zwischen einem Groß- und Einzelhändler einerseits und einem Einzelhändler andererseits erscheint insbesondere nicht gerechtfertigt.
6. Einen erheblichen Beitrag zur Rechtssicherheit haben auch die Leitlinien als Darstellung der Gerichts- und Behördenpraxis zu vertikalen Beschränkungen geleistet. Dieser Ansatz sollte auch in Zukunft unter Berücksichtigung der neueren Gerichtspraxis (insbesondere „Pierre Fabre“, „Auto24./Jaguar“, „Coty“) konsequent umgesetzt werden. Gleichzeitig ist weiterhin darauf zu achten, dass die Vertikal-GVO und die Leitlinien justiziabel bleiben, also nicht in einem sachlich nicht gerechtfertigten Maß weiter an Komplexität gewinnen. Dem werden die Vertikal-GVO und Leitlinien derzeit zwar ganz überwiegend, aber nicht in allen Punkten gerecht.
7. Trotz umfänglicher Ausführungen in den Leitlinien und langjähriger Praxis bestehen z.T. auch unter den mit der Materie langjährig befassten Mitgliedern Unklarheiten oder aber (erhebliche) Auslegungsdifferenzen zu einzelnen, auch zentralen Punkten. Die gilt z.B. im Zusammenhang mit der Einordnung von Handelsvertretern (z.B. zur Frage unbedeutender Risiken, aber auch zu Rn. 16 lit. g)).
8. Ähnliche Unklarheiten bestehen bei verschiedenen Fragen des selektiven Vertriebs, der insgesamt eindeutiger geregelt werden sollte. Unklar sind insbesondere die (noch) zulässigen Beschränkungen, wenn EU-weit nicht ein einheitliches Vertriebssystem betrieben wird, sondern Gebiete mit selektivem Vertrieb *neben* solchen mit anderen Vertriebsformen, insbesondere Alleinvertrieb, existieren. Zwar ist die Vertikal-GVO im Hinblick auf die Alleinvertriebsgebiete (Art. 4 lit. b) Ziff. i) von einem personenbezogenen Ansatz auf einen gebietsbezogenen Ansatz umgeschwenkt, was sich in der Praxis bewährt hat und zu begrüßen ist. Es ist aber unklar, ob dieser gebietsbezogene Ansatz für den selektiven Vertrieb in gleichem Maße gilt oder ob die Maßnahmen zum Schutz des selektiven Systems in dem dafür festgelegten Gebiet nur solchen Vertragshändlern des Anbieters auferlegt werden dürfen, die selbst Teil des selektiven Systems sind. Letzteres hätte zur Folge, dass ein (zugelassener) Alleinvertriebshändler an nicht zugelassene Händler im selektiven Gebiet liefern dürfte. Ungeachtet dieser Auslegungsdifferenzen werden unisono die Möglichkeiten zum Schutz des selektiven Vertriebs bei einem solchen Nebeneinander für unbefriedigend gehalten, weil aus den Gebieten, in denen (noch) kein selektives System betrieben wird, das selektive System auch bei der

gebietsbezogenen Auslegung unterlaufen werden kann – insbesondere durch die Abnehmer des Alleinvertriebshändlers im Alleinvertriebsgebiet. Insgesamt regt die Studienvereinigung an, die Kernbeschränkungen um den selektiven Vertrieb und das Verhältnis der Kernbeschränkungen zueinander zu vereinfachen und klarer zu regeln (vgl. dazu Kapitel 11, Rn. 90 ff.).

9. In Randnummer 52 ff. und 64 der Leitlinien konkretisiert die Kommission ihre Einschätzung zu Beschränkungen des Online-Verkaufs. Sie führt dort als Beispiel für Kernbeschränkungen insbesondere Doppelpreisstrategien bzw. unterschiedliche (Bonus-)Kriterien für unterschiedliche Vertriebskanäle auf. Abgesehen von der Frage, ob diese Regeln inhaltlich gerechtfertigt sind (vgl. dazu Kapitel 13, Rn. 140 ff.), erscheint es unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit nicht angebracht, auf der Stufe der Leitlinien zusätzliche Formen von Kernbeschränkungen zu definieren. Sollten tatsächlich zusätzliche Tatbestände als Kernbeschränkungen erfasst werden, so müsste dies aus Gründen der Transparenz in Art. 4 der Vertikal-GVO selbst und nicht in den Leitlinien erfolgen.
10. Allerdings spricht sich die Studienvereinigung gegen eine Erweiterung der als Kernbeschränkung geltenden Tatbestände aus. Zwischen einer rigiden Behandlung einzelner Vertikalbeschränkungen in der Vertikal-GVO und den Leitlinien und dem zu begrüßenden Ziel eines *more economic approach* bzw. eines *effect based approach* besteht ein Widerspruch. Kernbeschränkungen haben von ihrer Wirkung her Ähnlichkeiten mit Per-se-Verboten; neuere wettbewerbsökonomische Erkenntnisse sprechen demgegenüber bei den meisten Vertikalbeschränkungen für eine Einzelfallbetrachtung. Auf das Verhalten von Unternehmen haben die Kernbeschränkungen einen abschreckenden Effekt; entsprechende Verträge werden angesichts der Risiken, die mit einer Effizienzrechtfertigung im Einzelfall verbunden sind (vgl. dazu unten Rn. 12), typischerweise nicht abgeschlossen. Unternehmen verzichten darauf, entsprechende Investitionen vorzunehmen. Die Studienvereinigung steht deshalb der Definition zusätzlicher Kernbeschränkungen skeptisch gegenüber, insbesondere wenn dies auf der Stufe der Leitlinien geschieht.
11. In einigen Bestimmungen der Leitlinien, so insbesondere in jenen zu Beschränkungen des Onlinevertriebs in Randnummern 52 ff., kommt eine wettbewerbspolitische Haltung der Kommission zum Ausdruck, die kurzfristige Preisvorteile zugunsten der Verbraucher gegenüber anderen Wettbewerbsparametern und Effizienzgewinnen vertikaler Beschränkungen sehr stark betont (so z.B. bei Doppelpreissystemen, Rn. 52, Rn. 64). Diese Haltung kann dazu führen, dass andere Verbrauchervorteile wie die Qualität der Produkte, das Markenimage, die Produktvielfalt und die Vertriebsdienstleistungen zu wenig gewichtet werden und damit der Verbraucher insgesamt nicht profitiert. Diese Haltung kann auch dazu führen, dass insbesondere kleinere und neu in den Markt eintretende Unternehmen benachteiligt werden. Sie haben gegenüber größeren und finanzkräftigeren Unternehmen nicht die Möglichkeit, Beschränkungen der

Vertikal-GVO in der Gestaltung eines Systems unabhängiger Vertriebsmittler durch einen vertikal integrierten Vertrieb zu vermeiden. In diesem Sinne befürwortet die Studienvereinigung einen Regelungsansatz, der die Wahlfreiheit der Vertriebsformen und -kanäle auf allen Stufen der Wertschöpfungskette in den Vordergrund stellt.

12. Wie bereits erwähnt, bereitet die gerichtsfeste Aufbereitung einer Prüfung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV in der Praxis besondere Schwierigkeiten. Konkrete aktuelle Präzedenzfälle aus der Jurisprudenz bzw. der Behördenpraxis für eine erfolgreiche Einzelfreistellung existieren nicht. Einzelfälle gerichtlicher Prüfungen legen nahe, dass der Maßstab dafür de facto höher sein könnte, als er es vor Einführung der VO 1/2003 gegenüber der Kommission war. Ein Beispiel, das geeignet ist, Unternehmen davon abzuhalten, sich im Rahmen einer Einzelfreistellung zu bewegen, ist das bereits erwähnte Urteil des OLG Düsseldorf in Sachen HRS (Urteil vom 09.01.2015 - VI-Kart 1/14 (V)). Wenn sich der Eindruck verfestigt, dass eine Einzelfreistellung vor Gericht praktisch nie erreichbaren Anforderungen unterliegt, besteht das Risiko, dass die Einzelfreistellung im Wege der Selbsteinschätzung zukünftig keine Rolle mehr spielt. Die überarbeiteten Leitlinien, sollten vor diesem Hintergrund klarstellen, dass die prognostizierten Effizienzvorteile im Rahmen einer Einzelfreistellung nicht einem Strengbeweis unterliegen. Vielmehr sollte es ausreichen, diese plausibel darzulegen und (soweit ihrer Natur nach quantifizierbar) plausibel zu quantifizieren, so dass sie vom Gericht ähnlich wie bei einer Schadensschätzung (z.B. in Deutschland § 287 ZPO) geschätzt werden können. Darüber hinaus sollten die neuen Leitlinien klarstellen, dass eine Behörde oder ein Gericht, die behaupten, dass es mildere, gleich wirksame Maßnahmen zum Erreichen der angestrebten Verbrauchervorteile gibt, diese mit demselben Detailgrad darlegen und beweisen müssen, wie das Unternehmen die Verbrauchervorteile.
13. Schließlich ist der Studienvereinigung vor allem vor dem Hintergrund der kartellrechtlichen Behandlung des Onlinevertriebs wichtig zu betonen, dass die Entscheidungspraxis in der EU insgesamt möglichst noch konvergenter ausgestaltet werden sollte, etwa über eine weiter verbesserte Zusammenarbeit im ECN oder durch eine entsprechende Fallallokation (vgl. dazu unten Kapitel 15, Rn. 166 f.).

III. Stellungnahme

Inhaltsverzeichnis

1.	Zum Begriff der Vereinbarung	6
2.	Zum Begriff der vertikalen Vereinbarung	8
3.	Zur Zulieferbekanntmachung.....	9
4.	Vertikale Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern.....	11
5.	Informationsaustausch im Vertikalverhältnis bei dualem Vertrieb	14
6.	Handelsvertreterverträge	15
7.	Marktanteilsschwellen.....	21
8.	Vertikale Preisbindung.....	22
9.	Höchstpreisbindung.....	24
10.	Kundenbeschränkung	26
11.	Selektiver Vertrieb.....	27
12.	Digitales.....	38
13.	Pricing des Anbieters – differenzierte Preissysteme („Doppelpreise“)	43
14.	Nachvertragliche Wettbewerbsverbote	48
15.	Konvergenz und Rechtssicherheit.....	50

1. Zum Begriff der Vereinbarung

14. Die Vertikal-GVO setzt die Begriffe der Vereinbarung und abgestimmten Verhaltensweise voraus, ohne diese näher zu definieren. Art. 1 Abs. 1 lit. a) Vertikal-GVO definiert allein die „Vertikalität“ der Vereinbarung bzw. abgestimmten Verhaltensweise. Es ist zwar klar, dass einseitige Handlungen nicht unter die Begriffe der Vereinbarung oder abgestimmten Verhaltensweise fallen und diese damit weder von Art. 101 Abs. 1 und Abs. 3 AEUV noch von der Vertikal-GVO erfasst sind. In der Rechtsanwendung bereitet es aber Probleme, dass weder in der Vertikal-GVO noch in einem Rechtstext, auf den die Vertikal-GVO verweist, Vereinbarungen bzw. abgestimmten Verhaltensweisen einerseits und einseitigen Handlungen andererseits voneinander abgegrenzt oder auch nur Abgrenzungskriterien benannt werden.
15. Selbst die Leitlinien beschränken sich in Rn. 25 a) im Wesentlichen auf bloße Verweise auf die Rechtssachen C-74/04, Kommission/Volkswagen und T-41/96, Bayer/Kommission und sind im Übrigen zum Teil auch unklar bzw. widersprüchlich. Bei einer explizit durch Vereinbarung zwischen Anbieter und Abnehmer erzielten Willensübereinstimmung (Rn. 25 a) Sätze 3-5 Leitlinien) liegt zwar eindeutig eine vertikale Vereinbarung vor. Dasselbe gilt für den Fall, dass sich die Zustimmung des Abnehmers zu einer einseitigen Handlung bzw. einem „Angebot“ des Anbieters aus einer vorab getroffenen Vereinbarung ergibt (Rn. 25 a) Satz 7 Leitlinien mit Verweis auf die Rechtssache C-74/04, Kommission/Volkswagen). Rechtsunsicherheiten ergeben sich aber bei einer möglichen stillschweigenden Zustimmung des Abnehmers.
16. So erklärt Rn. 25 a) a.E., dass *„beispielsweise ein System von Überwachung und Bestrafung, das ein Anbieter einführt, um jene Händler abzustrafen, die sein einseitiges Handeln nicht unterstützen, auf eine stillschweigende Zustimmung zum einseitigen Handeln des Anbieters hin [deutet], weil es dem Anbieter durch das System möglich ist, seine Strategie umzusetzen“*. Es ist aber nicht erkennbar, dass allein aus einem Überwachungs- und Bestrafungssystem eines Anbieters die Zustimmung des Abnehmers folgt. Dies widerspricht auch den Feststellungen in der Rechtssache T-41/96, Bayer/Kommission, die die Leitlinien im zweiten Beispielsfall unter Rn. 25 a) paraphrasiert. Danach kann ein angedrohter Nachteil, wie eine einseitige Lieferverringerung zur Beschränkung des parallelen Handels, richtigerweise nur dann eine Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise begründen, wenn der Abnehmer daraufhin seine Aufträge verringert und sich aus dem parallelen Handel zurückzieht, nicht aber wenn der Abnehmer weiterhin parallelen Handel betreibt oder nach neuen Möglichkeiten für parallelen Handel sucht. Auch Rn. 48 der Leitlinien stellt insofern richtigerweise fest, dass Preisüberwachungssysteme selbst bei Beteiligung des Abnehmers durch Meldung von Abweichungen konkurrierender Händler vom Standardpreisniveau als „unterstützende Maßnahmen“ für sich genommen nicht als Tatbestand gesehen

werden, der eine vertikale Preisbindung bewirkt (richtiger bzw. verständlicher sollte es heißen, „*nicht den Tatbestand einer Vereinbarung oder abgestimmten Verhaltensweise erfüllt*“).

17. Die Rechtsanwendungsprobleme wegen der mangelnden Definition einer Vereinbarung bzw. einer abgestimmten Verhaltensweise und der fehlenden klaren Abgrenzung zu einseitigen Handlungen zeigen sich exemplarisch bei der Definition der vertikalen Preisbindung in Art. 4 lit. a) Vertikal-GVO. Danach gilt die Freistellung nach Art. 2 Vertikal-GVO nicht für vertikale Vereinbarungen, die die Beschränkung der Möglichkeiten des Abnehmers, seinen Verkaufspreis selbst festzusetzen, bezwecken, unbeschadet der Möglichkeit des Anbieters, Preisempfehlungen auszusprechen, es sei denn diese wirken sich infolge von Druck oder Anreizen tatsächlich wie Fest- oder Mindestverkaufspreise aus. Dies impliziert aber, dass schon eine bloße Preisempfehlung den Tatbestand einer – freistellungsfähigen – vertikalen Vereinbarung begründet. Eine bloße Preisempfehlung ist jedoch eine einseitige Handlung. Sie stellt als solche ein ungeeignetes „Angebot“ zum „Abschluss“ einer vertikalen Vereinbarung dar. Ihr bloßes Befolgen durch Abnehmer kann keine vertikale Vereinbarung begründen.
18. Damit kann auch die Rückausnahme des Art. 4 lit. a) Vertikal-GVO nicht gelten, wonach die Preisempfehlung eine vertikale Vereinbarung begründet, wenn sich diese infolge von Ausübung von Druck oder der Gewährung von Anreizen tatsächlich wie Fest- oder Mindestverkaufspreise auswirkt. Vielmehr handelt es sich in diesem Fall eben nicht mehr um eine „Empfehlung“, sondern um ein mit Druck oder Anreizen versehenes „Angebot“ des Anbieters an den Abnehmer, seine Preise in einer bestimmten Höhe festzusetzen. Nur wenn der Abnehmer dieses „Angebot“ explizit, ggf. aufgrund einer vorherigen Vereinbarung, oder stillschweigend, indem er sich an die mit dem „Angebot“ verknüpfte Vorgabe für den Weiterverkaufspreis hält, „annimmt“, weil er, was der Anbieter wusste und in Kauf nahm, tatsächlich keine wirtschaftlich annehmbare Möglichkeit hatte, diese Preisvorgabe zu umgehen, kann eine vertikale Vereinbarung vorliegen. Auch in diesem Fall gilt aber, wie die Leitlinien insofern in Rn. 25 lit. a) und Rn. 48 richtig feststellen, dass die Ausübung von Druck und die Gewährung von Anreizen ohne eine solche explizite oder stillschweigende Zustimmung eine einseitige Handlung bleibt und keine Vereinbarung begründet. Dogmatisch richtiger und für die Rechtsanwendung auch praktikabler erscheint daher in diesen Fällen die Lösung des § 21 Abs. 2 GWB. Danach stellt die Ausübung von Druck und die Gewährung von Anreizen durch den Anbieter als einseitige Handlung eine Zuwiderhandlung dar, wenn sie den Abnehmer zu einem Verhalten wie die Einhaltung von Vorgaben für den Weiterverkaufspreis veranlassen soll, das der Anbieter mit dem Abnehmer nicht ohne Verstoß gegen das Verbot vertikaler Vereinbarung nach Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB vereinbaren dürfte.
19. Auch oder auch gerade weil der rechtsdogmatisch richtigere und für die Rechtsanwendung praktikablere Weg des § 21 Abs. 2 GWB im EU-Recht (derzeit)

nicht zur Verfügung steht, sollte die Vertikal-GVO in Art. 1 die Begriffe der Vereinbarung und abgestimmten Verhaltensweise klar definieren und deutlich machen, dass der Rechtsvorteil der Gruppenfreistellung nach Art. 2 Vertikal-GVO nur für derart definierte Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen gilt. Dementsprechend können auch nur solche derart definierten Vereinbarungen oder abgestimmten Verhaltensweisen Gegenstand von Kernbeschränkungen nach Art. 4 Vertikal-GVO sowie von nicht-freigestellten Beschränkungen nach Art. 5 Vertikal-GVO sein, nicht aber einseitige Handlungen.

2. Zum Begriff der vertikalen Vereinbarung

20. Gemäß Art. 1 Abs. 1 lit. a) Vertikal-GVO muss die vertikale Vereinbarung zwischen zwei oder mehr Unternehmen bestehen, von denen jedes für die Zwecke der Vereinbarung oder der abgestimmten Verhaltensweise auf einer anderen Ebene der Produktions- oder Vertriebskette tätig ist, und Bedingungen betreffen, zu denen die beteiligten Unternehmen Waren oder Dienstleistungen beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen müssen bzw. dürfen. In Rn. 25 lit. c) der Leitlinien für vertikale Beschränkungen greift die Kommission die vorstehende Definition der vertikalen Vereinbarung erneut auf, ohne jedoch eine weitere Erläuterung derselben vorzunehmen.
21. Somit bleibt der Begriff der vertikalen Vereinbarung in den Dokumenten in Teilen unklar, insbesondere im Hinblick darauf, wann Unternehmen für die Zwecke der Vereinbarung auf unterschiedlichen Stufen der Produktions- und Vertriebskette tätig sind. Die Diskussionen um diesen Begriff drehen sich u.a. um die Frage, ob zwischen den einzelnen Ebenen der Wertschöpfungskette ein Stufenverhältnis im Sinne einer inneren Beziehung (Anbieter – Abnehmer) bestehen muss (das sollte aus Sicht der Studienvereinigung verneint werden), oder ob auch atypische Gestaltungen erfasst sind. Hierzu gehören beispielsweise komplexe Produktionsketten in der verarbeitenden Industrie oder Beziehungen zwischen Versicherern und Leistungserbringern, welche die jeweilige Leistung gegenüber den Versicherten erbringen. Im Interesse einer Abgrenzung des „safe harbour“ der Vertikal-GVO scheint es geboten, zumindest in den Vertikalleitlinien ein klareres Verständnis zu entwickeln, unter welchen Voraussetzungen von einer vertikalen Beziehung der Parteien auszugehen ist.
22. Die Studienvereinigung Kartellrecht befürwortet daher eine weitergehende Erläuterung des Merkmals „für die Zwecke der [Durchführung] der Vereinbarung“ in den Vertikalleitlinien. Dies könnte in Form von Beispielen, etwa für B2B-Produktions- und Vertriebsketten, erfolgen.

3. Zur Zulieferbekanntmachung

23. Zulieferverträge werden derzeit in vier Bereichen des EU-Wettbewerbsrechts behandelt, und zwar in der Bekanntmachung der Kommission vom 18. Dezember 1978 über die Beurteilung von Zulieferverträgen nach Art. 85 Abs. 1 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (Zulieferbekanntmachung), in den Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit (Horizontal-Leitlinien), in den Vertikal-Leitlinien sowie in den Kfz-Leitlinien.
24. Schwierigkeiten bereitet in der Praxis der Umstand, dass die Zulieferbekanntmachung, die die meisten Details zu Zulieferverträgen enthält, aus dem Jahr 1978 stammt und seit über 40 Jahren unverändert existiert. Im Gegensatz dazu stammen die Horizontal-Leitlinien aus dem Jahr 2011 und die Vertikal-Leitlinien sowie die Kfz-Leitlinien aus dem Jahr 2010. Zudem sind die Vertikal-Leitlinien jeweils zusammen mit Änderungen in der Vertikal-GVO mehrmals adaptiert wurden.
25. Die Zulieferbekanntmachung definiert Zulieferverträge als Verträge, durch die ein Auftraggeber den Zulieferer beauftragt, *„nach seinen Weisungen Erzeugnisse herzustellen, Dienstleistungen zu erbringen oder Arbeiten zu verrichten, die für den Auftraggeber bestimmt sind oder für seine Rechnung ausgeführt werden“*. Sie zählt bestimmte Ausschließlichkeitsklauseln auf, die nicht dem Verbot gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV unterliegen, sofern die Erfüllung des Vertrags davon abhängt, dass der Auftraggeber dem Zulieferer (i) *„gewerbliche Schutzrechte in Form von Patenten, Gebrauchsmustern, Geschmacksmustern oder ähnlichen Rechten“* oder (ii) *„geheime technische Kenntnisse oder Herstellungsverfahren (Know-how)“* zur Verfügung stellt (Zulieferbekanntmachung, Punkt 2). Im Umkehrschluss folgt daraus, dass, sofern solche Kenntnisse und Betriebsmittel nicht erforderlich sind, um die Vertragserzeugnisse herzustellen, die Zulässigkeit dieser Ausschließlichkeitsklauseln nach Art. 101 Abs. 1 AEUV, insbesondere nach Art. 101 Abs. 3 AEUV und der Vertikal-GVO zu prüfen sind.
26. Die Abgrenzung zwischen horizontalen und vertikalen Zuliefervereinbarungen ist wiederum in den Horizontal-Leitlinien zu finden. Horizontale Zuliefervereinbarungen sind demnach Vereinbarungen von Unternehmen auf demselben Produktmarkt, unabhängig von einer Wettbewerbseigenschaft. Vertikale Zuliefervereinbarungen sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die auf verschiedenen Stufen des Marktes tätig sind (Horizontal-Leitlinien, Rn 150 f.).
27. Vertikale Zuliefervereinbarungen zwischen Unternehmen, die für die Zwecke der Vereinbarung auf verschiedenen Ebenen der Produkt- oder Vertriebskette tätig

Studienvereinigung Kartellrecht e.V.

sind, fallen aufgrund der breiten Definition „vertikaler Vereinbarungen“ gemäß Art. 1 Abs. 1 lit. a) dagegen in den Anwendungsbereich der Vertikal-GVO (vgl. *Wijckmans/Tuytschaever*, Vertical Agreements in EU Competition, (2018), 9.168). Zu beachten ist wiederum, dass eine Freistellung nach der Vertikal-GVO nur insofern erforderlich ist, als die Zuliefervereinbarungen nicht ohnehin bereits aus dem Verbotstatbestand gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV fallen.

28. Derzeit enthalten die Vertikal-Leitlinien nur einen Hinweis auf die Zulieferbekanntmachung aus dem Jahr 1978. In der Randnummer 22 der Vertikal-Leitlinien werden Zuliefervereinbarungen wie folgt definiert:

„Zuliefervereinbarungen werden zwischen Auftragnehmer und Zulieferer geschlossen. Der Auftragnehmer liefert technologisches Wissen oder Ausrüstungen an den Zulieferer, der auf dieser Grundlage bestimmte Produkte für den Auftragnehmer herstellt.“

29. Aufgrund des expliziten Kriteriums, dass der Auftraggeber dem Zulieferer „*technologisches Wissen*“ oder „*Ausrüstung*“ liefert, auf deren Grundlage der Auftragnehmer bestimmte Produkte für den Auftraggeber herstellt, sind vertikale Zuliefervereinbarungen in den Vertikal-Leitlinien enger definiert als in der Zulieferbekanntmachung und in den Horizontal-Leitlinien. Insbesondere fehlt in Randnummer 22 der Vertikal-Leitlinien der in der Zulieferbekanntmachung enthaltene Verweis auf die Bereitstellung von „gewerblichen Schutzrechten“ durch den Auftraggeber, so dass gewerbliche Schutzrechte in den Vertikal-Leitlinien gänzlich unerwähnt bleiben.
30. Die Studienvereinigung empfiehlt, vertikale Zuliefervereinbarungen in den Vertikal-Leitlinien näher zu definieren, indem etwa die für vertikale Zuliefervereinbarungen relevanten Voraussetzungen, z.B. aus der Zulieferbekanntmachung, an wirtschaftliche Gegebenheiten adaptiert und übernommen werden. Zusätzlich zur Zurverfügungstellung von technologischem Wissen oder Ausrüstungen durch den Auftraggeber an den Zulieferer sollte in Zusammenhang mit vertikalen Zuliefervereinbarungen jedenfalls auch generell auf die Zurverfügungstellung von gewerblichen Schutzrechten abgestellt werden. Dabei sollte insbesondere der in der Praxis relevante und gleichgelagerte Fall der Bereitstellung von Markenrechten, der derzeit auch von Punkt 2 der Zulieferbekanntmachung nicht ausdrücklich erfasst ist, als Grund aufgenommen werden, eine Exklusivitätsvereinbarung aus dem Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 1 AEUV herauszunehmen. Das betrifft insbesondere den in der Praxis relevanten Fall der Herstellung von sogenannten „Co-Branding“-Produkten, bei denen das gemäß der Spezifikation des Auftraggebers hergestellte Endprodukt durch die Marke des Auftraggebers gekennzeichnet ist. Bei Co-Branding-Vereinbarungen kommt es regelmäßig zu Zuliefervereinbarungen, die durch eine Exklusivbindung hinsichtlich der Marke des jeweils anderen Unternehmens geschützt werden.

Studienvereinigung Kartellrecht e.V.

31. Die Zulieferbekanntmachung von 1978 ist durch nachfolgende Regelungen ergänzt worden. Dies zeigt sich am Beispiel des Automobil-Sektors in den Ergänzenden Leitlinien für vertikale Beschränkungen in Vereinbarungen über den Verkauf und die Instandsetzung von Kraftfahrzeugen und den Vertrieb von Kraftfahrzeugersatzteilen (Kfz-Leitlinien) von 2010. Diese führen unter Bezugnahme auf die Zulieferbekanntmachung neben der Zurverfügungstellung von erforderlichem Werkzeug und erforderlichen Rechten des geistigen Eigentums auch die neue Kategorie der Beteiligung des Auftraggebers an den Produktentwicklungskosten ein (Kfz-Leitlinien, Rn. 23).
32. Randnummer 23 der Kfz-Leitlinien greift des Weiteren den Fall der Beteiligung der Produktentwicklungskosten für den Automobil-Sektor auf. Unter der Voraussetzung, dass es sich dabei nicht nur um die Übernahme eines geringen Teils der Produktentwicklungskosten handelt, soll die Anwendung von Art. 101 Abs. 1 AEUV auch für Zuliefervereinbarungen im Automobil-Sektor ausgeschlossen sein. Die Studienvereinigung ist der Meinung, dass diese Ausnahme der „Beteiligung an den Produktentwicklungskosten“, wie sie bereits für den Automobil-Sektor besteht, auch außerhalb des Automobil-Sektors Bedeutung haben kann. Sie empfiehlt deshalb eine entsprechende Berücksichtigung, etwa im Rahmen der vorgeschlagenen Konkretisierung für vertikale Zulieferverträge in die Vertikal-Leitlinien.

4. Vertikale Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern

33. Die Studienvereinigung plädiert für eine generelle Anwendbarkeit der Vertikal-GVO auf vertikale Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern und spricht sich hilfsweise dafür aus, jedenfalls die derzeit bestehenden Rückausnahmen von der Regel der grundsätzlichen Nicht-Anwendbarkeit auszuweiten.
34. Art. 2 Abs. 4 Satz 1 Vertikal-GVO schließt grundsätzlich die Freistellungswirkung der Vertikal-GVO für vertikale Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern aus. Nach Ansicht der Studienvereinigung besteht jedoch kein hinreichender wettbewerbsökonomischer Grund, Wettbewerbern die Gruppenfreistellung ihrer vertikalen Vereinbarungen über den derzeit gegebenen Umfang nach Art. 2 Abs. 4 Satz 2 Vertikal-GVO hinaus zu versagen:
35. Zwar kann das von der Kommission befürchtete Risiko kollusiven Verhaltens nicht gänzlich ausgeschlossen werden. Derartigen Risiken für die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs kann jedoch beispielsweise durch die Festsetzung einer eigenen, niedrigeren Marktanteilsschwelle für vertikale Vereinbarungen zwischen

Studienvereinigung Kartellrecht e.V.

Wettbewerbern sowie ggf. durch spezifische Kernbeschränkungen Rechnung getragen werden.

36. Der generelle Ausschluss vertikaler Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern wird aus Sicht der Studienvereinigung auch den Entwicklungen der digitalen Ökonomie nicht gerecht. Vielmehr wäre eine Gruppenfreistellung vertikaler Vereinbarungen zwischen untereinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen angesichts häufiger Konzernverflechtungen und daraus entstehender Wettbewerberstellungen praxisgerecht und nach den Maßstäben des Art. 101 Abs. 3 AEUV zu rechtfertigen: Anbieter sind aufgrund der Möglichkeiten des Onlinevertriebs vielfach auch als Groß- und Einzelhändler tätig; die eindeutige Aufgabenteilung zwischen verschiedenen Marktfunktionen und eine strenge Tätigkeitsaufteilung auf verschiedenen Marktstufen lässt sich nur noch schwerlich aufrechterhalten.
37. Sofern die Kommission eine Erstreckung der Gruppenfreistellung auf vertikale Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern über den derzeit gegebenen Umfang hinaus ablehnt, sollte nach Auffassung der Studienvereinigung jedenfalls in den Leitlinien eine hinreichend klare Aussage zu solchen vertikalen Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern getroffen werden, welche nach zutreffender Auffassung bereits nicht in den Anwendungsbereich des Kartellverbots fallen. Dies gilt etwa für Kundenschutzbestimmungen in Subunternehmervereinbarungen, die nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in sachlich, zeitlicher und räumlicher Begrenzung als „immanente Beschränkungen“ schon nicht in den Anwendungsbereich des Kartellverbots fallen (vgl. diesbezüglich BGH, Urteil vom 10.12.2008, KZR 54/08, WuW/E DE-R 2554, 2558 – Subunternehmer II). Eine ähnlich klare Aussage seitens der Kommission existiert nicht, sollte nach Auffassung der Studienvereinigung aber in den revidierten Leitlinien nicht fehlen.
38. Die Kommission hat den Bedarf nach einer wenigstens partiellen Gruppenfreistellung zugunsten vertikaler Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern mit der Einführung der Ausnahmen des Art. 2 Abs. 4 Satz 2 lit. a) und lit. b) Vertikal-GVO erkannt. Sollte es beim Grundsatz der Nichtanwendbarkeit auf bestimmte vertikale Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern bleiben, erscheinen aus Sicht der Studienvereinigung zumindest Änderungen an den Ausnahmeregelungen nach Art. 2 Abs. 4 Satz 2 Vertikal-GVO veranlasst: Die bisherigen Regelungen sind schwer verständlich und wettbewerbsökonomisch fragwürdig:
39. Zum einen ist der Wortlaut des Art. 2 Abs. 4 Satz 2 Vertikal-GVO zu eng. So findet die Ausnahmenvorschrift von lit. a) keine Anwendung auf reine Handelsunternehmen, die etwa im Verhältnis Großhändler – Einzelhändler zueinanderstehen, und zwar auch dann, wenn das Wettbewerbsverhältnis nur auf der Einzelhandelsebene besteht (*Schultze/Pautke/Wagener*, Vertikal-GVO, 4. Auflage 2019, Rn. 480; *Baron*, in: *Loewenheim/Meessen/*

Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, 3. Auflage 2016, Art. 2 Vertikal-GVO, Rn. 135). Beispielsweise ist ein unabhängiger Importeur, der für den Aufbau eines Vertriebsnetzes in einer bestimmten Region zuständig ist, eben kein Hersteller und profitiert somit nicht von der Gruppenfreistellung, wenn er selbst auf Einzelhandelsebene tätig ist. Ein Hersteller wird aber für die effiziente Wahrnehmung der Importeursfunktion in der Regel einen starken Partner suchen, der auch ausreichend eigene Erfahrung als Einzelhändler im Vertragsgebiet hat – und zwar zweckmäßigerweise für mit den Vertragsgegenständen im Wettbewerb stehenden Produkten. Einem mit dem Anbieter vertikal integrierten Importeur stünde die Gruppenfreistellung hingegen bei ansonsten gleicher Sachlage für das Verhältnis zum Einzelhandel zu. Die enge Begrenzung des Art. 2 Abs. 4 Satz 2 lit. a) Vertikal-GVO erschwert daher den Aufbau eines Vertriebsnetzes unter Einsatz von unabhängigen Großhändlern/Importeuren.

40. Die Rückausnahme nach lit. a) gilt sogar auch dann nicht, wenn der Großhändler Waren unter einer eigenen Handelsmarke vertreibt, da diese Produkte nicht als vom Großhändler hergestellt gelten (Leitlinien Rn. 27 S. 8.). Sofern die Kommission dem Petitum einer Ausweitung der Rückausnahme nach Art. 2 Abs. 4 Satz 2 lit. a) Vertikal-GVO nicht folgen sollte, sollte jedenfalls dieses Problem entschärft werden, indem Rn. 27 der Leitlinien S. 8 dahingehend ergänzt wird, dass der Händler zwar im Verhältnis zu seinem Auftragsproduzenten nicht als Hersteller gilt, wohl aber im Verhältnis zu seinen Abnehmern.
41. Ähnliche Probleme ergeben sich in Franchisesystemen, in denen der Franchisegeber nicht zwingend alle Vertragsprodukte selbst herstellt.
42. Zum anderen ist die Rückausnahme nach Art. 2 Abs. 4 Satz 2 lit. a) Vertikal-GVO nicht eröffnet, wenn auch der Abnehmer seinerseits Hersteller ist. Hierfür reicht es aus, wenn der Händler die Vertragsware selbst herstellen könnte (Baron, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, 3. Auflage 2016, Art. 2 Vertikal-GVO, Rn. 135). Es bestehen indes Zweifel, ob diese Regelung, wonach nur solche Vereinbarungen in den Genuss der Gruppenfreistellung gelangen sollen, bei denen das Wettbewerbsverhältnis ausschließlich auf der Handelsstufe besteht, sachgerecht ist.
43. Ebenso erscheint der Regelungsinhalt der zweiten Ausnahmeregelung – Art. 2 Abs. 4 Satz 2 lit. b) Vertikal-GVO – zu eng und daher mindestens diskussionswürdig: Die Vorschrift soll von ihrem Regelungszweck her dem Art. 2 Abs. 4 Satz 2 lit. a) Vertikal-GVO entsprechen (*Schultze/Pautke/Wagener*, Vertikal-GVO, 4. Auflage 2019, Rn. 482). Nach dem Wortlaut sind solche Fallkonstellationen erfasst, in welchen ein (anbietender) Dienstleister auf mehreren Handelsstufen tätig ist, der Abnehmer hingegen nur auf der Einzelhandelsstufe (*Baron*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, 3. Auflage 2016, Art. 2 Vertikal-GVO, Rn. 136.).

Auch hiernach ist für den in der Praxis bedeutsamen Fall des Großhandels keine Rückausnahme und damit keine Anwendung der Vertikal-GVO eröffnet. Für diese Schlechterstellung des Großhandels mangelt es nach Ansicht der Studienvereinigung aber an einer hinreichenden sachlichen Rechtfertigung.

5. Informationsaustausch im Vertikalverhältnis bei dualem Vertrieb

44. Die Studienvereinigung sieht erhebliche Rechtsunsicherheiten beim Informationsaustausch im Vertikalverhältnis, wenn Anbieter und Abnehmer auch miteinander im Wettbewerb stehen. Dies gilt sowohl im Rahmen des derzeitigen Anwendungsbereiches der Vertikal-GVO, wenn sich das Wettbewerbsverhältnis zwischen anbietendem Hersteller und seinem Abnehmer also auf die Handelsebene beschränkt. Dies wird aber (umso mehr) relevant werden, wenn der Anregung der Studienvereinigung gefolgt und der Anwendungsbereich auf Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern ausgeweitet wird (siehe oben Rn. 33 ff. sowie zum Handelsvertreter unten Rn. 65).
45. Die für die Durchführung einer Vertikalvereinbarung erforderlichen Informationen sind in der Regel umfangreicher als jene, die zulässigerweise zwischen Wettbewerbern ausgetauscht werden dürfen. Zwar stellt die Vertikal-GVO in Art. 2 Abs. 4 ausdrücklich klar, dass die Freistellung auch dann gilt, wenn Anbieter und Abnehmer einer nicht-gegenseitigen Vereinbarung auf der Handelsebene miteinander im Wettbewerb stehen. Allerdings ist unklar, in welchem Umfang in solchen Konstellationen die kartellrechtlichen Vorgaben für den horizontalen Informationsaustausch anwendbar bleiben.
46. Dies führt in der Praxis bei dualen Vertriebsformen zu erheblicher Rechtsunsicherheit darüber, welche Themen die Parteien einer vertikalen Vereinbarung zur Umsetzung dieser Vereinbarung austauschen dürfen. Ist der Lieferant zugleich im Direktvertrieb tätig, stellt sich z.B. die Frage, ob Gespräche mit Händlern über UVP und preisbildende Faktoren sowie über geplante Aktionen und die für eine ausreichende Versorgung des Abnehmers erforderlichen Liefermengen und Termine überhaupt zulässig sind. Auch ist es angesichts einer immer stärkeren Digitalisierung zunehmend üblich, dass Händler ihren Lieferanten zeitnah und auf einzelne Produkte des jeweiligen Lieferanten heruntergebrochen detaillierte Informationen über Abverkaufsmengen und -preise übermitteln (können). Ein effektives Key Account Management ist auf viele solcher Informationen angewiesen, was im reinen Vertikalverhältnis grundsätzlich auch keine Bedenken hervorruft. Ist der Lieferant und Anbieter

allerdings vertikal integriert und zugleich Wettbewerber seiner Vertriebsmittler, ist die Bewertung des Informationsflusses vom Vertriebsmittler zum Lieferanten erheblichen Unsicherheiten ausgesetzt.

47. Rechtsunsicherheit besteht auch in Fällen, in denen der Abnehmer gleichzeitig als Vermittler/Handelsvertreter und Eigenhändler tätig ist. Ihm wird dann als Handelsvertreter in legitimer Weise Verkaufspreise, Rabatte, Aktionstermine vom Lieferanten mitgeteilt, während er diese Parameter in der Händlerrolle –für dieselben Produkte oder für Wettbewerbsprodukte – selbst festlegt. Nicht zuletzt durch den zunehmenden Direktvertrieb, etwa über eigene Webshops oder Flagship-Stores, werden diese Konstellationen immer relevanter. Es ist davon auszugehen, dass diese Entwicklung bis zum Inkrafttreten der Neuregelungen und auch in deren Geltungszeitraum weiter anhalten wird.
48. Das Kartellrecht steht dem dualen (bzw. multiplen) Vertrieb grundsätzlich nicht entgegen. Die Kommission sollte daher im Interesse der Rechtssicherheit in den Neuregelungen unmittelbar in der Vertikal-GVO (z.B. im Kontext von Art.2 Abs. 4) sowie in den Leitlinien ausdrücklich klarstellen, dass die Freistellung nach der Vertikal-GVO grundsätzlich auch die Übermittlung solcher Informationen umfasst, die für die Durchführung wettbewerbskonformer Vereinbarungen erforderlich sind – auch wenn die Parteien in einem Wettbewerbsverhältnis stehen.
49. Diese Klarstellung würde sowohl dem Intrabrand- als auch dem Interbrand-Wettbewerb zugutekommen: So bestünde für Anbieter kein Grund, von einem Direktvertrieb abzusehen, um Rechtsunsicherheit bei der Kommunikation mit Abnehmern zu vermeiden. Zugleich wären sie in ihrer Position gegenüber anderen Anbietern nicht geschwächt, etwa dadurch, dass der duale Vertrieb die Durchführung von Aktionen ihrer Abnehmer praktisch erschwert oder sogar unmöglich machen könnte. Durch Vorgaben für den Umfang der „für die Umsetzung des Vertriebsverhältnisses erforderlichen Informationen“ könnte dem Risiko einer überschießenden Kommunikation entgegengewirkt werden. Unabhängig davon behielten die Kartellbehörden die Möglichkeit, die Freistellung in tatsächlich problematischen Einzelfällen mit Wirkung für die Zukunft zu entziehen.

6. Handelsvertreterverträge

50. Die Studienvereinigung unterstützt grundsätzlich den derzeitigen Ansatz der Kommission zu der Frage, inwieweit und unter welchen Voraussetzungen ein

Handelsvertreterverhältnis nicht in den Anwendungsbereich von Art. 101 Abs. 1 AEUV fällt und damit auch keine vertikale Vereinbarung im Sinne der Vertikal-GVO darstellt (z.T. nachfolgend sprachlich vereinfachend als „Handelsvertreterprivileg“ oder „echter Handelsvertreter“ bezeichnet). Die Leitlinien sind eine wichtige und ganz überwiegend gut handhabbare Stütze, um die Reichweite des Handelsvertreterprivilegs einschätzen zu können. In der Praxis hat sich allerdings auch gezeigt, dass für bestimmte Konstellationen der Wortlaut der Leitlinien zu Rechtsunsicherheit bzw. teilweise zu einer übermäßig restriktiven Handhabung bei der Ausgestaltung von Handelsvertreterverhältnissen führt („false positives“). Die Leitlinien sollten insoweit wie nachfolgend dargelegt präzisiert werden.

51. Die Rn. 12 ff. der Leitlinien sind insoweit für Handelsvertreterverhältnisse sowie für Kommissionsverhältnisse relevant, für die die betreffenden Regelungen entsprechende Anwendung finden. Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich gleichermaßen auf den Handelsvertreter und den Kommissionsagenten, auch wenn sprachlich nur der Handelsvertreter angesprochen wird.
52. Dieser Abschnitt der Leitlinien hat in der Praxis angesichts der Vielzahl von derartigen Verhältnissen und deren unterschiedlichen Ausgestaltungsmöglichkeiten eine sehr hohe Bedeutung. In der Praxis besonders relevant sind die in Rn. 14 ff. der Leitlinien als nicht abschließend aufgeführten finanziellen und wirtschaftlichen Risiken. Deren Übernahme durch den Handelsvertreter führt dazu, dass kein Handelsvertreterverhältnis im Sinne der Leitlinien vorliegt. Konsequenz ist, dass dem Handelsvertreter auferlegte Verhaltensvorschriften als mögliche Kernbeschränkungen anzusehen sind, sofern sie nicht den allgemeinen Anforderungen der Vertikal-GVO genügen.

6.1 Präzisierung „Unbedeutende Risiken“

53. Der Begriff „*unbedeutende Risiken*“ in Rn. 15 der Leitlinien sollte näher erörtert werden. Dies gilt insbesondere angesichts uneinheitlicher, teilweise auch widersprüchlicher Formulierungen bei einzelnen Risiken:
54. So heißt es in Rn. 16 lit. f) zu marktspezifischen Investitionen, der Auftraggeber müsse die damit verbundenen Kosten „*in vollem Umfang*“ übernehmen. Hiernach dürfte der Handelsvertreter also keine, auch keine nur unbedeutenden Risiken tragen. Des Weiteren ist in Rn. 16 lit. e) zu verkaufsfördernden Maßnahmen die Möglichkeit der begrenzten Übertragung der relevanten Risiken auf den Handelsvertreter oder der (überwiegenden) Übernahme von Kosten für die betreffenden Tätigkeiten des Handelsvertreters gar nicht genannt, obwohl hier dasselbe gelten sollte wie bei den marktspezifischen Investitionen: Ein unbedeutendes Risiko oder die zwar nicht vollständige, aber doch weitgehende Kostenübernahme sollte nicht dazu führen, dass keine „echte“ Handelsvertretung

i.S.d. Art. 101 Abs. 1 AEUV mehr vorliegt (vgl. auch Europäisches Gericht erster Instanz, Urt. v. 15.09.2005, Az.: T-325/01, Rn. 106 ff. 110 - DaimlerChrysler).

55. Schwierigkeiten bereitet auch die Frage, auf welcher Basis und Perspektive die Bedeutung der Risiken und deren (vollständige oder ausreichende) Übernahme zu beurteilen ist. So wäre in diesem Zusammenhang eine Klarstellung wünschenswert, dass eine Übernahme der Risiken durch den Auftraggeber durch eine Pauschale erfolgen kann, die ex ante und auf Grundlage der ihm zur Verfügung stehenden Informationen sachgerecht erscheint. Selbst wenn sich diese Prognose ex post zum Nachteil des Handelsvertreters als unzutreffend erweisen sollte, sollte das von diesem übernommene Risiko gleichwohl regelmäßig „unbedeutend“ im o.g. Sinne sein. Schließlich wäre für die praktische Anwendung der Regelung ein Hinweis nützlich, dass (bzw. inwiefern) eine Berücksichtigung der Risiken im Rahmen der Festlegung der Provision erfolgen kann, beispielsweise durch die Vereinbarung einer ex ante angemessen festgelegten Zusatzprovision.

6.2 Eigentumserwerb – Klarstellung

56. In Rn. 16 der Leitlinien heißt es, dass echte Handelsvertreterverträge im Sinne der Leitlinien im Allgemeinen so gestaltet sind, dass der Handelsvertreter kein Eigentum erwirbt. Es sollte klargestellt werden, dass es sich hier nur um eine Beschreibung von typischen Handelsvertreterverträgen handelt, dass es aber für die Einstufung als „echte“ Handelsvertretung im kartellrechtlichen Sinn ausschließlich auf die in den folgenden Punkten lit. a) bis lit. g) näher ausgeführte Risikoverteilung ankommt. Insbesondere Konstellationen, in denen ein Eigentumsübergang zwingend aus zivilrechtlichen Vorschriften folgt (z.B. in Deutschland: Einlieferung von Flüssigkeiten in einen vorhandenen Tank, den der Händler auch im Eigengeschäft nutzt), sollten nicht von vornherein ausgenommen werden. Aber auch im Übrigen sind vertragliche Ausgestaltungen denkbar, die dem Handelsvertreter die mit dem tatsächlich stattfindenden Eigentumsübergang typischerweise verbundenen Risiken vollständig abnehmen. Diese Verträge sollten nicht aus dem Anwendungsbereich des Handelsvertreterprivilegs ausgenommen werden.

6.3 Verkaufsfördernde Maßnahmen – Klarstellung

57. Der Begriff der „verkaufsfördernden Maßnahmen“ in Rn. 16 lit. e) der Leitlinien sollte präzisiert werden. Da das Einkommen des Handelsvertreters von der Zahl der erfolgreich für den Auftraggeber vermittelten oder abgeschlossenen Verträge abhängt, hat er ein eigenes Interesse an „Verkaufsförderung“ und mag daher aus eigener Initiative seine Provision für diesen Zweck einsetzen, ohne dass er für diese verkaufsfördernden Maßnahmen eine gesonderte Vergütung vom Auftraggeber erhält. Diese Möglichkeit sollte dem „echten“ Handelsvertreter offenstehen. Die Parteien sollten nicht befürchten müssen, dass allein deshalb ein

„unechter“ Handelsvertretervertrag anzunehmen ist, weil der Auftraggeber dem Handelsvertreter keine zusätzliche Vergütung für derartige Tätigkeiten gezahlt hat, zumal die Verkaufsförderungspflicht zivilrechtlich zum Kern eines jeden Handelsvertreterverhältnisses gehört.

6.4 Rn. 16 lit. g) – Neuformulierung

58. Rn. 16 lit. g) der Leitlinien sollte im Sinne einer Klarstellung neu formuliert bzw. ergänzt werden. Nach dem jetzigen Wortlaut darf der Handelsvertreter ohne vollumfängliche Kostenerstattung „auf Verlangen“ „des Auftraggebers“ keine „anderen Tätigkeiten“ auf „demselben sachlich relevanten Markt“ wahrnehmen. Dieser Passus ist wohl im Nachgang zum Daimler/Chrysler-Urteil (Europäisches Gericht erster Instanz, Urt. v. 15.09.2005, Az.: T-325/01) aufgenommen worden. Die Reichweite und Bedeutung von Rn. 16 lit. g) bleiben gleichwohl unklar und werden auch nicht durch konkrete Beispiele, in denen der Status verloren gehen würde, unterlegt. Auch die genannte Entscheidung bringt keine Klarheit. Die auf eigenes Risiko zu betreibenden Tätigkeiten der Handelsvertreter (insbesondere das Werkstattgeschäft), die das Gericht als für das Privileg unschädlich eingestuft hat, betrafen dort eben nicht denselben Markt (aaO, Rn. 113).
59. Rn. 16 lit. g) wird teilweise offenbar so verstanden, dass ein Partner bereits dann kein „echter“ Handelsvertreter mehr ist, wenn er zugleich auch als Vertriebshändler (ggf. auch für ein Konkurrenzprodukt) auf demselben sachlich relevanten Markt tätig ist. Einem solchen Verständnis in dieser Allgemeinheit ist aus Sicht der Studienvereinigung entgegenzutreten.
60. Dass eine solche Tätigkeit im Verhältnis zu anderen Anbietern dem Handelsvertreterstatus nicht grundsätzlich abträglich ist, ergibt sich zutreffend bereits aus Rn. 13 S. 2 der Leitlinien und folgt aus einem Umkehrschluss aus Rn. 20 der Leitlinien. Letztere spricht Kollusionsrisiken für ganz bestimmte (aber eben nicht alle) Fälle der Mehrfachvertretung an, die nicht mehr vom Handelsvertreterprivileg gedeckt sind. Auch wenn Rn. 20 sich dem Wortlaut nach auf Mehrfachvertretungen als Handelsvertreter bezieht, gilt dies nach dem Verständnis der Studienvereinigung auch für den Fall, dass der Abnehmer *als Vertragshändler* für einen anderen Anbieter tätig ist. Letzteres könnte Anlass für eine Klarstellung sein. Aus Rn. 16 lit. g) ergibt sich ebenfalls nicht, dass eine solche Konstellation als problematisch anzusehen wäre, da dieser sich auf Tätigkeiten bezieht, die „auf Verlangen“ des Anbieters übernommen werden, wozu eine Konkurrenzaktivität in der Regel nicht gehören dürfte.
61. Schwieriger zu beurteilen ist die Relevanz von lit. g) für Tätigkeiten für *denselben* Anbieter im Zusammenhang mit dem Vertragsprodukt (oder anderen Produkten auf demselben Markt). Insofern bleibt unklar, was „andere Tätigkeiten für den Auftraggeber“ sind und ob dies auch einen separaten Vertrag als Eigenhändler

über andere Produktsegmente oder die Tätigkeit als Eigenhändler auf einem anderen geographisch relevanten Markt innerhalb der EU umfassen soll. Angesichts der strengen Rechtsfolgen – typischerweise wird der Anbieter dem Handelsvertreter Preise vorgeben, so dass bei „unechter“ Handelsvertretung eine Kernbeschränkung vorliegt – erscheint eine Klarstellung dessen erforderlich, welche Konstellationen mit den Risiken unter Rn. 16 lit. g) genau erfasst werden sollen.

62. Nach Ansicht der Studienvereinigung sollten jedenfalls zwei Konstellationen, die ggf. vom Wortlaut des lit. g) erfasst sein könnten, nicht darunterfallen: Der Handelsvertreter sollte für denselben Anbieter auf demselben Markt (nicht: für dieselben Produkte) zusätzlich als Vertragshändler im Eigengeschäft agieren können. Ein Beispiel hierfür wäre, wenn der Anbieter bestimmte Produkte oder Teile des Sortiments (z.B. ein selbst definiertes Premiumsortiment) im Wege der Handelsvertretung, andere Produkte bzw. ein Standardsortiment aber im mehrstufigen Vertrieb auf den Markt bringt. Dies kann etwa den legitimen Grund haben, dass das Invest für das Premiumsegment (insbesondere Vorhalten Vorführware, Finanzierung Lagerbestand) für den Abnehmer zu hoch ist und der Anbieter deswegen dazu bereit ist, für dieses Sortiment die betreffenden Risiken zu übernehmen. Dann muss es dem Anbieter auch gestattet sein, insoweit den Vertrieb (Preise, Kunden) zu steuern – und zwar auch dann, wenn die unterschiedlichen Sortimente (noch) zum selben sachlichen Markt gehören. Häufig wird die Frage der Marktabgrenzung in derartigen Fällen nämlich in einem Graubereich liegen.
63. Denkbar sind aber auch Fälle, in denen ein Handelsvertreter auf demselben sachlich relevanten Markt, aber auf einem anderen geografischen Markt als Vertriebshändler für denselben Anbieter tätig ist. Auch dieser Fall sollte unseres Erachtens nicht zum Verlust des Handelsvertreterprivilegs führen, wenn und soweit diese Tätigkeiten klar voneinander abgrenzbar sind und im Handelsvertreterbereich die (dann eben klar abgrenzbaren) Risiken vom Anbieter getragen werden. Zwar kann sich in den verschiedenen oben genannten Konstellationen neben der Frage der Risikoübertragung auch die Problematik des Informationsaustausches und der Kollusion (vgl. Rn. 20 der Leitlinien) stellen. Eine generelle Qualifizierung als „unechtes“ Handelsvertreterverhältnis erscheint gleichwohl nicht angezeigt. Vielmehr ist eine separate Betrachtung der Problemkreise Risikotragung und ggf. unzulässiger Informationsaustausch/Kollusion im Kontext des Einzelfalls sinnvoll und angemessen.
64. Es sollte daher in den Leitlinien klargestellt werden, dass jedes Vertragsverhältnis für die Frage, ob ein „echtes“ Handelsvertreterverhältnis vorliegt, am Maßstab der Risikotragung separat beurteilt werden muss (vgl. dazu Schlussanträge der Generalanwältin Kokott vom 13. Juli 2006 in der Rs. Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio gegen Compañía Española de Petróleos SA,

C – 217/05, Rn. 46ff., insbesondere Fn. 51, wonach Risikotragung und Eingliederungen nur zwei Seiten derselben Medaille seien). Sodann regen wir an, zu erläutern, welche konkreten Beispielsfälle für den Anwendungsbereich der Rn. 16 lit. g) verbleiben. Möglicherweise bietet es sich auch an, den lit. g) zu streichen und durch einen Passus zu ersetzen, wie mit der Problematik eines etwaigen Informationsaustausches/dem Kollusionsrisiko umzugehen ist. Dies könnte sinnvollerweise im Rahmen einer erweiterten Rn. 20 der Leitlinien erfolgen.

65. Nicht zuletzt wären auch im Kontext der Regelungen zu den Handelsvertreterverträgen ergänzende Klarstellungen in den Leitlinien zur Abgrenzung von Horizontal- und Vertikalverhältnis sowie der sich daraus ergebenden kartellrechtlichen Anforderungen wünschenswert. Dies gilt in erster Linie für die Frage, welche Informationen zwischen Auftraggeber und Handelsvertreter zulässigerweise offengelegt werden können. Besonders relevant ist dies in vorstehend angesprochener Konstellation, in der der Handelsvertreter im relevanten Markt neben den Produkten des Auftraggebers auch Produkte anderer Hersteller als Vertriebs Händler führt. Hier wäre eine ausdrückliche Klarstellung wünschenswert, dass solche Informationen vom Anbieter an den Handelsvertreter übermittelt werden können, die für die Umsetzung des Handelsvertreterverhältnisses erforderlich sind, selbst wenn diese Informationen wettbewerblich sensibel sind. Zu denken ist hier beispielsweise an Preisinformationen für den unmittelbar bevorstehenden Zeitraum oder an Details zu bevorstehenden Aktionen (z.B. Zeiträume oder Mengen). Eine solche Informationsweitergabe ist dem Handelsvertreterverhältnis immanent. Umgekehrt scheinen mit Blick auf derartiger Konstellationen strikte Begrenzungen des Informationsflusses in die entgegengesetzte Richtung (also vom Handelsvertreter an den Anbieter) über die Preisgestaltung des Abnehmers in Bezug auf die Konkurrenzware sachgerecht (vgl. auch unsere Ausführungen zum Informationsaustausch oben Rn. 33 ff. sowie 44 ff.).

6.5 Klarstellung Anbieter-/Abnehmerverhältnis bei Plattformleistungen

66. Angesichts uneinheitlicher Gerichtsentscheidungen sollte (noch deutlicher) als richtiges Verständnis von Art. 1 Abs. 1 lit. h) klargestellt werden, dass auch bei der Einschaltung einer Vermittlerplattform das Vertragsprodukt oder die Vertragsdienstleistung in der Regel nicht die Vermittlungsleistung, sondern die vermittelte Leistung ist. Anbieter im Sinne der Vertikal-GVO ist daher der Anbieter der zu vermittelnden Produkte oder Dienstleistungen. Abnehmer derselben ist der Vermittler. Wir haben dies im Zusammenhang mit den erforderlichen Anpassungen im Digitalbereich unten unter Rn. 132 ff. näher ausgeführt.

7. Marktanteilsschwellen

67. Die Marktanteilsschwellen und deren Anwendung sind in der Praxis insbesondere im B2BBereich mit erheblichen Unsicherheiten verbunden. Diese können sich vor allem daraus ergeben, dass Präzedenzfälle fehlen, dass verschiedene Behörden Märkte unterschiedlich abgrenzen oder schlicht das erforderliche Datenmaterial fehlt, um Marktanteile hinreichend genau zu ermitteln. Nach Auffassung der Studienvereinigung lässt sich mit folgenden Maßnahmen die Rechtssicherheit für Unternehmen weiter erhöhen:
68. Für die Marktanteilsschwelle von 30% in Artikel 3 Abs. 1 der Vertikal-GVO wird angeregt, in einem ökonomischen Gutachten prüfen zu lassen, ob eine Erhöhung des Schwellenwertes, z.B. auf 40%, vorgenommen werden kann. Aufgrund der allgemeinen Erfahrung in der Praxis erscheint es typischerweise eher unwahrscheinlich, dass ein Erstrecken der Vertikal-GVO auf Vereinbarungen von Unternehmen mit Marktanteilen bis maximal 40% wettbewerblich nachteilige Auswirkungen hätte. Die Anhebung der Schwelle hätte demgegenüber eine ganz erhebliche Erhöhung der Rechtssicherheit für Unternehmen zur Folge, die bisher bei geringfügiger Überschreitung der 30%-Marke eine aufwändige Selbsteinschätzung vornehmen müssen und mit der Unsicherheit belastet bleiben, ob Gerichte und Behörden diese Einschätzung bei späterer Prüfung teilen.
69. Artikel 7 lit. a) und c) Vertikal-GVO sowie Rn. 86 und 87 der Leitlinien betrachten mit ihrem Verweis auf das allgemeingültige Konzept der Marktdefinition nur eine Marktstufe und lassen tatsächliche Substitute außer Acht. Damit werden vor allem im Digitalbereich Angebote mit unterschiedlichen Geschäftsmodellen nicht zutreffend erfasst, obwohl diese in intensivem Wettbewerb stehen. Hierzu gehören z.B. Online- vs. Offline-Angebote, die vertikale Integration von Diensten wie etwa Suche und Vergleich, Zahlungsvorgang und Auslieferung. Daher sollte für die Vertikal-GVO der Marktdefinitionsansatz aus der Technologie-Transfer-GVO übernommen werden (Rn. 86 und 87 der Technologie-Transfer Leitlinien), d. h. der Marktanteil auf der Grundlage aller verkauften Produkte ermittelt werden, so dass auch Angebote mit einzubeziehen sind, bei denen es weiter unten in der Angebotskette zu einem Austausch etwa mit weiterverarbeiteten Produkten kommen kann.
70. Die Übergangsvorschriften in Artikel 7 lit. d), lit. e) und lit. f) Vertikal-GVO für das Fortgelten der Freistellung bei geringfügiger Überschreitung der Marktanteilsschwellen sollten vereinfacht werden. Es wird angeregt, die Freistellung einer Vereinbarung nach der Vertikal-GVO im Anschluss an das Jahr, in dem ein Marktanteil die Schwelle erstmals überschreitet, einheitlich noch für zwei Jahre fortgelten zu lassen (so z.B. Art. 8 lit. e) Technologie-Transfer-GVO).

71. Verhaltensweisen, die bei niedrigen Marktanteilen eingeführt wurden, sind nicht durch die Ausübung von Marktmacht motiviert. Daher ist es unwahrscheinlich, dass dieselben Verhaltensweisen bei späterer Überschreitung der Schwellen tatsächlich zu negativen Wettbewerbseffekten führen. Des Weiteren können Marktanteile selten mit einer Präzision bestimmt werden, die erforderlich wäre, um die gegenwärtige Regelung zielführend anzuwenden. Darüber hinaus sind massive Marktanteilszuwächse in einem Zeitraum von zwei Jahren typischerweise ohnehin nicht zu erreichen, so dass auf eine Obergrenze (jetzt „plus 5%“) verzichtet werden kann. Schließlich fällt das Verhalten marktbeherrschender Unternehmen unter Art. 102 AEUV, so dass etwaige wettbewerbsschädliche Vereinbarungen – sollte es doch einmal kurzfristig zu einer deutlichen Änderung der Marktposition kommen – über die Missbrauchskontrolle hinreichend erfasst wäre. Ein Zeitraum von zwei Jahren erlaubt es den Unternehmen, die veränderte Marktposition zu erkennen und ggf. nicht mehr (gruppenweise) freigestellte Vereinbarungen anzupassen. Eine einfachere Regelung hat zudem den Vorteil, dass sie in der Praxis der Unternehmen leichter verinnerlicht wird und damit auch ohne kartellrechtliches Spezialwissen angewendet werden kann.

8. Vertikale Preisbindung

72. Wie eingangs zur Abgrenzung von Vereinbarung und einseitigem Verhalten bereits ausgeführt (Rn. 17 f.), erweist sich eine hinreichend rechtssichere Abgrenzung zwischen unbedenklicher Preisempfehlung einerseits und einer Vereinbarung bzw. abgestimmten Verhaltensweise über die vertikale Preisbindung andererseits in der Praxis häufig als äußerst problematisch.
73. Dies ist umso bedeutender als seit der letzten Überarbeitung der Vertikal-GVO sowie der Leitlinien im Jahr 2010 sowohl die Europäische Kommission als auch zahlreiche mitgliedstaatliche Behörden und Gerichte Verfahren zu vertikalen Preisbindungen geführt haben. So hat zum Beispiel das Bundeskartellamt seit 2010 mehr als zehn entsprechende Verfahren abgeschlossen und Bußgelder verhängt (Fahrradgroßhändler (2019); Herstellung und Vertrieb von Bekleidung (2017); Möbel (2017); Spielzeug (2016); Bier (2015-2016), Fruchtgummi (2014-2016); Schokolade (2015); Matratzen (2014-2015); Kosmetik (2013); Elektrowerkzeuge (2012); Navigationsgeräte (2010)). Auch die österreichische Bundeswettbewerbsbehörde hat verschiedene Verfahren geführt und die Verhängung von Bußgeldern beantragt (Tankstellen (2018); Elektrowerkzeuge (2016); Nichtalkoholische Getränke (2015); Unterhaltungs- und Haushaltselektronik (2014); Pool- und Teichreinigungsroboter (2014); Handel mit Bier und Molkereiprodukten (2013); Dämmstoffe (2012 – 2013)). Das

Bundeskartellamt („Hinweise zum Preisbindungsverbot im Bereich des stationären Lebensmitteleinzelhandels“, Juli 2017 („Hinweise“)) und die Bundeswettbewerbsbehörde („Standpunkt zu vertikalen Preisbindungen“, Juli 2014 („Standpunkt“) haben zudem Leitlinien zu vertikalen Preisbindungen erarbeitet und veröffentlicht.

74. Während die „Standardfälle“ einer klassischen und unmittelbaren vertikalen Preisbindung mit dem vorhandenen Instrumentarium recht gut behandelt werden können, sind Unternehmen und ihre Berater in der Praxis regelmäßig mit weniger eindeutigen Sachverhalten konfrontiert. Neben der unverbindlichen Preisempfehlungen („UVP“) lassen sich auch Margengarantien oder Sonderaktionen nennen. Für diese Sachverhalte bieten die Vertikal-GVO und insbesondere auch die Leitlinien bislang kaum Anhaltspunkte. Es wäre deshalb wünschenswert, wenn die Kommission ihre Einschätzung zu den von der klassischen vertikalen Preisbindung abweichenden, aber in der Praxis besonders relevanten Konstellationen in den Leitlinien erläutern würde.
75. Einseitig vom Hersteller ausgesprochene UVP unterliegen als einseitige Maßnahme nicht den Tatbestand einer Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 101 Abs. 1 AEUV. Eine Freistellung nach der Vertikal-GVO ist daher weder möglich noch erforderlich. Der Hinweis in Rn. 226 der Leitlinien, Preisempfehlungen seien nach der Vertikal-GVO „vom Kartellverbot freigestellt“, wenn die Marktanteile von Hersteller und Händler 30% nicht übersteigen, sollte folglich gestrichen werden.
76. Soweit sich der Hersteller darauf beschränkt, dem Händler die UVP zu übermitteln und zu erläutern, bleibt die UVP erfüllen eine einseitige Maßnahme (vgl. Bundeskartellamt, Hinweise, Rn. 56; Bundeswettbewerbsbehörde, Standpunkt, Rn. 12 f.) Eine UVP wird auch nicht alleine deshalb zu einer Vereinbarung zwischen Hersteller und Händler, weil der Händler die (übermittelte und erläuterte) UVP tatsächlich befolgt. Schwieriger zu beurteilen ist dagegen, ob bzw. wann sich die Einschätzung ändert, wenn der Hersteller die UVP nach erstmaliger Übersendung und Erläuterung erneut und mehrfach gegenüber dem Händler thematisiert. Den Leitlinien lassen sich zu diesen Abgrenzungsfragen bislang keine verwertbaren Anhaltspunkte entnehmen. Nach Ansicht der Studienvereinigung reichen bloß mehrfache Gespräche, die die UVP betreffen, nicht für eine Vereinbarung aus.
77. Die Gewinnspannen/Margen des Händlers sind ein wesentlicher Aspekt bei Einkaufs- und Preisverhandlungen zwischen Hersteller und Händler. In der Praxis stellt sich regelmäßig die Frage, ob der Hersteller dem Händler vorab eine bestimmte Gewinnspanne garantieren bzw. ob der Händler nachträglich einen Ausgleich für „enttäuschte“ Margenerwartungen verlangen kann. Grundsätzlich sind entsprechende Garantien oder Ausgleichsforderungen keine vertikale Preisbindung (so auch Bundeskartellamt, Hinweise, Rn. 76 ff.; kritisch dagegen

Bundeswettbewerbsbehörde, Standpunkt, Rn. 6). Es ist unklar, ob dies bei Hinzutreten von weiteren Faktoren anders zu beurteilen ist. So vertritt zum Beispiel das Bundeskartellamt die sehr weitgehende Auffassung, eine Margengarantie, bei der auf „nicht realisierbare“ UVP Bezug genommen werde, sei als vertikale Preisbindung anzusehen (vgl. Bundeskartellamt, Hinweise, Rn. 80). Die Leitlinien verhalten sich bislang nicht zu Margengarantien und nachträglichen Ausgleichsforderungen. Nicht zuletzt da Bundeskartellamt und Bundeswettbewerbsbehörde einen eher restriktiven, zudem nicht immer kohärenten Ansatz zu verfolgen scheinen, wäre eine Klarstellung durch die Europäische Kommission wünschenswert.

78. In vielen Branchen planen Hersteller und Händler zudem Sonderaktionen gemeinsam, um eine sachgerechte Produktionsplanung zu ermöglichen. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob der Händler dem Hersteller die geplanten Aktionspreise mitteilen darf. Das Bundeskartellamt vertritt die Auffassung, Händler sollten *„nach Möglichkeit davon absehen, dem Hersteller vorab den geplanten Aktionspreis zu nennen“* (Bundeskartellamt, Hinweise, Rn. 74). Die Bundeswettbewerbsbehörde geht davon aus, dass eine entsprechende einseitige Mitteilung kartellrechtlich grundsätzlich zulässig ist (Bundeswettbewerbsbehörde, Standpunkt, Rn. 14). Angesichts der erheblichen praktischen Relevanz sowie der offenbar abweichenden Standpunkte des Bundeskartellamtes sowie der Bundeswettbewerbsbehörde wäre es wünschenswert, wenn die Kommission ihre Auffassung erläutert. Die Leitlinien sollten jedenfalls klarstellen, dass die rein einseitige Mitteilung von Aktionspreisen durch den Händler mangels Vereinbarung bzw. abgestimmter Verhaltensweise keine Preisbindung im Sinne von Art. 4 lit. a) Vertikal-GVO darstellt.

9. Höchstpreisbindung

79. Höchstpreisbindungen sind grundsätzlich nach der Vertikal-GVO freigestellt, es sei denn, sie wirken sich wie eine Mindest- oder Festpreisbindung aus. Wenn der vorgegebene Höchstpreis so niedrig liegt, dass der Abnehmer letztendlich seinen Preis nicht noch weiter absenken kann oder es de facto nicht tun wird, wird der Höchstpreis von den Leitlinien (Rn. 226) wohl als unzulässige Festpreisbindungen behandelt, die nicht nach der Vertikal-GVO freigestellt ist.
80. Derartige niedrig(st)e Höchst- und entsprechend de facto-Festpreise führen aber nicht deswegen zu einem einheitlichen Preisniveau, weil der festgelegte Höchstpreis als Orientierungspreis wirkt (Rn. 227 f.), sondern allenfalls deswegen,

weil es sich de facto um besonders günstige Preise handelt. Sie erfüllen in der Regel die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV. Sie sollten bei Marktanteilen unterhalb der einschlägigen Marktanteilsschwelle gruppenfreigestellt werden. Davon zu unterscheiden ist die in jedem Fall gesondert zu prüfende Frage, ob derartige Preise aus anderen Gründen zivilrechtlich oder gemäß Art. 102 AEUV problematisch sind, z. B. weil sie dem (abhängigen) Abnehmer im Ergebnis keine ausreichende Marge mehr belassen.

81. Die vier Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV sind bei echten Höchstpreisbindungen regelmäßig erfüllt. Zum einen stellt der Vorteil des niedrig(st)en Preises einen Verbrauchervorteil dar, der zu 100% an die Verbraucher weitergegeben wird. Zum anderen besteht bei einem Marktanteil selbst bei maximal 40% auch hinreichender Interbrandwettbewerb, so dass nicht davon auszugehen ist, dass der Wettbewerb ganz oder zu einem Teil ausgeschaltet wird. Im Gegenteil: Im Großteil der Fälle wird der Wettbewerb zwischen dem von der Höchstpreisbindung betroffenen Produkt und seinen Wettbewerbsprodukten verstärkt.
82. Deutlich wird dies insbesondere bei Franchisesystemen, wo die Kommission ein solches Bedürfnis in den Leitlinien bereits anspricht (Rn. 225), die im Einzelhandel im Wettbewerb zu Filialsystemen oder in B2B-Dienstleistungsbranchen im Wettbewerb zu vertikal integrierten Konzernen stehen.
83. So könnten z.B. Franchisesysteme, die industrielle Reparaturdienstleistungen anbieten, mit Großkunden für ihre Franchisenehmer Rahmenverträge mit Höchstpreisen abschließen und damit in den Wettbewerb mit Konzernunternehmen treten, die identische Reparaturdienstleistungen anbieten.
84. Oder aber Franchisesysteme/Vertragshändlersysteme im Einzelhandel könnten Marketinginstrumente wie „Dauerniedrigpreise“ einführen bzw. ihre Handelsmarkenprodukte zu einheitlichen Niedrigpreisen anbieten (welche im Sinne der Vertikal-GVO echte „Höchstpreise“ wären). Dem stetig größer werdenden Wettbewerb um die preissensitiven Kunden begegnen filialisierte Einzelhändler bereits seit geraumer Zeit u.a. mit der Einführung von Handelsmarken und sog. „Dauertiefpreisen“. Da der Verbraucher jedoch nicht zwischen vertikal integrierten Systemen und Franchisesystemen unterscheidet und regelmäßig auch nicht unterscheiden kann, kann sich ein Franchisesystem diesem Wettbewerb häufig nur stellen, wenn es in der Lage ist, wettbewerbsfähige Höchstpreise festzusetzen. Dies gilt auch dann, wenn diese möglicherweise vom Franchisenehmer de facto nicht mehr unterboten werden (können).
85. Derartige für den Kunden günstige Aktionen leiden nach der deutschen Rechtsprechung zum unlauteren Wettbewerb zudem darunter, dass sie bei einer (eigentlich) freiwilligen Teilnahme nur dann beworben werden können, wenn sie

mit einem *-Hinweis („Bei allen teilnehmenden Händlern“) versehen werden, der konkretisiert, welche Händler (unter Angabe der Adresse) im Einzelnen zu diesem Preis an der Aktion teilnehmen wollen. Um dies so bewerben zu können, müssten sich die „teilnehmenden Händler“ wiederum an diesen Preis binden (wobei es ihnen freisteht, einen niedrigeren Preis zu nehmen, was bei schon deutlich preisreduzierten Sonderaktionen regelmäßig allerdings nicht realistisch ist). Laut OLG Düsseldorf (Entscheidung vom 05.08.2014 - AZ: I-20 U 140/11 – Fressnapf) werde ohne den konkreten Hinweis auf die konkret teilnehmenden Händler und unter Angabe deren Adresse der Kunde ggf. irreführt und suche in dem Glauben, den beworbenen günstigen Preis vorzufinden, ggf. einen nicht teilnehmenden Händler auf. Den Einwand, dass aus kartellrechtlicher Sicht die Franchisenehmer frei sein sollten, ob sie sich dem Aktionspreis unterwerfen wollten, ließ das OLG Düsseldorf nicht gelten. Der BGH hat das Urteil mit einer anderen Begründung bestätigt, die das Verhältnis zwischen Lauterkeits- und Kartellrecht ausdrücklich offenlässt (vgl. BGH, Beschluss vom 28. April 2016 (I ZR 194/14)). Auch diese unbefriedigende Spannung zwischen dem Lauterkeitsrecht und dem Kartellrecht könnte durch eine allgemeine Freistellung von Höchstpreisbindungen gelöst werden.

86. Die Studienvereinigung regt daher an, Höchstpreisbindungen grundsätzlich durch die Vertikal-GVO freizustellen, auch wenn sie so niedrig sind, dass sie der Abnehmer aus kaufmännischer Sicht sinnvoller Weise nicht unterbieten kann oder wird. Ungeachtet dessen kann ein Höchstpreis zivilrechtlich problematisch oder gemäß Art. 102 AUEV unwirksam sein. Das sollte aber keine Frage der Freistellung nach der Vertikal-GVO sein.

10. Kundenbeschränkung

87. Die Studienvereinigung spricht sich dafür aus, die Begriffe „Kundenbeschränkung“ und „Kundengruppe“ in der Vertikal-GVO und den Leitlinien in allen Sprachfassungen möglichst stringent einheitlich zu definieren und zu verwenden.
88. Gemäß Art. 4 lit. b) Vertikal-GVO gilt die Freistellung nach Art. 2 Vertikal-GVO nicht für vertikale Vereinbarungen, die eine Beschränkung der Kundengruppe vorsehen, an die ein an der Vereinbarung beteiligter Abnehmer, vorbehaltlich einer etwaigen Beschränkung in Bezug auf den Ort seiner Niederlassung, Vertragswaren oder -dienstleistungen, verkaufen darf – soweit nicht eine der unter Ziff. i)-iv) aufgeführten Rückausnahmen greift. Die Vertikal-GVO enthält keine Vorgaben dazu, wie eine derartige Kundengruppe zu definieren ist (Vertikal-

Studienvereinigung Kartellrecht e.V.

LL, Rn. 168). Die Leitlinien geben in Rn. 168 ff. zwar einige wichtige Hinweise zur Definition der Kundengruppe. Es verbleiben aber Unschärfen. Die Neufassung der Leitlinien sollte aus Sicht der Studienvereinigung den Begriff der Kundenbeschränkung und den Begriff der Kundengruppe in Art. 4 lit. b) S. 1 klarer definieren. Insoweit sollte auch geklärt werden, unter welchen Umständen – außerhalb des selektiven Vertriebs – der Ausschluss bestimmter Vertriebsstufen eine Kernbeschränkung ist und ob eine Kundengruppe insbesondere eine bestimmte Anzahl an Mitgliedern haben muss. Auch ist klarzustellen, ob eine Kundengruppe eine bestimmte Handelsstufe sein kann (z. B. alle Einzelhändler). Zudem wäre es hilfreich, wenn genauer ausgeführt würde, welche Voraussetzungen für Vorbehaltsgebiete in Art. 4 lit. b) Ziff. i) gelten sollen, d. h. insbesondere ob an den Vorbehalt eines Herstellers, der sich Gebiete selbst vorbehalten will, bestimmte Anforderungen zu stellen sind. Nach Auffassung der Studienvereinigung muss es für den zulässigen Vorbehalt einer Kundengruppe in Art. 4 lit. b) Ziff. i) ausreichen, dass diese klar von den nicht vorbehaltenen Kunden getrennt werden können – wie z.B. durch eine Liste im Anhang zum Vertrag.

89. Bei der Übersetzung der Vertikal-GVO und der Vertikal-LL sollte die Kohärenz erhöht werden. Einige Sprachfassungen der aktuellen Leitlinien (nachstehend fett gesetzt) differenzieren dabei in Art. 4 b) und 4 b) Ziff. i), andere (nachstehend kursiv gesetzt) verwenden in Art. 4 b) und 4 b) Ziff. i) identische Begriffe.

e	4 b)	4 b) (i)
EN	Customers	Customer group
ES	Clientela	Grupo de Clientes
PT	Clientes	Grupo de Clientes
NL	Klanten	Klantenkring
GR	"Customers"	"Clientele"
RO	Clientilor	Grup de Clienti
DE	<i>Kundengruppe</i>	<i>Kundengruppe</i>
DA	<i>Kundegruppe</i>	<i>Kundegruppe</i>
FR	<i>Clientèle</i>	<i>Clientèle</i>
IT	Clienti	Clientele
SV	Kundkrets	Kundgrup

11. Selektiver Vertrieb

90. Die Studienvereinigung spricht sich dafür aus, im Zusammenhang mit dem Selektivvertrieb folgende Punkte bei einer Überarbeitung der Leitlinien näher zu behandeln und zu klären:
- die Unterscheidung des qualitativen vom quantitativen Selektivvertrieb;
 - den Mindestumsatz als quantitatives oder qualitatives Kriterium;

- den Begriff „Endverbraucher“;
 - die Tätigkeit von Vermittlern, die in erheblichem Umfang auf Seiten zugelassener Händler tätig sind und u.U. zum Schutz des Produktimages qualitativen Kriterien zu unterwerfen sind;
 - die u.U. fehlende Auswirkung von Mindestbezugs klauseln auf den Parallelhandel, auch wenn ein bestimmter Anteil der Vertragsware direkt beim Vertriebsbinder bezogen werden muss;
 - die Beschränkung der großhandelsmäßigen Querlieferung durch Mitglieder eines selektiven Vertriebssystems, die als Einzelhändler autorisiert sind;
 - den Umfang, in dem es einem Hersteller freisteht, seinen Vertrieb so zu steuern, dass er die Verwendung seiner Ersatzteile durch potentielle Wettbewerber, die nicht mit Reparatur- oder Wartungsdienstleistungen befasst sind, ausschließen kann;
 - das vereinzelte Ablehnen von Petenten durch einseitige Handlung des Vertriebsbinders, was weder die Freistellung eines selektiven Vertriebssystems nach der Vertikal-GVO gefährdet, noch gegen die diskriminierungsfreie Anwendung der Kriterien i.S.d. Metro-Rechtsprechung spricht;
 - die Möglichkeit einer quantitativen Selektion auch bei Marktanteilen von über 30 %, insbesondere wenn erhebliche Investitionen in Standorte einen gewissen Gebietsschutz durch eine quantitative Selektion rechtfertigen;
 - insgesamt eine klarere Regelung des selektiven Vertriebs in der Vertikal-GVO;
 - die widerspruchsfreie Gestaltung des Nebeneinanders von selektiven Vertriebssystemen und Alleinvertriebssystem.
91. Die Studienvereinigung geht darüber hinaus davon aus, dass die Kommission in den neuen Leitlinien die Kernaussagen der wichtigsten Urteile der europäischen Gerichte aufnehmen wird. Das sind insbesondere die Rechtssachen „Pierre Fabre“ (EuGH, 13.10.2011 – C-439/09) zu Totalverboten des Internetvertriebs, „Auto24“ (EuGH, 14.06.2012 – C-158/11) zu den Voraussetzungen der quantitativen Selektion und „Coty“ (EuGH, 06.12.2017 – C-230/16) zu Plattformverboten und den Voraussetzungen eines qualitativen Selektionssystems.

11.1 Unterscheidung qualitativer Selektivvertrieb/ quantitativer Selektivvertrieb, Mindestumsatz

92. Rn. 175-176 der Leitlinien unterscheiden den rein qualitativen Selektivvertrieb vom quantitativen Selektivvertrieb auch danach, ob die Kriterien für die Autorisierung die Zahl der Händler nicht unmittelbar begrenzt (dann qualitativer Selektivvertrieb) oder die Anzahl der in Frage kommenden Händler unmittelbar beschränkt (dann quantitativer Selektivvertrieb). Das Unmittelbarkeits-Kriterium

ist nicht vollständig klar. Das gilt insbesondere für das in Rn. 175 a. E. der Leitlinien genannte Beispiel eines Mindestumsatzes. Dieser könne zu einer unmittelbaren Beschränkung der Anzahl der Händler führen. In Rn. 179 heißt es, die Vorgabe eines Mindestwertes für das jährliche Einkaufsvolumen sei eine indirekte Form des quantitativen Selektivvertriebs. Die Unterscheidung zwischen den Begriffen „unmittelbar“ und „indirekte Form“ trägt nicht zur Klarheit bei.

93. Tatsächlich kann ein Mindestumsatz ein quantitatives oder ein qualitatives Auswahlkriterium sein. So hat die deutsche Rechtsprechung (BGH WuW/E BGH 1200, 1203 – *Vermittlungsprovision für Flugpassagen*; BGH WuW/E 1646, 1647 – *Vermittlungsprovision für Flugpassagen II*; OLG Hamburg WuW/E OLG 3163, 3167 – *Seekartenvertrieb*) einen Mindestumsatz, mit dem leistungsfähige Unternehmen identifiziert werden oder bei dessen Anwendung die Kosten des Herstellers durch die Lieferung geringer Mengen vermieden werden können, tendenziell als ein qualitatives Kriterium eingeordnet. Entsprechendes gilt für den Fall, dass die Mindestumsatzgrenze leistungsschwache Vertriebsmittler ausschließen soll, die sich nicht hinreichend für den Absatz des betroffenen Produktes einsetzen könnten (OLG Stuttgart WuW/E OLG 4214, 4216 – *City-Reisebüro*). Dem hat sich ein Teil des Schrifttums angeschlossen (Westermann, in: Münchener Kommentar, 2. Aufl. 2015, § 19 GWB, Rn. 55 f.). Bei technisch komplexen Dienstleistungen kann ein gewisser Mindestumsatz (oder eine Mindestanzahl von Werkstattdurchläufen) ebenfalls ein probates Mittel sein, um die Expertise und Qualität des Dienstleisters (z.B. einer Kfz-Werkstatt) zu sichern.
94. Der BGH hat das Erreichen eines bestimmten Mindestumsatzes in der *Jaguar*-Entscheidung offenbar ebenfalls nicht als quantitatives, sondern als qualitatives Kriterium bewertet (BGH 26.1.2016, KZR 41/14 – *Jaguar-Vertragswerkstatt*, Rn. 33):

"Jedenfalls grundsätzlich nicht erforderlich ist demgegenüber eine quantitative Selektion, die nicht nur über entsprechende qualitative Voraussetzungen – etwa einen Mindestumsatz der einzelnen Werkstatt – erreicht wird."

95. Die Studienvereinigung ist daher der Meinung, dass eine Definition der „Unmittelbarkeit“ oder andernfalls der Änderung des Wortlautes zu einer „zahlenmäßigen Begrenzung“ zur Rechtssicherheit beitragen würde.
96. Dies ist vor allem im Hinblick darauf wünschenswert, dass sich in der Praxis eine Unterscheidung zwischen qualitativen und quantitativen Merkmalen im Selektivvertrieb oft schwierig darstellt. Diese Unterscheidung ist jedoch wichtig, fällt doch nur der qualitative Selektivvertrieb unter Einhaltung der *Metro*-Kriterien nicht in den Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 1 AEUV.
97. Aus diesem Grund empfiehlt die Studienvereinigung die Modifikation des dritten Satzes der Randnummer 176 der Leitlinien wie folgt:

„Erfordert das betreffende Produkt aufgrund seiner Beschaffenheit aber keinen selektiven Vertrieb, ~~oder nicht die Anwendung der gewählten Auswahlkriterien (wie z. B. der Bedingung, dass der Händler über einen oder mehrere physische Verkaufspunkte verfügen oder bestimmte Dienstleistungen erbringen muss)~~, so hat ein solches Vertriebssystem in der Regel keine effizienzsteigernde Wirkung, die ausreichen würde, um einen erheblichen Verlust an markeninternem Wettbewerb aufzuwiegen.“

98. Dieser Passus enthält zutreffend einen Hinweis auf das erste der Metro-Kriterien, d.h. der Erforderlichkeit des Selektivvertriebes aufgrund der Beschaffenheit des Produkts. Es ist insofern richtig, dass Effizienzen nicht zu erwarten sind, wenn das Produkt überhaupt keine Selektion erfordert, weshalb in der Tat in einem solchen Fall der Entzug der Freistellung angemessen sein kann. Die Anwendung überschießender, d.h. auch nicht streng erforderlicher Kriterien sollte aber nicht per se zu einem Entzug der Freistellung führen. Innerhalb eines quantitativen Selektivvertriebs dürfen auch Kriterien angewendet werden, die für den Vertrieb des Produkts nicht streng erforderlich sind. Dass in diesem Fall sämtliche Verbrauchervorteile wegfallen müssten, ist nicht ersichtlich. Randnummer 176 widmet sich jedoch der Freistellung des quantitativen Selektivvertriebs (da der qualitative Selektivvertrieb keiner Freistellung bedarf). Die zitierte Aussage in Rn. 176 kann daher dahingehend missverstanden werden, dass auch innerhalb der quantitativen Selektion letztendlich nur die strengen Kriterien eines qualitativ-selektiven Systems praktiziert werden dürfen, weil ansonsten der Entzug der Freistellung droht.
99. Wie vom EuGH, insbesondere in seiner Entscheidung zu *Auto24/Jaguar* (EuGH, 14.06.2012, C-158/11 – *Auto 24 SARL/Jaguar Land Rover France SAS*) im Hinblick auf die Verordnung (EU) Nr. 461/2010, statuiert, müssen quantitative Kriterien im Selektivvertrieb *per se* nicht objektiv und diskriminierungsfrei sein, um durch Vertikal-GVO vom Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV ausgenommen zu sein (aaO, Rn. 35). Im Gegensatz zum qualitativen Selektivvertrieb ist beim quantitativen Selektivvertrieb eine Freistellung schon unter den Voraussetzungen der Vertikal-GVO, insbesondere bei Unterschreitung der entsprechenden Marktanteilsschwellen, möglich.

11.2 Definition „Endverbraucher“

100. Der Begriff „Endverbraucher“ erscheint nicht vollständig klar. Es ist auch nicht hinreichend eindeutig, welche Maßnahmen zur Identifikation von Händlern, die als Endverbraucher auftreten, getroffen werden dürfen (Bekämpfung des Schleichbezugs).
101. Die Begriffsbestimmung in Artikel 1 Abs. 1 lit. e) und die Kernbeschränkung in Artikel 4 lit. b) Ziff. iii) und lit. c) und d) unterscheiden zwischen ausgewählten Händlern, nicht zugelassenen Händlern und Endverbrauchern (in der Regel

private Verbraucher, dazu Rn. 25 lit. b) der Vertikal-LL). Es erscheint nicht hinreichend geklärt, in welche Kategorie folgende Abnehmer fallen: (1) Betreiber von Bonusprogrammen zur Kundenbindung, die selektiv gebundene Waren gegen Bonuspunkte z.T. unter Zuzahlung abgeben, wobei es u.U. nur um eine Kundenbindung geht oder darüber hinausgehend auch um die Erzielung einer Gewinnmarge, (2) Weiterverarbeiter von Halbfertigprodukten (dazu BGH 25.10.1988 KVR 1/87 – *Lüsterbehangsteine*, (3) Unternehmen, die Produkte gewerblich zu eigenen und vom Vertriebsbinder nicht vorgesehenen Zwecken verwenden, z.B. als Preis in einem Gewinn- oder gar Glücksspiel.

102. Die Abgrenzung zwischen Vermittlern, die für Endverbraucher tätig sind und Vermittlern, die eng mit zugelassenen Händlern kooperieren, ist unklar. Die gilt insbesondere, wenn sie eine Provision für Verkäufe erhalten und eine Vermittlungsplattform betreiben, auf der sie auf die Kooperation mit bestimmten Händlern hinweisen. Solche Vermittler sind u.U. in erheblichem Umfang auf Seiten der Händler tätig und dann kaum als Vermittler der Endkunden zu qualifizieren (dazu *Wijckmans/Tuytschaever*, Vertical Agreements in EU Competition Law, 3. Aufl. 2018 Rn. 11.134). Das Bundeskartellamt hat Ende 2015 ein Verwaltungsverfahren gegen mehrere Kfz-Hersteller wegen potentiellen Verstoßes gegen Art. 101 AEUV, § 1 GWB eingestellt, nachdem diese zugesagt hatten, gegenüber ihren Vertragshändlern klarzustellen, dass ihre Boni-relevanten Standards zum Neuwagenvertrieb über das Internet nicht für internetbasierte Vermittlungsportale gelten, die als Kundenvermittler tätig sind. Das Bundeskartellamt war nach erster Einschätzung der Auffassung gewesen, dass die kein explizites Verbot der Kooperation mit Vermittlungsportalen enthaltenden Internetstandards, gleichwohl aufgrund ihres Wortlautes und ihrer Gestaltung in diesem Sinne ausgelegt werden konnten und damit eine i.S.v. Art. 4 lit. c) Vertikal-GVO unzulässige Beschränkung des Vertriebs an Endverbraucher darstellten (BKartA, 1.12.2015, B9-28/15). Diese Sicht verträgt sich schlecht mit der *Coty*-Rechtsprechung, derzufolge Internetstandards zur Gewährleistung eines bestimmten Produktimages im Grundsatz zulässig sind.
103. Jedenfalls sollte in den Leitlinien klargestellt werden, dass im selektiven Vertrieb der Einsatz von Vermittlern durch den Abnehmer von der Zustimmung des Anbieters abhängig gemacht werden darf. Dies hat die Kommission für den quantitativ-selektiven Vertrieb in den FAQ zur Kfz-GVO 1400/2002 für den Kfz-Vertrieb ausdrücklich bestätigt (Frage 10).
104. Zu den Endverbrauchern zählen private und gewerbliche Endverbraucher (Leitlinien, Rn. 56). Gewerbliche Endverbraucher sind auch institutionelle Endverbraucher wie Schulen, Krankenhäuser, Kasernen, Behörden und andere Abnehmer dieser Art (EuGH 25.10.1977, 26/76 – *Saba II*; EuGH 22.10.1986, 75/84 – *SABA-EG-Vertriebssystem*). Nach den Kfz-Leitlinien umfasst der Begriff „Endverbraucher“ auch Leasingunternehmen. Allerdings darf ein Vertriebsbinder den Verkauf an Leasingunternehmen verhindern, wenn nachweisbar das Risiko

besteht, dass die Leasingunternehmen die Fahrzeuge weiterverkaufen, solange sie neu sind. Der Vertriebsbinder kann von seinen Händlern Nachprüfungen verlangen, dass es sich bei dem betreffenden Unternehmen tatsächlich um ein Leasingunternehmen handelt und nicht um einen nicht zugelassenen Wiederverkäufer (Kfz-Leitlinien, Rn. 51). Entsprechendes gilt auch außerhalb des Kfz-Vertriebs.

105. Im Einzelfall kann es für einen zugelassenen Händler schwierig sein, Endverbraucher, Wiederverkäufer und Weiterverarbeiter voneinander zu unterscheiden. Diese Unterscheidung ist aber von erheblicher Bedeutung, denn der zugelassene Händler darf nur an Endverbraucher und andere Mitglieder des selektiven Vertriebssystems vertreiben. Daher muss sich der zugelassene Händler im Zweifel Gewissheit über die Eigenschaft des Kunden verschaffen (Leitlinien, Rn. 56; dazu; siehe auch Lubberger, ZWeR 2018, 57 (77) nach dessen Auffassung verlangt werden könne, „dass nur Privataadressen und nur in verbrauchertypischen Mengen beliefert werden“).
106. Es ist ein objektivierbarer Maßstab anzulegen, anhand dessen der Anschaffungszweck des Kunden zu überprüfen ist (siehe BGH 5.3.2015, I ZR 164/13, Rn. 15 – *Neue Personenkraftwagen II* zur Prüfung der Motivlage eines Händlers bei der Anschaffung anhand von objektivierbaren Umständen wie der Kilometerleistung des Fahrzeugs zum Zeitpunkt seines Angebots zum Verkauf bei der Anwendung der Pkw-EnVKV). Dafür kommen je nach Lage des Falles unterschiedliche Maßnahmen des zugelassenen Händlers in Betracht, die angemessen sein müssen, um keine unzulässige Beschränkung des Verkaufs an Endverbraucher zu bewirken. So kann sich der zugelassene Händler zur Abgrenzung von Leasingunternehmen und Wiederverkäufern jedenfalls ein Muster der Leasingverträge zeigen lassen, während die Überprüfung aller Leasingverträge des kaufenden Leasingunternehmens zu restriktiv sein könnte (Kfz-Leitlinien, Rn. 51). Vielfach mag es in Zweifelsfällen gelingen, bereits im Kundengespräch in Erfahrung zu bringen, zu welchen Zwecken der Kunde die Vertragsware erwerben möchte. Im Kfz-Handel ist es üblich, bei Zweifelsfällen zumindest eine vertragsstrafenbewehrte Verpflichtungserklärung des Kunden über den Verwendungszweck zu fordern. Der Kunde verpflichtet sich darin, das Fahrzeug während einer bestimmten Haltedauer und/oder Laufleistung nur zu Endverbraucherzwecken zu erwerben (Leitfaden zur Kfz-GVO 1400/2002, Frage 47).
107. Im Fall von Ersatzteilen durch Werkstätten kann eine Verpflichtungserklärung dahingehend zielführend sein, die Ersatzteile nur zu Zwecken der Reparatur und Wartung zu verwenden und damit nicht zu Zwecken der Weiterverarbeitung oder des Wiederverkaufs außerhalb der Erbringung von Reparatur- oder Wartungsleistungen.

11.3 Mindestbezugs klauseln und Parallelhandel

108. Mindestbezugs klauseln in Vertriebsverträgen mit Händlern eines selektiven Vertriebssystems mit sehr hohen Mindestbezugsmengen können sich wie Alleinbezugsverpflichtungen auswirken und damit eine Kernbeschränkung i.S.d. Art. 4 lit. d) Vertikal-GVO darstellen (BGH 13.07.2004, KZR 10/03 – *Citroën-Händlervertrag*). In den Sachen *Yves Saint Laurent* (Europäische Kommission 16.12.1991, IV/33.242, ABl. EWG L 1992 12/26) und *Givenchy* (Europäische Kommission, 24.07.1992, IV/33.542, ABl. EWG L 236/11) hatte die Kommission Mindestbezugs klauseln kartellrechtlich für zulässig erachtet, welche auf höchstens 40% der durchschnittlichen Vorjahresbezüge aller Geschäfte eines Parfümerie-Vertriebsnetzes in einem Mitgliedstaat festgesetzt waren.
109. Bei der Frage, welche Einkaufsumsätze für die Erreichung des Mindestbezuges zu berücksichtigen sind, ist das legitime Ziel des Herstellers nach einem Mindestumsatz in Deckung zu bringen mit der Berechtigung eines zugelassenen Händlers, Vertragsware parallel an andere zugelassene Händler zu verkaufen oder ggf. von anderen zugelassenen Händlern zu beziehen. Der Interessenausgleich kann nur dergestalt erfolgen, dass wechselseitige Ein- und Verkäufe zwischen zugelassenen Händlern nur in eine Richtung auf den Mindestbezug angerechnet werden. Anderenfalls könnten sich zwei zugelassene Händler leicht zusammenschließen, sich gegenseitig Ware verkaufen und somit den Mindestbezug erfüllen.
110. Der Ausgleich der Interessen erfolgt in der Praxis unter Berücksichtigung der Auffassung der Kommission in den Entscheidungen *Yves Saint Laurent* und *Givenchy* (jedenfalls nach der französischen wie auch nach der englischen Fassung) vielfach dergestalt, dass nur solche Einkäufe auf den Mindestbezug angerechnet werden, die Waren betreffen, die der zugelassene Vertragshändler beim Vertriebsbinder erworben hat. Umsätze mit Vertragswaren, die ein zugelassener Händler von einem anderen zugelassenen Händler bezogen hat, sind auf den Mindestbezug nicht anzurechnen. Dabei bleiben die zugelassenen Händler frei, untereinander Parallelhandel zu betreiben. Es findet kein Abzug statt, wenn die Ware an einen anderen zugelassenen Vertragshändler weiterverkauft wird. Die entsprechenden Einkaufsumsätze werden aber nur bei demjenigen zugelassenen Händler auf den Mindestbezug angerechnet, der beim Vertriebsbinder bezogen hat, so dass Doppelzahlungen ausgeschlossen sind.
111. Bei der deutschen Übersetzung der *Yves Saint Laurent*-Entscheidung ist der Bezugspunkt der anzuerkennenden Mindestbezüge vertauscht, wodurch eine gewisse Rechtsunsicherheit entstanden ist (S. 27): Danach würden Doppelzahlungen zwar ebenfalls vermieden. Es käme aber nicht auf die Einkaufsumsätze beim Vertriebsbinder an, sondern auf die Einkaufsumsätze insgesamt. Die Korrektur würde bei der Nichtberücksichtigung von Einkaufsumsätzen mit Waren erfolgen, die nicht an Endkunden veräußert werden.

Die unterschiedlichen Sprachfassungen führen zu Rechtsunsicherheit im Verhältnis Vertriebsbinder-Vertragshändler, da der Bezugspunkt der anzuerkennenden Mindestbezüge für einen gerechten Interessenausgleich unzweideutig sein muss. Insoweit wäre eine Klarstellung wünschenswert, dass es freistellungsfähig ist, wenn nur solche Einkäufe auf den Mindestbezug angerechnet werden, die Waren betreffen, die der zugelassene Vertragshändler beim Vertriebsbinder erworben hat.

11.4 Beschränkung großhandelsmäßiger Querlieferungen

112. Gemäß Artikel 4 lit. d) Vertikal-GVO ist die Beschränkung von Querlieferungen zwischen Händlern innerhalb eines selektiven Vertriebssystems, auch wenn diese auf verschiedenen Handelsstufen tätig sind, eine Kernbeschränkung. Es sollte klargestellt werden, dass die großhandelsmäßige Querlieferung durch Mitglieder eines selektiven Vertriebssystems, die als Einzelhändler zugelassen sind, beschränkt werden darf (dazu OLG München 19.7.2018, 29 U 3493/17, Rn. 61 – *EU-Klausel*).

11.5 Bezug von Ersatzteilen

113. Auch bei Vereinbarungen, die den Bezug von Ersatzteilen beschränken oder verhindern (Artikel 4 lit. e) und Rn. 59 der Leitlinien), stellt sich die Frage, wie der Begriff „Endverbraucher“ zu definieren ist. Weiterhin stellt sich die Frage, was „Reparaturen“ sind und was ggf. davon abgegrenzt eine „Weiterverarbeitung“ ist. Diese Frage stellt sich beispielsweise mit Blick auf Tuning-Unternehmen, die sich nicht ausschließlich mit der Reparatur oder Wartung mittels unveränderter Originalersatzteilen oder Ident-Ersatzteilen beschäftigen, sondern mit der Modifikation von Bauteilen des Herstellers. Richtigerweise sollte es einem Hersteller freistehen, seinen Vertrieb so zu steuern, dass er die Verwendung seiner Ersatzteile durch potentielle Wettbewerber, die nicht mit Reparatur- oder Wartungsdienstleistungen befasst sind, ausschließen kann. Das würde der Wertung in den Kfz-Leitlinien, Rn. 65 lit. d) Fn. 2 entsprechen und dem Bedürfnis der Hersteller Rechnung tragen, ihre Produktbeobachtungspflicht und Produkthaftung zu begrenzen (hierzu *Nolte*, in: *Langen/Bunte*, Europäisches Kartellrecht, nach Art. 101 AEUV, Rn. 523). Es sollte deshalb klargestellt werden, dass im Rahmen der Vertikal-GVO dasselbe gilt.
114. Auch sollten Hersteller berechtigt sein, Tuning-Anbieter nicht zu beliefern (vgl. dazu *Kirchhoff*, WuW 2016, 459, 461, zum Urteil BGH 6.10.2015 KZR 87/13 – *Porsche-Tuning*).
115. Zu diesem Ergebnis kommt man schon heute, wenn die Vorschriften für den selektiven Vertrieb in Art. 4 lit. c) und lit. d) als *lex specialis* zum Verbot der Beschränkung von Kundengruppen in Art. 4 lit. b) Vertikal-GVO insgesamt

versteht. Dann gelangt man zu dem üblicherweise anerkannten Ergebnis, dass im Rahmen des selektiven Vertriebs der Weiterverkauf nur nicht an Letztverbraucher oder systemangehörige Wiederverkäufer beschränkt werden darf (*Lubberger, ZWeR 2018, 57 (60, 77)* mit Blick auf die "*Logik des Selektivvertriebs, dessen Binnenmarktkonformität über das Querlieferungsverbot des Art. 4 lit. d) der Vertikal-GVO abgesichert ist*"; *Schultze/Pautke/Wagener, Rn. 236*). Der Vertrieb an Weiterverarbeiter, die keine Endverbraucher sind, kann dann auf Groß- und Einzelhandelsstufe entsprechend ohne weiteres untersagt werden. Dieses Verhältnis des Art. 4 lit. b) zu lit. c) und d) sollten die überarbeiteten Leitlinien klären.

11.6 Vereinzelte Ablehnung von Petenten

116. Die Leitlinien sollten klarstellen, dass vereinzelte Ablehnungen von Petenten aufgrund einer einseitigen Handlung des Vertriebsbinders weder die Freistellung eines selektiven Vertriebssystems nach der Vertikal-GVO gefährden, noch gegen die diskriminierungsfreie Anwendung der Kriterien i.S.d. *Metro*-Rechtsprechung sprechen. Das wird in der Praxis gelegentlich übersehen. Tatsächlich hat der EuGH bereits in der Rechtssache *AEG-Telefunken* entschieden, dass die Nichtaufnahme von Außenseitern, die die qualitativen Zulassungskriterien erfüllen, nur dann den Beweis für einen Verstoß gegen Art. 101 AEUV erbringt, wenn es nicht nur isolierte Fälle sind, d.h. es Ausdruck eines planmäßigen Verhaltens ist (EuGH 25.10.1983, 107/82 – *AEG-Telefunken*, Rn. 39). Relevanz hat die „diskriminierungsfreie Aufnahme“ ohnehin nur in qualitativ-selektiven Systemen. Denn im quantitativ-selektiven System ist die Ablehnung von Petenten, obwohl sie die Kriterien erfüllen, Teil der quantitativen Selektion. Eine Obliegenheit zur diskriminierungsfreien Anwendung der Kriterien auf alle Bewerber besteht im quantitativ-selektiven System von vorneherein nicht. Auch die Definition des selektiven Vertriebs in der Vertikal-GVO setzt keine diskriminierungsfreie Anwendung der Kriterien voraus. Art. 1 Abs. 1 lit. e) Vertikal-GVO fordert nur eine Festlegung, aber keine diskriminierungsfreie Anwendung der „*Merkmale*“, anhand derer die Händler ausgewählt werden.

11.7 Quantitative Selektion und Marktanteile über 30%

117. Wie dargelegt, spricht sich die Studienvereinigung dafür aus, die Marktanteilsschwellen der Vertikal-GVO auf 40% anzuheben. Soweit die Kommission dem nicht folgt, sollte eine solche Anhebung jedenfalls für die quantitative Selektion erfolgen, idealerweise in der Vertikal-GVO selbst.
118. So erfüllt nach Auffassung der Kommission der quantitative Selektivvertrieb von neuen Kraftfahrzeugen in der Regel die Voraussetzungen von Art. 101 Abs. 3 AEUV, wenn die Marktanteile der Beteiligten 40% nicht überschreiten (Kfz-Leitlinien, Rn. 56). Das sollte in die Vertikal-GVO selbst aufgenommen werden

und auch für vergleichbare Situationen außerhalb des Kfz-Vertriebs gelten (dazu bisher insbesondere Rn. 185 a.E. der Leitlinien).

11.8 Nebeneinander von Selektivvertrieb und Alleinvertrieb innerhalb unterschiedlicher Gebiete im gemeinsamen Markt

119. Aus Art. 4 lit. c) ergibt sich, dass in ein und demselben Gebiet nicht gleichzeitig die an sich zulässigen Beschränkungen eines selektiven Vertriebssystems und eines Alleinvertriebs angewendet werden können. Dies bereitet keine Probleme, wenn EU-weit daher dasselbe Vertriebssystem angewendet wird. Große Probleme bereit in der Praxis die in der Vertikal-GVO angelegte Möglichkeit, in unterschiedlichen Gebieten verschiedene Vertriebsformen zu betreiben.
120. Das Alleinvertriebsgebiet kann zwar bereits jetzt gegen aktive Verkäufe aus dem selektiven Gebiet (i.F. „Systemgebiet“) oder Gebieten, in denen noch kein System festgelegt ist, geschützt werden. Dies folgt schon aus dem Wortlaut des Art. 4 lit. b) Ziff. i) – der solche Beschränkungen in Bezug auf das Vorbehaltsgebiet ohne Einschränkung für sämtliche sonstige Abnehmer des Anbieters erlaubt (vgl. *Wegner/Johannsen*, Kölner Kommentar, § 4, Rn. 122). Diese Auslegung deckt sich mit Rn. 51 der Leitlinien („...und der Alleinvertriebshändler, [...] vor aktivem Verkauf in sein Gebiet oder an seine Kundengruppe durch alle anderen Abnehmer des Anbieters innerhalb der Union geschützt wird.“) sowie Rn. 56 der Leitlinien, wonach Händlern in einem selektiven Vertriebssystem Beschränkungen auferlegt werden dürfen, wenn es dem Schutz eines andernorts betriebenen Alleinvertriebssystems dient.
121. Im Gegenzug sollten auch Selektivhändler vor Lieferungen von Alleinvertriebshändlern aus anderen Ländern geschützt werden können. Es ist aber umstritten, inwieweit das nach den geltenden Regelungen möglich ist: Alleinvertriebshändlern muss es derzeit im Alleinvertriebsgebiet freistehen, auch an nicht zugelassene Händler zu verkaufen (Art. 4 lit. b) Ziff. i): „...sofern dadurch der Verkauf durch die Kunden des Abnehmers nicht beschränkt wird“). Es stellt sich die Frage, ob diese Freiheit auch für dessen Lieferung in für das selektive System festgelegte Gebiete gilt. Es wird unterschiedlich eingeschätzt, ob sich ggf. aus Rn. 55 der Leitlinien („ein Anbieter auf Märkten mit selektivem Vertriebssystem [kann] einem Vertragshändler auf allen Handelsstufen den Verkauf an nicht zugelassene Händler untersagen, die in einem Gebiet angesiedelt sind, in dem das System betrieben wird.“) ergibt, dass „Vertragshändler“ in diesem Sinne auch ein Abnehmer ist, der nicht selbst im Systemgebiet sitzt und der selbst nicht Teil des selektiven Systems ist (so *Wegner/Johannsen*, Kölner Kommentar Kartellrecht (2016), Art. 4 Vertikal-GVO, Rn. 123). Dies hätte zur Folge, dass der Alleinvertriebshändler im Systemgebiet (und nur dort) den Beschränkungen des selektiven Vertriebs unterworfen werden kann. Die Studienvereinigung hat Sympathien für diese Auslegung. Die englische

Sprachfassung begrenzt diese Möglichkeit des Anbieters, Verkäufe an nicht zugelassene Händler zu beschränken, allerdings ausdrücklich auf die „*appointed distributors in a selective distribution system*“). Weil diese Frage mindestens unklar, möglicherweise aber auch unbefriedigend gelöst ist, wäre eine klare Regelung auf Ebene des Wortlauts der Vertikal-GVO dahingehend wünschenswert, die den Schutz des selektiven Systems auch gegen Verkäufe von außerhalb des Systemgebiets ermöglicht, insbesondere durch (Alleinvertriebs- oder sonstige) Vertragshändler, die außerhalb des Systemgebiets sitzen. Ansonsten würde der Umstand, dass ein Abnehmer mit Sitz außerhalb des Systemgebiets frei an jeden Kunden liefern darf, eingeschränkt nur noch durch das Sprunglieferungsverbot nach Art. 4 lit. b Ziff. ii) Vertikal-GVO sowie durch die Möglichkeit des Herstellers, in seinem Vertriebssystem zwischen Großhandels- und Einzelhandelsstufe klar zu differenzieren. Ein Sprunglieferungsverbot darf neben dem aktiven auch den passiven Verkauf an Endverbraucher ausschließen (Leitlinien vertikale Beschränkungen, Tz 55; *Bechtold/Bosch/Brinker*, EU-Kartellrecht (3. Aufl. 2014), Art 4 VO 330/2010, Rn. 25; *Schultze/Pautke/Wagener*, Vertikal-GVO (4. Aufl. 2019), Rn. 916).

122. Sofern Mitglieder eines selektiven Vertriebssystems außerhalb des festgelegten Gebiets auch nicht zugelassene Händler aktiv (wenn gar kein Vertriebssystem festgelegt ist) oder passiv (wenn ein Alleinvertriebsgebiet besteht) beliefern dürfen, können diese nicht zugelassenen Händler in das Gebiet des selektiven Vertriebssystems zurückliefern und damit ebenfalls das dort etablierte selektive Vertriebssystem unterwandern. Wie bereits von der Studienvereinigung in ihrer Stellungnahme im Jahr 2009 angeregt, sollte diese Rückausnahme daher nicht nur das Gebiet betreffen, in dem das selektive Vertriebssystem besteht. Es gehört zum Kerngehalt eines selektiven Vertriebssystems, dass ein Hersteller zugelassene Händler daran hindern kann, an nicht zugelassene Händler zu liefern, wo auch immer diese nicht zugelassenen Händler tätig sind.
123. Nicht im Sinne des Art. 4 lit. b) Ziff. i) vorbehalten kann sich ein Hersteller derzeit die Belieferung von *nicht* für den selektiven Vertrieb zugelassenen Einzelhändlern im Systemgebiet. Dies würde seinen Selektivvertrieb und dessen Freistellung konterkarieren, da nach der Definition eines Selektivvertriebssystems gemäß Art. 1 lit. e) die Zusage des Herstellers, nur an zugelassene Händler im Systemgebiet zu verkaufen, erforderlich ist.
124. Vorbehalten im Rahmen eines Alleinvertriebssystems kann sich der Hersteller aber die Großhandelsstufe seines selektiven Vertriebssystems. Es ist zwar nach der Vertikal-GVO begrifflich unklar, ob eine Handelsstufe eine Kundengruppe sein kann. Gemäß Art. 4 lit. b) Ziff. i) kann ein Vorbehalt nur für Gebiete oder Kundengruppen bestehen. Der Hersteller kann nach zutreffender Auslegung jedoch die in seinem selektiven Vertriebssystem zugelassenen Einzelhändler als vorbehaltene Kundengruppe definieren und so gegen aktive Verkäufe von Großhändlern seines Alleinvertriebssystems außerhalb des (selektiven)

Systemgebiets schützen. Passive Verkäufe an die so bestimmte Kundengruppe dürfen jedoch nicht verboten werden. Dieses Ergebnis steht in Einklang mit der Wertung, wonach zugelassene Händler im Systemgebiet regelmäßig verpflichtet werden dürfen, die Vertragsprodukte nur vom Hersteller oder anderen im Systemgebiet zugelassenen Händlern zu beziehen (vgl. Art. 4 lit. d)).

125. Beispiel: Der aktive Verkauf an zugelassene Händler im Systemgebiet darf einem Alleinvertriebshändler verboten werden, soweit sich der Hersteller die zugelassenen Händler im Systemgebiet vorbehalten hat. Der Alleinvertriebshändler muss jedoch nach der Vertikal-GVO aktiv und passiv (jedenfalls in seinem Alleinvertriebsgebiet, ggf. sogar im Systemgebiet, vgl. oben Rn.) an nicht zugelassene Händler verkaufen dürfen. Bei einem Nebeneinander von Selektiv- und Alleinvertriebsgebiet erlauben die Regelungen der Vertikal-GVO damit heute keine interessensgerechte Ausgestaltung. Durch Lieferungen des Alleinvertriebshändlers an nicht zugelassene Händler in seinem Gebiet (ggf. sogar direkt in das Systemgebiet, vgl. oben Rn. 121) die der Hersteller dem Händler nach den aktuellen Regelungen nicht untersagen darf, gelangt Ware ins Systemgebiet, die nicht mehr selektiv vertrieben wird. Hier wäre eine klare Regelung auf Ebene der Vertikal-GVO selbst, die auch den Selektivvertrieb vor Lieferungen aus Alleinvertriebsgebieten schützt, wünschenswert.
126. Insgesamt stellt sich die Regelungssystematik des Art. 4 Vertikal-GVO mit Kernbeschränkungen, Rückausnahmen und den Unterscheidungen zwischen verschiedenen Arten von Kernbeschränkungen und Rückausnahmen als unübersichtlich dar. Es wäre sinnvoll, diese Regelungssystematik zu vereinfachen, um klarer zu verdeutlichen, was freigestellt ist und was insoweit eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung darstellt. Hilfreich wäre es insbesondere, wenn sich die Regelungen für die verschiedenen Vertriebssysteme (beispielsweise für den selektiven Vertrieb) nicht über die gesamte Vertikal-GVO verteilt finden würden, sondern konsolidiert an einer Stelle erfolgen würde. Zudem sollte ein Nebeneinander verschiedener Systeme des Vertriebs in der EU nicht mehr dazu führen, dass damit das selektive System zwangsläufig von außen unterlaufen werden kann.

12. Digitales

12.1 Plattformverbote und andere online-spezifische Regelungen

127. Die Studienvereinigung geht davon aus, dass im Rahmen der Überarbeitung der Vertikal-GVO und der Leitlinien die aktuelle Rechtsprechung, insbesondere auch

die „Coty-Entscheidung“ des EuGH vom 06.12.2017, berücksichtigt wird (vgl. dazu bereits oben). Die Studienvereinigung legt dabei weiter zugrunde, dass Drittplattformverbote nach „Coty“ grundsätzlich, d.h. auch außerhalb des selektiven Vertriebs, keine Kernbeschränkung darstellen und unterhalb der Marktanteilsschwelle regelmäßig über die Vertikal-GVO vom Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV ausgenommen sind (vgl. EU competition rules and marketplace bans: Where do we stand after the Coty judgment?, Competition policy brief, April 2018, abrufbar unter: <http://ec.europa.eu/competition/publications/cpb/2018/kdak18001enn.pdf>, S. 4).

128. Die Aussagen des EuGH zum Nichteingreifen der Kernbeschränkung im Rahmen der Vertikal-GVO beschränken sich (entgegen Bundeskartellamt, Wettbewerbsbeschränkungen nach Coty, Okt. 2018, S. 5) dabei auch nicht auf Luxuswaren. Die Feststellungen zu den Luxuswaren hatte der EuGH vielmehr im Rahmen der Anwendbarkeit des Art. 101 Abs. 1 AEUV getätigt und damit einer missverständlichen Lesart seiner Pierre Fabre-Entscheidung vorgebeugt: Das Luxusimage eines Produkts kann auch angesichts Pierre Fabre sehr wohl einen (qualitativ) selektiven Vertrieb rechtfertigen. Weil diese Aussagen von enormer praktischer Wichtigkeit sind, sollten sie insgesamt Eingang in den Leitlinien finden.
129. Die Überarbeitung der Leitlinien sollte auch zum Anlass genommen werden klarzustellen, ob und, wenn ja, unter welchen Voraussetzungen das Verbot der Unterstützung von Preisvergleichsmaschinen als Kernbeschränkung gemäß Art. 4 lit. c) Vertikal-GVO zu werten ist. Der deutsche Bundesgerichtshof ging in seiner „Asics-Entscheidung“ vom 12.12.2017 davon aus, dass das Verbot der Unterstützung von Preisvergleichsmaschinen durch Zurverfügungstellung entsprechender Schnittstellen zumindest dann eine Kernbeschränkung gemäß Art. 4 lit. c) Vertikal-GVO darstellt, wenn es nicht an Qualitätsanforderungen anknüpft (vgl. Bundesgerichtshof, 12.12.2017 – KVZ 41/17, Rn. 30). Um eine einheitliche Auslegung von Art. 4 lit. c) Vertikal-GVO in der Europäischen Union zu fördern, wäre es zu begrüßen, wenn die Kommission die Überarbeitung der Leitlinien nutzt, um beispielsweise in Rn. 52 ff. (oder ggf. einem gesonderten Abschnitt) Stellung zu nehmen, ob und, wenn ja, unter welchen Voraussetzungen ein Verbot der Unterstützung von Preisvergleichsmaschinen eine Kernbeschränkung gemäß Art. 4 lit. c) Vertikal-GVO darstellt.
130. Schließlich geht die Studienvereinigung davon aus, dass die Kommission bei der Überarbeitung der Leitlinien auch Verbote der Nutzung der Herstellermarke für Onlinesuchmaschinen eingehen wird. Nach der Asics-Entscheidung des Bundeskartellamts vom 26.08.2015 hat nun insbesondere die Guess-Entscheidung der Kommission hierzu klargestellt, dass bei einem Komplettverbot von Google Adwords von einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung auszugehen sei. Jenseits eines solchen Totalverbots wäre es wünschenswert,

Fallgestaltungen zu thematisieren, in denen eine gewisse teilweise Begrenzung der Markennutzung legitim sein könnte, wie etwa zur Vermeidung von Verwechslungen mit dem eigenen Webshop des Herstellers.

12.2 Erweiterung für den Vertrieb von Softwarelizenzen - Randnummer 33 lit. b und Randnummer 41 der Leitlinien

131. Im Rahmen der zunehmenden Digitalisierung ist die Frage des Vertriebs urheberrechtlich geschützter Software besonders bei Kombinationen von Software- und Hardwarevertrieb von erhöhter Relevanz. In den TT-Leitlinien hatte die Kommission bereits dargelegt, dass Softwarevertriebslizenzen zum Zwecke der reinen Vervielfältigung und des reinen Vertriebs (z.B. Einräumen des Rechts zum Download) analog unter die Vertikal-GVO fallen. Durch die Vertikal-GVO bzw. die Leitlinien werden heutige Vertriebsformen, insbesondere Downloads, jedoch noch nicht adäquat erfasst. Die Kommission spricht sich bereits in den TT-Leitlinien für eine „Technologieneutralität“ in diesem Bereich aus. Eine entsprechende Klarstellung sollte auch in die Leitlinien übernommen werden. Die Studienvereinigung schlägt vor, Randnummer 33 lit. b) der Leitlinien zu streichen und Randnummer 41, Satz 1 der Leitlinien wie folgt zu adaptieren:

*„(41) Vereinbarungen über die Lieferung von Kopien einer Software, ~~auf einem materiellen Träger zum Zweck des Weiterverkaufs, mit denen der Wiederverkäufer keine Lizenz für Rechte an der Software erwirbt, sondern lediglich das Recht, die Kopien weiterzuverkaufen, [die dem Zweck dienen, dem Wiederverkäufer lediglich die Möglichkeit und das Recht, die Kopien weiterzuverkaufen, zu verschaffen]~~ sind im Hinblick auf die Anwendung der GVO **[unabhängig vom technischen Vertriebsverfahren]** als Vereinbarungen über die Lieferung von Waren zum Weiterverkauf anzusehen.“*

12.3 Bestpreisklauseln / MFN-Klauseln

132. Die Studienvereinigung spricht sich dafür aus, Bestpreisklauseln nicht als Kernbeschränkung anzusehen und im Rahmen von Art. 101 Abs. 3 AEUV zwischen enger und weiter Bestpreisklausel zu differenzieren. Insofern hält es die Studienvereinigung für richtig, den Ansatz einiger Wettbewerbsbehörden aus den Mitgliedstaaten zu Bestpreisklauseln von Hotelbuchungsplattformen zu folgen. Alternativ könnte die enge Bestpreisklausel auch als notwendige Nebenabrede eingestuft werden.
133. Bestpreisklauseln von Hotelbuchungsplattformen wurden in den letzten Jahren von einigen mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden untersucht. Die

kartellrechtliche Beurteilung der Bestpreisklauseln nach Art. 101 AEUV und entsprechenden nationalen Vorschriften ging dabei auseinander. Uneinheitlich war die Einordnung von sog. „engen“ Bestpreisklauseln, die den auf der Online-Plattform tätigen Unternehmen lediglich verbieten, ihre Zimmer über die hoteleigene Internetseite günstiger zu vertreiben als auf der Online-Plattform, dies für andere Vertriebskanäle aber offenlassen, so dass konkurrierende Plattformen letztendlich günstiger anbieten können, wenn sie Rabatte aus ihrer Provision geben. Diese engen Bestpreisklauseln wurden von der französischen, italienischen und schwedischen Wettbewerbsbehörde in ihrem Settlement mit Booking.com akzeptiert, während das Bundeskartellamt in den HRS- und Booking.com-Verfahren die vollständige Streichung der Bestpreisklausel verlangte.

134. Das Bundeskartellamt (20.01.2013, B 9-66/10, Rn. 1) und das Oberlandesgericht Düsseldorf (OLG Düsseldorf, 09.01.2015, VI-Kart. 1/14 (V)) äußerten in ihren HRS-Entscheidungen eine gewisse Sympathie für die Qualifikation von Bestpreisklauseln als Kernbeschränkungen gemäß Art. 4 lit. a) Vertikal-GVO (verbotene Preisbindung der zweiten Hand), ohne dies abschließend zu entscheiden. Das OLG Düsseldorf ergänzte (Leitsatz 6, Rn. 123 – zitiert nach juris), dass es generell Zweifel hege, ob auf eine solche Vermittlungskonstellation die Vertikal-GVO anwendbar sei und stellte dabei auf die Vermittlungsleistung als Vertragsprodukt ab.
135. Das OLG Düsseldorf hat sich in der Expedia-Entscheidung (04.12.2017, VI-U (Kart) 5/17) dahingehend korrigiert, dass Vertragsdienstleistung in einem solchen Fall nicht die Vermittlungsleistung, sondern die vermittelte Leistung, d. h. die Hotelzimmerbuchung, ist. Das Hotel ist danach der Anbieter dieser Leistung und die Plattform der Abnehmer. Auf diese Konstellation findet die Vertikal-GVO Anwendung (vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. h) Vertikal-GVO). Die Plattform ist nach Ansicht des OLG Düsseldorf als (unechter) Handelsvertreter tätig. Dies gilt unabhängig davon, ob er – wie der typische Hotelportalbetreiber – für unterschiedliche Geschäftsherren tätig ist.
136. Eine unzulässige Preisbindung nach Art. 4 lit. a) Vertikal-GVO liegt nach Auffassung des OLG Düsseldorf nicht vor. Die Paritätsklauseln beschränken ausschließlich die Preissetzungsfreiheit der Hotels als Lieferanten der Hoteldienstleistung, nämlich ihre Freiheit, die Preise zwischen den verschiedenen Vertriebswegen zu differenzieren. Die Preissetzungsfreiheit des Portals als Abnehmerin in der Vertriebskette lassen sie demgegenüber unangetastet. Dies soll laut der Entscheidung ungeachtet der Tatsache gelten, dass Vermittlungsportale auf ihrer Internetplattform die Hotelzimmer zu denjenigen Preisen anbieten müssen, die das jeweilige Hotel vorgibt. Insoweit handelt es sich nach Auffassung des OLG Düsseldorf um eine dem („echten“) Handelsvertretervertrag immanente Wettbewerbsbeschränkung, die schon tatbestandlich nicht unter das Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV fällt. Darauf sei die Vertikal-GVO nicht anwendbar. Da

die Meistbegünstigungsklausel lediglich den Anbieter beschränke, stelle sie auch keine Kernbeschränkung dar.

137. Im Booking-Verfahren äußerte das OLG Düsseldorf die vorläufige Rechtsauffassung, dass die entsprechende Klausel eine notwendige Nebenabrede sein könne und daher nicht gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV verstoße. Eine abschließende Entscheidung steht jedoch noch aus.
138. Die Studienvereinigung hält die systematische Einordnung in der Expedia-Entscheidung, gestützt auf Art. 1 lit. h) Vertikal-GVO, für zutreffend. Es sollte daher klargestellt werden, dass Vertragsdienstleistung in der Regel nicht die Vermittlungsleistung, sondern die vermittelte Leistung, also beispielsweise das Anbieten von Hotelzimmern, ist. Wenn der Plattformbetreiber – wie üblich – den Anbieter der vermittelten Leistung anhält, dem Abnehmer den jeweils günstigsten Preis anzubieten, stellt dies keine Kernbeschränkung dar. Insoweit erscheint eine Klarstellung hilfreich. Im Rahmen des Art. 101 Abs. 3 AEUV kommt die Differenzierung zwischen enger und weiter Bestpreisklausel, wie von den französischen, italienischen und schwedischen Wettbewerbsbehörden zugrunde gelegt, in Betracht oder die Einstufung der engen Bestpreisklausel als notwendige Nebenabrede.

12.4 Vertikalabreden von Intermediär-Händler-Plattformen

139. Klarstellungsbedarf besteht auch mit Blick auf Plattform-Intermediäre. Hier ergeben sich eine Vielzahl unterschiedlicher Formen der Zusammenarbeit (z.B. reiner Vermittler (ebay) oder Vermittler, der den Absatz ggf. zugleich mitsteuern möchte, z. B. Zalando, Amazon). Ist die Plattform zugleich als Händler tätig und tritt in Konkurrenz zu auf ihrer Plattform tätigen Unternehmen wie beispielsweise Amazon, so stellt sich (wegen Rn. 16 lit. g) der Leitlinien) die Frage, ob es sich (noch) um einen Vermittler im Sinne der Rz. 12 ff. der Leitlinien handelt (vgl. oben Rn. 66). Kartellrechtlich relevant ist insoweit auch die Frage des Informationsaustauschens (dazu s.o. Rn. 44 ff.). Insofern sollten sich in den neuen Leitlinien auch Regelungen zu Grenzen der Verwendung von Daten, die die Plattform über ihre Händler erhält, für den eigenen Verkauf als Händler finden.

13. Pricing des Anbieters – differenzierte Preissysteme („Doppelpreise“)

13.1 Ausgangspunkt

140. Im Ausgangspunkt ist ein Anbieter, der nicht marktbeherrschend ist, bei der Preisgestaltung kartellrechtlich frei. Insbesondere besteht kein allgemeines kartellrechtliches Gleichbehandlungsgebot in Vertikalverhältnissen. Der Anbieter ist daher kartellrechtlich nicht gehalten, unterschiedlichen Abnehmern ein und denselben Preis für ein bestimmtes Produkt zu berechnen. Es stellt folglich keine Kernbeschränkung dar, wenn ein reiner Online-Händler andere Preise erhält als ein reiner Offline-Händler. Ebenso kann der Anbieter Händlern derselben Kategorie unterschiedliche Preise anbieten.
141. Umgekehrt gilt, dass eine differenzierte Preisgestaltung des Anbieters gegenüber ein und demselben Abnehmer Teil einer in den Anwendungsbereich von Art. 101 Abs. 1 AEUV fallenden Vereinbarung sein kann. Dies gilt insbesondere für Boni/Rabatte, die Verhaltensweisen belohnen, zu denen der Abnehmer (kartellrechtlich) nicht verpflichtet werden kann – wie z.B. ein Bonus/Rabatt für das Einhalten eines bestimmten Mindestpreises (vgl. z.B. Leitlinien, Rn. 226 lit. d).
142. Nach den Leitlinien stellt es allerdings *per se* eine unzulässige Kernbeschränkung dar, wenn ein Anbieter von ein und demselben Abnehmer unterschiedliche Preise verlangt (oder unterschiedlich hohe Rabatte auslobt), je nachdem, ob der Abnehmer die Ware an Online-Kunden oder an Offline-Kunden veräußert (Leitlinien, Rn. 64). Die Kernbeschränkung – und damit der Ausschluss der gesamten Vereinbarung aus dem Anwendungsbereich der Vertikal-GVO – gilt hierbei ohne Ansehen der Höhe und Auswirkung der Preisdifferenz, und ohne Ansehen des tatsächlichen Zwecks des unterschiedlichen Preises sowie der unterschiedlichen Kosten des Abnehmers für Online- und Offline-Verkäufe. Die Leitlinien gehen offenbar davon aus, dass darin eine bezweckte Beschränkung des Abnehmers liege, Online-Kunden überhaupt bzw. in größerem Umfang oder andere Online-Kunden zu erreichen (vgl. auch Leitlinien, Rn. 64 a.E.). Die in Rn. 52 lit. d) der Leitlinien erwähnte Möglichkeit der Zahlung einer fixen Gebühr ist aufgrund der Vielgestaltigkeit der tatsächlichen Marktverhältnisse praktisch nicht bzw. nur begrenzt umsetzbar. Sie kann schon deswegen zu Ineffizienzen führen, da sie nicht die laufende Verkaufsanstrengung oder tatsächliche Erbringung einer für den Anbieter wichtigen Beratungsleistung honoriert. Vielmehr wird „statisch“ u.U. eine (einmalige) Investition belohnt – unabhängig davon, ob diese aus Sicht des Anbieters tatsächlich zu einer Steigerung des Absatzes oder einer häufigeren Beratung führt.

143. Einen anschaulichen Fall für einen solchen „fixen Beitrag“, der das Ziel des Anbieters nicht (voll) erfüllt, kann man aus den Fakten im Fall Ping der CMA herleiten. Dazu müsste angenommen werden, dass ein Hersteller von hochwertigen Golfschlägern möchte, dass Sportler die Schläger dieser Marke nur nach einer individuellen Beratung kaufen. Für jeden Sportler soll durch eine Analyse von Größe und anderen Maßen und der individuellen Bewegung beim Schwung der perfekt passende Golfschläger gefunden werden („Custom Fitting“), mit dem der Kunde dann besonders zufrieden ist. Der Hersteller könnte Händlern im Rahmen einer einmaligen Investition die notwendige Ausstattung (wie Messapparaturen und Analysesoftware) für das „Custom Fitting“ zur Verfügung stellen. Diese Investition würde aber ins Leere gehen und das damit verfolgte legitime Ziel verfehlen, wenn Händler die Anlage nicht nutzen, sondern Golfschläger nur – ohne „Custom Fitting“ – verkaufen (sei es stationär, sei es über das Internet), weil sie den Aufwand für das Custom Fitting scheuen.
144. Zwar kann nach den Leitlinien ausnahmsweise eine produktbezogene Preisdifferenzierung je nach Endkunde, an den das Produkt vom Abnehmer verkauft wird, in Betracht kommen, wenn sie auf nachweisbar höheren Kosten des Anbieters (nicht: des Abnehmers!) im Zusammenhang mit derartigen Geschäften beruht (Leitlinien, Rn. 64). Allerdings muss der Anbieter hierfür nach den Leitlinien (wohl?) eine Einzelfreistellung bemühen, was bedeutet, dass sämtliche sonstige wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen ebenfalls nicht von der Vertikal-GVO profitieren können.

13.2 Kritik und Änderungsbedarf

145. Die derzeitige pauschale Einordnung erscheint nicht sachgerecht und entspricht auch nicht einer wettbewerbsökonomischen Herangehensweise. Denn sie unterstellt einen objektiv unzulässigen Zweck im Sinne des Art. 4 lit. b) Vertikal-GVO, der vorhanden sein *kann*, aber nicht *muss*. Eine pauschale Einstufung jeglichen Doppelpreissystems als bezweckte Kundenkreisbeschränkung durch die Rn. 52 lit. d) und 64 der Leitlinien (nicht: der Vertikal-GVO selbst) unabhängig von Höhe, Auswirkung sowie Motivation der Preisdifferenz sollte daher im Einklang mit dem *more economic approach* überdacht und reformiert werden. Die derzeitigen Regelungen lassen Anbietern (zu) wenig Raum, kanalspezifische Anstrengungen eines Abnehmers angemessen und effizienzsteigernd zu honorieren.
146. Bei wettbewerbsökonomischer Betrachtungsweise kann nicht schon jegliche Preisdifferenzierung für bestimmte Kundengruppen (oder sogar einzelne Kunden?) des Abnehmers, ungeachtet des objektiven Zwecks derselben, als mittelbare (bezweckte) Beschränkung des Verkaufs an die übrigen Kunden angesehen werden. Ob das Dual Pricing tatsächlich den Verkauf an andere Kunden „unattraktiv“ macht, dürfte vielmehr von den Umständen des Einzelfalls

abhängen; insbesondere erscheint relevant, ob der nicht „subventionierte“ Preis dem Abnehmer noch eine hinreichend attraktive Marge für den Weiterverkauf an die anderen Kunden bietet und ob der Abnehmer in seinem Bezug insgesamt nicht limitiert ist. Ist beides der Fall, muss sich der Abnehmer gerade nicht entscheiden, ob er eine quantitativ limitierte Ware an den einen oder einen anderen Kunden verkauft. Es ist in einem solchen Szenario daher wettbewerbsökonomisch kein Grund ersichtlich, dass der Abnehmer auf den Verkauf an die nicht bezuschusste Kundengruppe verzichten würde. Die Voraussetzungen für eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung, die schon ihrem Charakter nach so schwerwiegende Auswirkungen erwarten lässt, dass die Wettbewerbsbehörden derartige Auswirkungen nicht mehr nachweisen müssten, dürften also nicht schon bei jeder Art von Doppelpreissystem vorliegen.

147. Ungeachtet der nach wettbewerbsökonomischen Maßstäben fehlenden wettbewerbsschädlichen Auswirkungen kann der objektiv legitime Zweck einer solchen Differenzierung beispielsweise sein, dem Abnehmer einen Anreiz zu setzen, zusätzliche Kunden zu akquirieren und (hochqualitativ) zu betreuen, die er ohne diese Subvention nicht oder seltener bedienen würde, z. B. weil deren Akquise und/oder Betreuung aufwendiger ist. Es kann durchaus Kunden(gruppen) geben, die für den Anbieter besonders wichtig sind und bei denen ihm berechtigterweise daran liegt, diese zu gewinnen bzw. durch entsprechend aufwendige Betreuung zu behalten. So erbringt beispielsweise der stationäre Vertrieb häufig größere Leistungen für den Anbieter als der Onlinevertrieb. Dies sollte der Anbieter im Grundsatz mit entsprechenden Rabatten oder Boni fördern können, solange er damit Verkäufe an die nicht subventionierten Kunden nicht behindert. Das ist – bei ausreichender Warenverfügbarkeit – solange der Fall, wie der für die nicht subventionierten Kunden angebotene Preis noch attraktiv ist, um diese Kunden weiterhin zu bedienen. Die pauschale Einstufung als bezweckte Kundenkreisbeschränkung erscheint daher verfehlt.
148. Vor diesem Hintergrund erscheint auch die Forderung des Bundeskartellamts nicht sachgerecht, von Anbietern zu verlangen, Rabattsysteme so auszugestalten, dass Händler auch über den Onlinevertrieb die gleiche Rabatthöhe erreichen können wie im stationären Vertrieb (so eine Zusage von LEGO gegenüber dem Bundeskartellamt, dazu Pressemitteilung vom 18.07.2016: *„LEGO passt Rabattsystem an, künftig fairere Bedingungen für den Online-Handel.“*). Während es die Kundenkreisbeschränkung sicherlich ausschließt, wenn für äquivalente Verkaufsanstrengungen äquivalente und angemessene (nicht zwingend identische) Funktionsrabatte in den unterschiedlichen Verkaufskanälen gewährt werden, sind Fälle denkbar, in denen ein solches Äquivalent im Online-Handel praktisch nicht existiert. In diesen Fällen sollte der Anbieter nicht gehindert sein, einen (legitimen) Funktionsrabatt für eine tatsächlich erbrachte

Vertriebsleistung nur in einem Verkaufskanal anzubieten, ohne den Vorteil der Gruppenfreistellung zu verlieren.

149. Auch hier bietet der Sachverhalt im oben bereits genannten Fall Ping ein gutes Beispiel. Das beschriebene „Custom Fitting“ setzt voraus, dass ein ausgebildeter Mitarbeiter die individuelle Bewegung des Käufers bei Testschwüngen misst. Dies ist derzeit nur in einem stationären Umfeld möglich, nicht im Rahmen einer reinen Onlinetransaktion. Wenn der Hersteller nun Händlern einen Rabatt oder Nachlass auf jeden Golfschläger gewährt, den der Händler nach einem nachgewiesenen „Custom Fitting“ verkauft, dann darf dies nicht als verbotene Online-Beschränkung gewertet werden.
150. Dieselbe Bewertung sollte aber auch bei weniger spezifischen Leistungen als dem „Custom Fitting“ gelten. So ist bereits die Präsentation von Produkten im Laden, wo Kunden die Produkte „in echt“ ansehen, anfassen und ausprobieren können („*touch and feel*“) bei zahlreichen Produktgruppen (wie beispielsweise Textilien, Schuhen, Accessoires, Einrichtungsgegenstände, Parfums, Kosmetika, Spielsachen, Elektrogeräte aller Art und vielen mehr) keineswegs als gleichwertig mit der Darstellung von Produktbildern oder -videos im Internet anzusehen. Auch Fälle, in denen ein Rabatt oder Nachlass dafür gewährt wird, dass der Händler den Produkten des Herstellers eine bestimmte Fläche zur Verfügung stellt oder der Marke einen bestimmten Ausstellungsanteil im Laden garantiert, sollten nicht als verbotenes Doppelpreissystem angesehen werden. Auf einer Händlerwebseite ist es trotz Bemühungen, beispielsweise Markenshops einzurichten, nicht auf dieselbe Art und Weise wie im stationären Handel möglich, eine Marke besonders prominent zu platzieren.
151. Vor diesem Hintergrund regt die Studienvereinigung an, Doppelpreissysteme nicht per se dem Anwendungsbereich von Art. 4 lit. b) Satz. 1 Vertikal-GVO zu unterstellen, sondern diese differenziert zu betrachten. Aus wettbewerbsökonomischer Sicht sollte sich diese Frage der Kernbeschränkung daran bemessen, ob die Preisdifferenz zu einem de facto Verhinderung der Belieferung der nicht subventionierten Kundengruppe führt. Dies wird auch davon abhängen, ob das Produkt knapp oder in ausreichender Menge vorhanden ist. Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn mit der Preisdifferenzierung ersichtlich kein legitimer Zweck verfolgt wird, sondern es sich erkennbar um eine versteckte Maßnahme zur Verhinderung bestimmter Verkäufe handeln würde.

13.3 Doppelpreise außerhalb des Online-Offline Kontextes

152. Die Aussagen zum Doppelpreissystem fallen ausschließlich im Zusammenhang mit Online-Verkäufen. Bei konsequenter Anwendung der Annahme, dass die Bezuschussung der Verkäufe an eine Kundengruppe zu einer bezweckten Beschränkung der Verkäufe an eine andere Kundengruppe (oder andere Kunden)

führt, würde sich letztendlich jegliches Doppelpreissystem auch außerhalb des Online-Offline-Kontextes verbieten. Die Studienvereinigung hält eine solche Interpretation für nicht sachgerecht und regt eine entsprechende dahingehende Klarstellung, dass dies nicht der Fall ist, an.

153. Dieses Problem stellt sich insbesondere in Vertriebssystemen, in denen der Anbieter z.B. Großkundenverkäufe bezuschusst oder aber mit diesen selbst z.B. konzern- oder EU-weite Rahmenverträge aushandelt, in deren Durchführung die Abnehmer (auf freiwilliger Basis) einbezogen werden. Denkbar wäre beispielsweise, dass ein Anbieter von Software einen europaweiten Vertrag für die Software einschließlich Wartung mit einem Großkunden aushandelt, der besonders günstige Konditionen für diesen Großkunden EU-weit enthält. Dem Großkunden ist an einem EU-weiten Rahmenvertrag interessiert, der Anbieter verfügt aber u.U. nicht über eine Verkaufs- und Wartungsstelle z.B. in Portugal, weil er dort die Waren über ein Vertragshändlersystem vertreibt. Der dem attraktiven Großkunden angebotene Preis ist ggf. aufgrund entsprechenden Wettbewerbsdrucks oder Verhandlungsmacht des Großkunden so günstig, dass der Abnehmer ihn nur halten kann, wenn der Anbieter seinen Preis für Verkäufe des Abnehmers an diesen Kunden (und nur an diesen) reduziert. Da der Preis für den Verkauf an andere Kunden nicht reduziert wird, könnte man hierin ein Doppelpreissystem sehen, welches per se aus der Gruppenfreistellung herausfallen würde und auch entsprechende Vertriebsverträge, die derartige Möglichkeiten vorsehen aus der Gruppenfreistellung ausnehmen würde. Es ist unklar, ob die Aussage der Leitlinien im Online-Offline-Kontext auf solche Konstellationen übertragbar ist. Bei der Pauschalität der Aussage, dass es sich um eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung handelt, ist das nicht völlig ausgeschlossen. Sachgerecht erscheint dies hingegen nicht.
154. In derartigen Fallgestaltungen dürften die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV in der Regel vorliegen. Es liegt im Interesse des Großkunden, einen besonders günstigen Preis zu erhalten, den der Abnehmer ohne den eingeräumten Rabatt für diesen Kunden (oder diese Kundengruppe) so nicht anbieten könnte. Im Falle eines Rahmenvertrags besteht ein weiteres, besonderes Interesse des Kunden, einen einheitlichen Vertrag mit nur einem Verhandlungspartner abzuschließen, in dem ihm aufgrund des Volumens des Gesamtauftrags ein besonders günstiger Preis angeboten wird. Dass dadurch der Wettbewerb ganz oder zum Teil ausgeschaltet würde, ist innerhalb der Marktanteilsschwellen der Vertikal-GVO nicht zu erwarten. Insbesondere können Vertragshändlersysteme nur so EU-weit in den Wettbewerb mit vertikal integrierten Unternehmen um derartige Großkundenverträge treten. Vor diesem Hintergrund ist es sachgerecht, diese Fallkonstellationen nicht als Kernbeschränkung in Art. 4 lit. b) S. 1 Vertikal-GVO zu zählen.
155. Darüber hinaus stellt sich in solchen Fallgestaltungen häufig auch das Thema der (Höchst-)Preisbindungen (vgl. dazu schon oben Kapitel 9, Rn. 79 ff.): Handelt es

sich um einen Rahmenvertrag, so ist offensichtlich, dass der Abnehmer nur zu den Konditionen (oder darunter) in den Rahmenvertrag einsteigen kann, die der Anbieter mit dem Kunden bereits verhandelt hat. Handelt es sich um einen Großkunden, mit dem nur der Abnehmer eine Vertragsbeziehung hat, für den der Anbieter dem Abnehmer einen besonders guten Preis macht, wird der Anbieter zugleich sicherstellen wollen, dass der Preisnachlass (und ggf. ein Eigenbeitrag aus der Marge des Abnehmers) auch an den Endkunden weitergegeben wird. In beiden Konstellationen ist denkbar, dass sich dieser Höchstpreis de facto wie ein Festpreis auswirkt. Der Preis für den Kunden wird nämlich häufig am unteren Ende dessen liegen, was beide Parteien gemeinsam dem Kunden als Rabatt anbieten können. Auch hier kann sich die Problematik der Höchstpreisbindung stellen. Aus den schon unter Rn. 79 ff. genannten Gründen sollte auch dieser Aspekt einer Gruppenfreistellung innerhalb der Marktanteils Grenzen nicht entgegenstehen.

14. Nachvertragliche Wettbewerbsverbote

14.1 Nachvertragliche Beschränkungen zu Lasten des Abnehmers

156. Der Grundsatz des Art. 5 Abs. 1 lit. b) Vertikal-GVO, wonach nachvertragliche Herstellungs-, Bezugs- und Vertriebsverbote zulasten des Abnehmers nicht nach der Vertikal-GVO freigestellt sind, gilt ausnahmsweise nicht, sofern die Voraussetzungen nach Art. 5 Abs. 3 lit. a)-d) kumulativ vorliegen. Im Ergebnis werden jedoch nachvertragliche Wettbewerbsverbote von der Vertikal-GVO nur in so engem Umfang zugelassen, dass die Freistellung in der Praxis der Vertragsgestaltung letztlich nicht nutzbar ist.
157. Besonders auffällig erscheint die Regelung des Art. 5 Abs. 3 lit. b) Vertikal-GVO. Danach muss sich ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot „*auf die Räumlichkeiten und Grundstücke, von denen aus der Abnehmer während der Vertragslaufzeit seine Geschäfte betrieben hat*“, beschränken.
158. Zwar mag der ursprüngliche Gedanke bei Einführung dieser Vorschrift, nämlich der Schutz des überlassenen Know-hows sowie die Vermeidung einer Irreführungsgefahr über die Kontinuität der Geschäftsbeziehung mit dem bisherigen Anbieter (*Schultze/Pautke/Wagener*, Vertikal-GVO, 4. Auflage 2019, Rn. 1029; *Ellger*, in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, 5. Auflage 2012, Art. 5 Vertikal-GVO, Rn. 30, 32), einleuchten; dennoch verfehlt die Vorschrift ihren eigentlich verfolgten Zweck: Da von „*Räumlichkeiten und Grundstücken*“ i.S.d. Art. 5 Abs. 3 lit. b) Vertikal-GVO nur Gebäude und

immobilienrechtliche Parzellen erfasst sind, jedoch keine Gebiete im Sinne von geografisch bestimmten Regionen (anders im Fall von Art. 4 lit. a) Ziff. i) Vertikal-GVO), bleibt es dem Abnehmer gestattet (*Schultze/Pautke/Wagener*, Vertikal-GVO, 4. Auflage 2019, Rn. 1029), „*ein Haus weiter ein Konkurrenzgeschäft aufzumachen und die Kunden an sich zu binden*“ (*Metzlauff*, BB 2000, 1201, 1209).

159. Eine geltungserhaltende Reduktion des sachlichen und räumlichen Umfangs von Wettbewerbsverboten wurde seitens des Bundesgerichtshofs bislang abgelehnt (vgl. etwa BGH, 10.12.2008, KZR 54/08, WuW/E DE-R 2554, 2558, Rn. 25 – *Subunternehmer II* – anders aber im Handelsvertreterkontext, vgl. Rn. 161). Damit kommt auch eine geltungserhaltende Reduktion eines umfassend für den Tätigkeitsbereich des Abnehmers vereinbarten Wettbewerbsverbots auf das Geschäftslokal des ehemaligen Anbieters nicht in Betracht (*Schultze/Pautke/Wagener*, Vertikal-GVO, 4. Auflage 2019, Rn. 1031). Damit läuft die Gruppenfreistellung für nachvertragliche Wettbewerbsverbote praktisch ins Leere.

160. Es wäre aus Sicht der Studienvereinigung sinnvoll, die Formulierung des Art. 5 Abs. 3 lit. b) Vertikal-GVO weiter zu fassen, so dass sich das nachvertragliche Wettbewerbsverbot nicht nur wie bisher auf ein bestimmtes Geschäftslokal, sondern vielmehr auf das ursprüngliche (Kern)-Tätigkeitsgebiet des ehemaligen Anbieters beziehen kann. Eine entsprechende Freistellung sollte jedenfalls dann gewährt werden, wenn nach Art und Umfang der Geschäftstätigkeit aus Kundensicht eine Kontinuität der Vertriebstätigkeit erwartet werden kann.

161. Letztendlich stehen die nachvertraglichen Wettbewerbsverbote im Falle von Handelsvertretern (auch echten, vgl. Rn. 19 der Leitlinien i.V.m Art. 1 lit. h) Vertikal-GVO) in einem gewissen Widerspruch zu den Vorschriften der Handelsvertreterrichtlinie. Diese geht in ihrem Art. 20 davon aus, dass sachlich und räumlich beschränkte Wettbewerbsverbote nachvertraglich bis zu zwei Jahren zulässig sind. Dies setzt das deutsche Recht z.B. in § 90 a) HGB um. Der BGH hat das zweijährige Wettbewerbsverbot in seiner Entscheidung vom 25.10.2012 (VII ZR 56/11; vgl. auch Entscheidung des OLG Hamburg, 27.01.2011, 3 U 260/08) ohne weiteres bestätigt und sogar eine geltungserhaltende Reduktion vorgenommen.

162. Unabhängig davon sollte aus Sicht der Studienvereinigung geklärt werden, wie das berechnete Interesse an einem zeitlich begrenzten nachvertraglichen Schutz seines Know-hows im Fall des Onlinevertriebs gewährleistet werden kann. Zudem sollte geklärt werden, was in diesem Fall das Äquivalent zu den „*Räumlichkeiten und Grundstücken*“ sein kann, für die das nachvertragliche Wettbewerbsverbot zulässig wäre, auf die es sich aber auch beschränken müsste.

14.2 Nachvertragliche Beschränkungen zu Lasten des Anbieters

163. Die Vertikal-GVO trifft neben den Regelungen zu einem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot zulasten des Abnehmers keine Aussagen darüber, in welchem Umfang nachvertragliche Beschränkungen zulasten des Anbieters zulässig sind.
164. In der Anwendung der Vertikal-GVO besteht Unklarheit, welche nachvertragliche Wettbewerbsverbote zulasten des Anbieters für welchen Zeitraum von der Gruppenfreistellung erfasst sind: Verschiedene Stimmen sehen nachvertragliche Beschränkungen zu Lasten des Anbieters nach der Vertikal-GVO nicht freigestellt. Grund hierfür soll sein, dass sie sich auf den Zeitraum nach Beendigung des Vertrages beziehen und damit nicht vom Anwendungsbereich der Vertikal-GVO erfasst sind (Art. 2 Abs.1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 lit. a); vgl. *Schultze/Pautke/Wagener*, Vertikal-GVO, 4. Auflage 2019, Rn. 21). Dagegen wird auch vertreten, dass sämtliche nachvertragliche Beschränkungen anderer Art gruppenfreigestellt seien, da ansonsten die Beschränkung in Art. 5 Vertikal-GVO auf den Abnehmer treffende Verbote keinen Sinn ergebe (*Thomas*, WuW 2010, 177,179).
165. Eine Klarstellung in den Leitlinien, in welchem Umfang nachvertragliche Beschränkungen zu Lasten des Anbieters zulässig sind, wäre daher nach Ansicht der Studienvereinigung wünschenswert. Die Studienvereinigung neigt der Ansicht zu, dass für ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot des Anbieters, aufgrund dessen ein Produkt gänzlich vom Markt genommen würde, in der Regel die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV nicht vorliegen dürften.

15. Konvergenz und Rechtssicherheit

15.1 Konvergenz zwischen der Praxis der Mitgliedstaaten

166. Der Studienvereinigung ist es vor allem vor dem Hintergrund der kartellrechtlichen Behandlung des Onlinevertriebs wichtig zu betonen, dass die Entscheidungspraxis in der Europäischen Union insgesamt noch konvergenter ausgestaltet werden sollte, etwa über eine weiter verbesserte Zusammenarbeit im ECN oder durch eine entsprechende Fallallokation.
167. Fälle, in denen die Kartellbehörden innerhalb der Europäischen Union divergierende Auffassungen bei der Bewertung derselben Themen vertreten (Beispiele: enge Bestpreisklauseln (Booking.com), Drittplattformverbote (Adidas, Asics, Coty) oder Internetvertriebsvorgaben (Stihl)), sind zu vermeiden. Praktisch alle Hersteller von Konsumgüter bieten ihre Produkte in mehreren EU-

Mitgliedstaaten an und brauchen Rechtssicherheit für ihr Vertriebssystem. Es widerspricht dem Binnenmarktgedanken, wenn eine Kartellbehörde innerhalb der Europäischen Union beispielsweise in einer Beratungspflicht durch stationäre Händler eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung sieht und deshalb für diese Praxis ein Bußgeld auferlegt (so die französische Kartellbehörde im Fall von Stihl), während andere Kartellbehörden der Europäischen Union in derselben Konstellation keinen Anlass zum Tätigwerden sehen. Derartig ungleiche Auslegungen derselben Normen schaffen rechtliche Unsicherheiten, die so nicht hinnehmbar sind.

15.2 Konvergenz mit benachbarten Regelungen

168. Im Zuge der Überarbeitungen sollte auch auf die Konvergenz zwischen den Leitlinien sowie der Vertikal-GVO und benachbarten Regelwerken, wie der Geoblocking-Verordnung oder ggf. einer künftigen Plattform-Verordnung, geachtet werden. So wäre es beispielsweise hilfreich, wenn die Leitlinien klarstellten, dass die Geoblocking-Verordnung Vereinbarungen über Beschränkungen des aktiven Verkaufs im Sinne der Vertikal-GVO unberührt lassen.
169. Auch das Eingreifen der Geoblocking-Verordnung für vertraglich vereinbarte und kartellrechtlich zulässige (weil nach Art. 101 Abs. 3 AEUV im Einzelfall freigestellte) Website-Sperren durch Anbieter ist höchstumstritten und sollte klargestellt werden. Die Geoblocking-Verordnung sollte dabei nicht über der Freistellungsmöglichkeit nach Art. 101 Abs. 3 AEUV stehen.

15.3 Maßnahmen zur Förderung der Rechtssicherheit und Aktualität

170. Weitere Maßnahmen sollten in Erwägung gezogen werden, die auf rechtssichere Handhabung für die Marktteilnehmer gerade im Bereich von neuartigen Konstellationen hinwirken. Hierzu können etwa behördliche Stellungnahmen in der Rolle als Amicus Curiae (hierzu etwa Brömmelmeyer, NZKart 2016, 2, 9; allgemein Thomas, EuR 2009, 423, 439) gehören, wobei dies voraussetzt, dass die EU-Kommission von derartigen Verfahren überhaupt erfährt. Die Möglichkeiten zur Einholung einer Feststellung der Nichtanwendbarkeit für Pionierkonstellationen in Art. 10 VO 1/2003 hat sich in der Vergangenheit aufgrund der hohen Hürden als hierfür nicht tauglich, jedenfalls nicht praxisrelevant erwiesen (zur früheren Rechtslage, die dies insbesondere nach Art. 6, Art. 15 VO 17/1962 vorsah, MüKoEuWettbR/Bardong VO Nr. 1/2003 Art. 1 Rn. 31 ff.).

171. Für solche Pionierkonstellationen – oder ansonsten häufig auftauchende Fragestellung – würde sich die Studienvereinigung eine etwas größere Bereitschaft zum bilateralen Dialog mit den Unternehmen wünschen. Ggf. könnte die Kommission bei neuartigen Fragestellungen auch im Vertikal-Bereich das Instrument der „*Frequently Asked Questions*“ einsetzen, insbesondere wenn sich solche Fragen aus neuen (anderen) Rechtsinstrumenten ergeben, die nach den neuen Leitlinien in Kraft treten.
172. An der Erstellung dieser Stellungnahme waren die folgenden Mitglieder der Studienvereinigung beteiligt: Anne Wegner, Jörg Witting (beide Koordination), Petra Linsmeier, Reto Batzel, Isabelle Innerhofer, Marco Hartmann-Rüppel, Kai-Uwe Kühn, Bettina Leupold, Sebastian Louven, Miriam Imarhiagbe, Corinna Neunzig, Peter Georg Picht, Anna Posch-Wolf, Markus Schöner, Reinhard Siegert, Vincent Stier, Jörg-Martin Schultze, Daniel von Brevern, Eckart Wagner, Susanne Wagner, Susanne Zühlke.

* * *