

Handelsverband – Verband österreichischer Handelsunternehmen:

Wenn Sie einen oder mehrere Punkte mit „sehr gering“ oder „etwas gering“ bewertet haben, erläutern Sie bitte die Gründe für Ihre Bewertung. Bitte erläutern Sie auch, ob der Mangel an Rechtssicherheit auf i) die Definition des betreffenden Bereichs in der Vertikal-GVO oder die entsprechende Beschreibung in den Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ii) deren praktische Anwendung oder iii) die allgemeine Struktur der Vertikal-GVO und/oder der Leitlinien für vertikale Beschränkungen zurückzuführen ist:

Vertikale Vereinbarungen (Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe a Vertikal-GVO sowie Randnummern 24 - 26 der Leitlinien) – Wertung (etwas gering): Anwendbarkeit der Vertikal-GVO auf Klauseln in Verträgen zwischen Intermediären und Händlern, die ihre Waren über die Plattform des Intermediärs verkaufen, ist gegenwärtig unklar. Die Vertikal-GVO ist auf das Verhältnis Hersteller / Händler – Wiederverkäufer zugeschnitten und schlecht geeignet für die für den Verkauf über Plattformen typischen Dreieckskonstellationen. Eine Anpassung der Vertikal-GVO zur Klarstellung, dass diese auch auf das beschriebene Dreiecksverhältnis Anwendung findet, wäre zu begrüßen.

Nicht gegenseitige vertikale Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern unter bestimmten Voraussetzungen (Artikel 2 Absatz 4 Vertikal-GVO sowie Rn. 27 - 28 der Leitlinien) (etwas gering): Durch die Zunahme des Direktvertriebs der Hersteller (insbesondere durch die wachsende Bedeutung des Online-Vertriebs), stehen sich Hersteller / Anbieter und Händler immer häufiger als Wettbewerber auf der Einzelhandelsebene gegenüber. Vor diesem Hintergrund wäre eine Klarstellung in Rn. 27 f. der Leitlinien zu begrüßen, dass die Freistellung gemäß Art. 2 Abs. 4 Satz 2 a) Vertikal-GVO auch dann gilt, wenn der Verkäufer zugleich Anbieter auf Großhandels- und Wettbewerber auf der Einzelhandelsebene ist.

Beschränkungen des Gebiets/der Kundengruppe (Artikel 4 Buchstabe b Vertikal-GVO sowie Rn. 50 der Leitlinien) und Ausnahmen von diesen Beschränkungen (Artikel 4 Buchstabe b Ziffern I bis iv Vertikal-GVO sowie Rn. 51 und 55 der Leitlinien) (etwas gering): Ergänzung der Leitlinien und Klarstellung, ob und, wenn ja, unter welchen Voraussetzungen Plattformverbote und das Verbot der Unterstützung von Preisvergleichsseiten aus Sicht der Europäischen Kommission eine Kernbeschränkung gemäß Art. 4b Vertikal-GVO darstellen. Klarstellung in den Leitlinien, dass Plattformverbote jedenfalls dann nicht mit Markenimage- und Service-Level-Argumenten gerechtfertigt werden können, wenn der Hersteller selbst über die Plattform Waren vertreibt oder die Plattform als autorisierten Händler zugelassen hat. Außerdem sollte der seit dem Coty-Urteil des EuGH noch einmal verstärkt diskutierte Begriff der „Luxusware“ in den Leitlinien auf der Grundlage der EuGH-Definition und mit Anwendungsbeispielen erläutert werden (vgl. EuGH, Coty, Rz 25: Waren, deren Qualität „nicht allein auf ihren materiellen Eigenschaften beruht, sondern auch auf ihrem Prestigecharakter, der ihnen eine luxuriöse Ausstrahlung verleiht, dass diese Ausstrahlung ein wesentliches Element dafür ist, dass die Verbraucher sie von anderen ähnlichen Produkten unterscheiden können, und dass daher eine Schädigung der Ausstrahlung geeignet ist, die Qualität der Waren selbst zu beeinträchtigen“.) Dabei sollte klargestellt werden, dass der Begriff der Luxusware eng auszulegen ist und ein starkes Markenimage eines höherpreisigen Markenprodukts noch nicht die Kriterien einer Luxusware erfüllt, sondern die für das Produkt typische Kaufentscheidung weitgehend losgelöst vom Preis konkurrierender Produkte gerade wegen der mit dem Produkt verbundenen Aura der Exklusivität getroffen werden muss.

Beschränkungen von Internet-Verkäufen (Rn. 52 - 54 der Leitlinien): Querverweise auf die Geoblocking-VO und zukünftige Plattform-VO in den Leitlinien zur Ermöglichung einer ganzheitlichen Anwendung und Compliance mit den für den Vertikalvertrieb geltenden Regeln. Sicherstellung der Konsistenz zwischen Geoblocking-VO und Vertikal-GVO.

Behandlung von Rabattsystemen für den Online-Vertrieb (Rz 52 der Leitlinien): In Rn. 52d stellt die Kommission fest, dass die Vereinbarung unterschiedlicher Bezugspreise für online und offline weiterverkaufte Waren eine Kernbeschränkung darstellt. Der Anbieter könne mit dem Abnehmer eine feste Gebühr vereinbaren, um dessen Offline- oder Online-Anstrengungen zu unterstützen (nicht aber eine variable Gebühr, die mit dem erzielten Offline-Umsatz steigen würde, da dies aus Sicht der

Kommission indirekt zu einem Dual-Pricing-System führen würde). Händler im stationären Vertrieb erbringen in der Regel größere Beratungs- und sonstige Serviceleistungen für den Anbieter als Online-Händler und tragen in der Regel deutlich höhere Fixkosten als Online-Händler. Um ein langsames Sterben der Ladengeschäfte zu vermeiden, ist es wichtig, dass die Leitlinien den Anbietern und Abnehmern größere Flexibilität in der Vergütung von Leistungen von Händlern einräumt. Rz 52d) der Leitlinien sieht derzeit lediglich die Möglichkeit der Vereinbarung einer fixen Gebühr zugunsten des Händlers vor. Das ist in der Praxis zu starr. Zu bevorzugen wäre eine Klarstellung in den Leitlinien, dass eine angemessene Vergütung für Offline- oder Online-Verkaufsanstrengungen des Händlers grundsätzlich zulässig ist, auch dann wenn sie zu einem stärkeren Verkauf in dem jeweiligen Channel (online oder offline) führt.

Geoblocking auf der Ebene Anbieter - Händler: Die Geoblocking-VO enthält nunmehr klare Regeln, die Beschränkungen von Endabnehmern i.Z.m dem Zugang zu Benutzeroberflächen oder Waren und Dienstleistungen oder die Diskriminierung beim Zahlungsvorgang auf der Grundlage der Staatsangehörigkeit, des Wohnsitzes oder des Ortes der Niederlassung untersagen (vgl. Art. 3 ff. Geoblocking-VO). Nicht untersagt wurden Beschränkungen des Verkaufs an Händler. Dabei verwenden gerade Markenartikelhersteller Händlern gegenüber regelmäßig territoriale Beschränkungen, mit wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen im Hinblick auf die Produktauswahl und den Preis. Derartige Beschränkungen wirken sich auch negativ auf Endabnehmer aus. Deshalb wäre es zur Sicherstellung des umfassenden markeninternen Wettbewerbs wünschenswert, die Regeln der Geoblocking-VO auch auf das Verhältnis zwischen Anbietern und Händlern auszudehnen.

Beschränkungen des aktiven oder passiven Verkaufs an Endverbraucher durch Mitglieder eines selektiven Vertriebssystems (Artikel 4 Buchstabe c Vertikal-GVO und Rn. 56 - 57 der Leitlinien): Ergänzung und Klarstellung des Zusammenspiels zwischen Rn. 56-57 der Leitlinien und der Geoblocking-VO unter anderem durch Querverweise.

Die Grundaussage der Leitlinien, dass Händlern die Möglichkeit gegeben werden sollte, ihre Waren über das Internet zu verkaufen, sollte beibehalten werden. Beschränkungen des Online- und Offline-Verkaufs müssen verhältnismäßig und nichtdiskriminierend sein. Versuche von Herstellern, den Online- oder Offline-Verkauf oder den Verkauf durch bestimmte Retail-Konzepte (zB spezialisierte Ladengeschäfte, Discounter oder Kaufhäuser) zu beschränken, sollten als Kernbeschränkung definiert werden, sofern sie nicht in einem selektiven Vertriebssystem angewendet werden und für den Vertrieb der jeweiligen Ware objektiv erforderlich sind.

Wettbewerbsverbote für eine unbestimmte Dauer oder für eine Dauer von mehr als 5 Jahren (Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe a Vertikal-GVO und Rn. 66 - 67 der Leitlinien): Wortlaut von Art. 5 Abs. 2 VertikalGVO, Rn. 67 der Leitlinien sollte dahingehend ergänzt werden, dass die Begrenzung auf fünf Jahre auch während der Laufzeit eines vom Anbieter dem Händler gewährten erheblichen Kredits oder sonstigen über die normale Anbieter-Abnehmerbeziehung deutlich hinausgehenden Anstrengungen des Anbieters nicht gilt. In diesen Konstellationen kann eben so wenig wie im Fall der Zurverfügungstellung von Räumlichkeiten und Grundstücken vom Anbieter erwartet werden, dass er den Verkauf von Konkurrenzprodukten durch den Händler ohne vorherige Genehmigung zulässt.

Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Vertikal-GVO bestimmt, dass Wettbewerbsverbote, deren Dauer sich über den Zeitraum von fünf Jahren hinaus stillschweigend verlängert als für unbestimmte Zeit abgeschlossen gelten (und damit nicht durch die Vertikal-GVO von der Anwendung von Art. 101 Abs. 1 AEUV freigestellt sind). Diese Bestimmung ist zu streng und verursacht in der Praxis einen unnötigen administrativen Aufwand. Es sollte ausreichen, dass ein auf unbestimmte Zeit geschlossenes Wettbewerbsverbot jederzeit mit einer Kündigungsfrist von einem Jahr gekündigt werden kann. Der Handelsverband schlägt vor, Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Vertikal-GVO entsprechend anzupassen.

Voraussetzungen für den Entzug und die Nichtanwendung der Gruppenfreistellung (Artikel 6 Vertikal-GVO und Rn. 74 - 85 der Leitlinien): Uns ist kein Fall bekannt, in der die Freistellung der Vertikal-GVO für parallel angewendete gleichartige beschränkende Vereinbarungen, die mehr als 50% des relevanten Marktes abdecken, von der Europäischen Kommission oder einer nationalen Wettbewerbsbehörde entzogen wurde. Dabei besteht in der Praxis ein erhebliches Bedürfnis nach einer stärkeren Überprüfung insbesondere von selektiven Vertriebssystemen von Markenartikelherstellern und ihren kumulativen Marktwirkungen durch die Europäische Kommission und die nationalen Wettbewerbsbehörden. Der Handelsverband spricht sich daher dafür aus, dass die Europäische Kommission parallelen Netzen gleichartiger vertikaler Beschränkungen – insbesondere parallelen

selektiven Vertriebssystemen von Markenartikeln – die Freistellung entzieht. Das wäre mit dem Sinn und Zweck der Vertikal-GVO im Einklang, nur diejenigen vertikalen Vereinbarungen von der Anwendung des Art. 101 Abs. 1 AEUV auszunehmen, bei denen mit ausreichender Sicherheit davon ausgegangen werden kann, dass sie im Regelfall keine wettbewerbsbeschränkende Wirkung entfalten. Davon kann aber bei parallelen selektiven Vertriebssystemen von Markenartikelherstellern, die mehr als 50% des relevanten Marktes abdecken, gerade nicht ausgegangen werden. Entsprechend ist die Privilegierung durch die Vertikal-GVO in derartigen Fällen mit dem Zweck der Vertikal-GVO nicht zu vereinbaren.

Markenzwang (Rn. 129- 150 der Leitlinien): Die Definition des unvermeidlichen Handelspartners bzw. der unvermeidlichen Handelsware („must-stock item“) in Rn. 132 sollte beibehalten werden. Rn. 140 ist angesichts der Zunahme des Direktvertriebs, insbesondere über Online-Shops, nicht mehr aktuell und sollten angepasst werden. Rn. 140 geht davon aus, dass Markenzwang bei Endprodukten in der Regel eine Abschottungswirkung auf der Einzelhandelsebene verursacht, weil Hersteller für den Direktvertrieb an Endverbraucher eine Verkaufsstätte einrichten und deshalb erhebliche Marktzutrittschranken überwinden müssten. Über den Online-Vertrieb sind Hersteller in der Lage, ihre eigenen Produkte mit deutlich niedrigerem Aufwand abzusetzen. Die wachsende Bedeutung des Direktvertriebs von Markenartikeln zeigt dies deutlich. Vertriebt ein Hersteller seine Produkte gleichzeitig online, sind Abschottungswirkungen von Vereinbarungen mit Markenzwang jedenfalls unwahrscheinlich. Das sollte in den Leitlinien klargestellt werden.

Alleinvertrieb (Rn. 151 -167 der Leitlinien): Das Beispiel in Rn. 156 erscheint eher realitätsfern. Supermarktketten im Lebensmitteleinzelhandel haben bei international vertriebenen Markenprodukten und insbesondere bei „must have“-Produkten in der Regel keine Nachfragemacht. Alleinvertriebsvereinbarungen des Lebensmitteleinzelhandels im Zusammenhang mit weniger bekannten Marken und no name-Produkten verursachen in aller Regel keine Abschottungseffekte, sofern – was regelmäßig der Fall sein wird – Wettbewerbsprodukte weiterhin verfügbar sind.

Selektiver Vertrieb (Rn. 174- 188 der Leitlinien): Die Leitlinien führen in Rn. 175 aus, dass selektive Vertriebsvereinbarungen nur dann nicht unter Art. 101 Abs. 1 AEUV fallen, wenn (1) die Beschaffenheit des Produkts einen selektiven Vertrieb bedingen (zur Gewährleistung der Qualität und des richtigen Gebrauchs des Produktes), (2) die Wiederverkäufer aufgrund objektiver Kriterien qualitativer Art ausgewählt werden, die einheitlich festzulegen, allen potentiellen Wiederverkäufern zur Verfügung zu stellen und unterschiedslos anzuwenden sind und (3) nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist („Metro-Kriterien“). Der Handelsverband stimmt diesen Kriterien zu. Der selektive Vertrieb sollte die Ausnahme bleiben und selektive Vertriebssysteme in Bezug auf die Einhaltung der Metro-Kriterien kritisch überprüft werden. In der Praxis greifen Markenartikelhersteller verstärkt auf ausdifferenzierte selektive Vertriebssysteme zurück, die letztlich der Preisregulierung auf der nachgelagerten Marktstufe dienen (Bsp.: Channelling). Daher wäre es hilfreich, wenn die Europäische Kommission in den Leitlinien stärker hervorheben könnte, dass selektive Vertriebssysteme nur im Rahmen der Metro-Kriterien von Art. 101 Abs. 1 AEUV freigestellt sind und sonst einer Rechtsfertigung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV bedürfen und dass dies nicht nur für die Frage gilt, ob die Waren einen selektiven Vertrieb erfordern, sondern auch dafür, wie dieser ausgestaltet sein muss.

Channelling wird im Rahmen selektiver Vertriebssysteme häufig dazu genutzt, preisaggressive Händler vom Bezug von Premium-Artikeln des Markenartikelherstellers auszuschließen und den Wiederverkaufspreis für diese Produkte zu stützen. In diesem Fall wirkt sich Channelling negativ auf den Preiswettbewerb auf der nachgelagerten Marktstufe aus. Rn. 178 und Rn. 48 der Leitlinien sollten klarstellen, dass Channelling in diesen Fällen als Preisbindung der zweiten Hand und damit als Kernbeschränkung gemäß Art. 4a Vertikal-GVO gewertet werden wird. Händler befinden sich Markenartikelherstellern gegenüber häufig in der Situation, dass die Kriterien für die Aufnahme in das selektive Vertriebssystem oder eine bestimmte Kategorie innerhalb des selektiven Vertriebssystems nicht objektiv und transparent gehandhabt werden. Die Leitlinien sollten in Rn. 175 ff. klarstellen, dass die Kriterien für die Aufnahme in das selektive Vertriebssystem des Händlers und die Kategorisierung innerhalb des selektiven Vertriebssystems transparent zu handhaben und den Händlern in der jeweils aktuellsten Fassung unaufgefordert zur Verfügung zu stellen sind. Damit auch abgelehnte Händler feststellen können, ob die Kriterien objektiv und diskriminierungsfrei gehandhabt werden, sollte der Hersteller verpflichtet sein, den Abnehmern die Kriterien bereits bei einer Anfrage auf Aufnahme in das selektive Vertriebssystem in der jeweils aktuellen Fassung zur Verfügung zu stellen. Auch eine Registrierungspflicht selektiver Vertriebssysteme wäre zu begrüßen und würde der Europäischen Kommission und den nationalen Behörden die Identifikation von Märkten erleichtern, die zu mehr als 50% von parallelen Netzen selektiver Vertriebssysteme betroffen sind.

In Rn. 178 der Leitlinien führt die Kommission aus, dass ein erheblicher Verlust an markeninternem Wettbewerb, der mögliche Ausschluss bestimmter Kategorien von Händlern vom Markt und ein erhöhtes Risiko von Kollusion zwischen den größten Anbietern zu erwarten sind, wenn die meisten großen Anbieter eines Produkts ihre Waren selektiv verkaufen. Entsprechend sieht Art. 6 Vertikal-GVO die Möglichkeit vor, dass die Europäische Kommission und die mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden die Freistellung für selektive Vertriebssysteme entziehen, die mehr als 50% des relevanten Marktes abdecken. Das ist im Einklang mit der Wertung der Vertikal-GVO, die lediglich Vertikalvereinbarungen von der Anwendung des Art. 101 Abs. 1 AEUV ausnehmen möchte, bei denen mit ausreichender Sicherheit davon ausgegangen werden kann, dass sie im Regelfall keine wettbewerbsbeschränkende Wirkung entfalten. Davon kann bei parallelen selektiven Vertriebssystemen, die mehr als die Hälfte des Marktes abdecken, gerade nicht ausgegangen werden, weshalb diese Fallgruppe nicht für eine Freistellung von der Vertikal-GVO geeignet ist. Die Vertikal-GVO und die Leitlinien sollten so angepasst werden, dass klargestellt wird, dass die Vertikal-GVO in dieser Situation keine Anwendung findet und ihre Privilegierung nicht erst entzogen werden muss. Zu berücksichtigen ist auch, dass bisher von der Europäischen Kommission in keinem einzigen bekannten Fall die Freistellung entzogen wurde. Die Änderung der Vertikal-GVO und Klarstellung in den Leitlinien, dass die Vertikal-GVO in derartigen Fällen keine Anwendung findet, würde auch das mit der mangelnden Durchsetzung verbundene Rechtsschutzdefizit beenden.