
POSITION

GRUPPENFREISTELLUNGSVERORDNUNG FÜR VERTIKALE VEREINBARUNGEN

SYSTEMATISCHE ÜBERLEGUNGEN

Öffentliche Anhörung Vertikal-GVO

Die produzierenden Mitglieder des Markenverbandes beziehen Rohstoffe und/oder Vorprodukte und vertreiben ihre eigenen Erzeugnisse zu einem erheblichen Teil über dritte Parteien (Händler). Ein erheblicher Teil unserer Mitglieder verwendet dabei Vertriebssysteme wie solche des selektiven Vertriebs. Kartellrechtliche Regelungen, die sich auf vertikale Vereinbarungen beziehen, sind daher von hoher Bedeutung für unsere Mitglieder

I. Vorbemerkungen

Der Fragebogen zur öffentlichen Anhörung ist außerordentlich umfangreich und weist die Erörterung von systematischen Zusammenhängen der Beantwortung von Einzelfragen zu. Dabei sind die Einzelfragen wesentlich von der Struktur und dem Inhalt der gegenwärtigen Vertikal-GVO bestimmt. Aus Sicht des Markenverbandes stellen sich jedoch bezüglich der Neufassung der Vertikal-GVO eine Reihe von Grundsatzfragen, die sich besser und verständlicher in systematischer Form darstellen lassen. Wie das Grünbuch von 1997 eine Grundsatzdiskussion eröffnete, die zum Erlass der VO 2790/99 führte, sollte der Neufassung der Vertikal-GVO auch heute eine wettbewerbsökonomische Überprüfung der sogenannten „Beschränkungen“ in vertikalen Austauschverträgen vorausgehen.

1. Konstruktion des Kartellverbots

Bezüglich des Kartellverbots nach Art. 85 Abs. 1 EWGV war zunächst unklar, ob sich dessen Tatbestand nur auf horizontale Wettbewerbsbeschränkungen beziehen oder auch Beschränkungen im Vertikalbereich erfassen sollte. In der Grundsatzentscheidung des EuGHs „Grundig/Consten“ aus dem Jahre 1964 wurde die Erstreckung in den Vertikalbereich anerkannt. Seither ist sie zwar nicht mehr grundsätzlich infrage gestellt. Dennoch ist anerkannt, dass die Auswirkungen vertikaler Beschränkungen auf den Wettbewerb nicht so gefährlich und so gravierend sind, wie horizontale Beschränkungen.¹ Ökonomen, wie z. B. der frühere Chefökonom der Europäischen Kommission Kai-

¹ Vgl. statt aller, EAGCP-Papier „Hardcore Restrictions under the Block Exemption Regulation on vertical agreements 2009; im Internet abrufbar unter http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/hardcore_restrictions_under_BER.pdf.

Uwe Kühn, zweifeln sogar grundsätzlich daran, dass vertikale Vereinbarungen als Wettbewerbsbeschränkungen angesehen werden können.

Auch wenn man rechtlich bei der Erstreckung des Kartellverbots in den Vertikalbereich bleibt, so stellt sich seit der Grundig/Consten-Entscheidung des Jahres 1964 im europäischen Kartellrecht die Frage, wie man mit dem Problem umzugehen hat, dass eine einzige Generalklausel für sehr unterschiedliche Tatbestände der Wettbewerbsbeschränkung zur Anwendung kommt und dabei auch für unterschiedliche Tatbestände gleiche Rechtsfolgen festlegt. Diese Situation führt zwingend zur Beschränkung der Reichweite der Generalklausel im Vertikalbereich. Andernfalls wäre das EU-Kartellrecht im Vertikalbereich unnötig restriktiv.

Insbesondere würde das Kartellverbot des Art. 101 Abs.1 AEUV ohne Zurücknahme seines Anwendungsbereichs mit Blick auf die Grundrechte der betroffenen Unternehmer einer Überprüfung am Maßstab des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und der über Art. 6 Abs. 1 EU-Vertrag zum festen Bestandteil des Unionsrechts deklarierten Grundrechtscharta nicht standhalten. Wenn ein Unternehmer als Anbieter von Waren eine Auswahl unter seinen Abnehmer trifft und wenn er danach auch noch die Abgabe und den Weiterverkauf dieser Waren mit Bedingungen verknüpft, dann macht er von seinem Grundrecht auf Eigentum Gebrauch, das durch Art. 17 der Grundrechtscharta der europäischen Union geschützt ist.² Wenn er darüber hinaus mit seinen Handelspartnern Gebietsabsprachen trifft, Konditionen gewährt oder zurückhält, Alleinvertriebs-, Alleinbezugs-, Vertriebsbindungs- oder Franchiseverträge abschließt, dann macht er nicht nur selbst von seinen Grundrechten auf Berufsfreiheit und unternehmerische Freiheit nach Art. 15 und 16 der Grundrechtscharta der EU Gebrauch,³ sondern dasselbe gilt auch spiegelbildlich für seinen Geschäftspartner.

Leider fehlt es im EU-Kartellrecht an der eigentlich gebotenen systematischen und durchgängigen Begrenzung des Kartellverbots im Vertikalbereich. Anstelle dessen existieren Ausnahmetatbestände, die entweder im AEUV angelegt oder nach und nach auf unterschiedlichen Ebenen geschaffen worden sind. So wurde zunächst der Tatbestand der Einzelfreistellung des Art. 85 Abs. 3 EWGV durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur immanenten Wettbewerbsbeschränkung bei Austauschverträgen bzw. zur kartellrechtlichen Unbeachtlichkeit von notwendigen Nebenabreden ergänzt. Da auch das nicht ausreichte, reagierte die Kommission auf der Grundlage der VO 19/65 mit einer Reihe von Gruppenfreistellungsverordnungen.

Die beiden Vertikal-GVOs 2790/99 und 330/10 haben diese Entwicklung fortgeschrieben und die früheren bereichs- oder formspezifischen Gruppenfreistellungsverordnungen durch eine allgemeine Schirm-GVO ersetzt. Diese Entwicklung ist konsequent und folgerichtig: Mit Blick auf das Ausgangsproblem der Ungleichgewichtigkeit des Kartellverbots im Horizontal- und Vertikalbereich

² Vgl. EuGH v. 29.03.2012, C-1/11, Slg. 2012, I-194, Rn 43 – Interseroh Scrap m.w. Nw.; EuGH v., 12.05.2005, C-347/03, Slg. 2005, I-3820, Rn 119 – Regione autonoma; EuGH v. 14.05.1974, RS 4/73, Slg. 1974, I-492 – Nold/Komm., Rn 14.

³ Die Grundrechte der Berufsfreiheit und der unternehmerischen Freiheit sind miteinander verzahnt. Sie fallen oft mit dem Eigentumsschutz zusammen, vgl. EuGH v. 30.06.2016, Rs C-134/15 – Lidl/Freistaat Sachsen, Rn 26 – 31; EuGH v. 06.09.2012, C-544/10, Slg. 2012, I-526, Rn44 f – Deutsches Weintor; EuGH v. 29.03.2012, C-1/11, Slg. 2012, I-194, Rn 43 – Interseroh Scrap; EuGH v. 09.09.2004, C-184/02 u. C-223/02, Slg. 2004, I-7829, Rn 51 – Finnland und Spanien/ Rat und Parlament; EuGH v. 13.12.1979, Rs. 44/79, Slg. 1979, I-3720, Rn 31 – Hauer.

gibt es keine Zweifel an der Richtigkeit und Angemessenheit eines allgemeinen und weit gefassten Ausnahmetatbestandes, wie ihn die Vertikal-GVO darstellt.

Eine Notwendigkeit zu einer breiten Schirm-GVO im Vertikalbereich besteht erst recht mit Blick auf die unscharfen Konturen der Rechtsprechung des EuGHs zu den Tatbeständen der Nichtanwendung des Kartellverbots, wozu die beiden Entscheidungen „Pierre Fabre“⁴ und „Coty“⁵ zum Selektivvertrieb ein gutes Beispiel bieten. Aber auch die Möglichkeit der Einzelfreistellung bietet keine wirkliche Entlastung, weil ihre Tatbestandsvoraussetzungen mit der Einbindung des Verbrauchernutzens zu eng gefasst sind und weil die Unternehmen mit der Beweislast für teilweise hochkomplexe wirtschaftliche Zusammenhänge überfordert sind. Ohne Vertikal-GVO wäre das System des EU-Kartellrechts in einer problematischen Schieflage und unverhältnismäßig restriktiv. Die Option des Verzichts auf eine Verlängerung der Vertikal-GVO besteht schon aus Rechtsgründen so lange nicht, wie es bei der gegenwärtigen normativen Konstruktion des Art. 101 Abs.1 AEUV bleibt.

2. Vertikale Beschränkungen und (sachfremder) Einfluss des Binnenmarktziels

Das Grünbuch der Kommission aus dem Jahre 1997 beschäftigt sich mit einer Reihe von typischen vertikalen Beschränkungen in Vertriebssystemen und untersucht insbesondere deren potentiell wettbewerbsfördernden und wettbewerbshindernden Aspekte:

- Räumliche Beschränkungen (Gebietsschutz)
- Bezugsverpflichtungen
- Verkaufsverpflichtungen
- Wettbewerbsverbote
- Beschränkungen des Abnehmerkreises
-
- Alleinvertriebsvereinbarungen
- Alleinbezugsvereinbarungen
- Franchisesysteme
- Selektive Vertriebssysteme

Hierbei ist lediglich die Preisbindung der zweiten Hand unerörtert geblieben. Zugleich hat sich die Untersuchung auf die wettbewerbsökonomischen Konsequenzen der vorgenannten Praktiken in den vier unterschiedlichen Vertragssystemen beschränkt. Was dabei das Grünbuch auszeichnet, ist der klare methodische Ansatz: Vertikale Beschränkungen werden in ihren Auswirkungen auf den Wettbewerb zwischen Unternehmen untersucht. Wettbewerbsfremde Themen finden im Grünbuch keinen oder nur wenig Platz. So wurde die Thematik der Verschränkung von Kartellverbot und Binnenmarktziel in einem Sonderkapitel eher knapp, sehr abstrakt und ohne ökonomische Grunddaten erörtert.⁶

⁴ U. v.13.10.2011 – C-439/09.

⁵ U. v. 06.12.2017 – C-230/16.

⁶ Unter der Überschrift „Vertikale Beschränkungen und Binnenmarkt“ widmet sich das Grünbuch der Binnenmarktintegration lediglich unter den Randnummern 71-79. Die Thematik wird wie folgt eingeführt:

Vor diesem Hintergrund fällt auf, dass die Initiale zur Ausdehnung des Kartellverbots in den Vertikalbereich, die Grundig/Consten-Entscheidung des Jahres 1964, einen umgekehrten Ansatz verfolgte. Denn sie beschäftigte sich letztlich nicht mit einem typischen Problem vertikaler Beschränkungen. Sie betrachtete vielmehr die Zwei-Marken-Strategie von Grundig und die dadurch bewirkten Auswirkungen auf die Absatzmärkte für Grundig-Produkte in Deutschland und Frankreich als eine Störung des Wettbewerbs im gemeinsamen Markt:

*„Da die streitige Vereinbarung darauf abzielt, den französischen Markt für Grundig-Erzeugnisse abzuriegeln und **innerhalb der Gemeinschaft** getrennte nationale Märkte für Erzeugnisse einer weit verbreiteten Marke künstlich aufrechtzuerhalten, verfälscht sie den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes.“⁷*

Wie aber schon die erste Gruppenfreistellungsverordnung Nr. 67/67 anerkennt, sind Gebietsaufteilungen im Vertikalverhältnis keineswegs a priori als Wettbewerbsstörung zu bewerten. Ein zweites Grundproblem des EU-Kartellrechts liegt vor diesem Hintergrund darin, dass hiermit unterschiedliche Ziele auf unterschiedlicher Ebene verfolgt werden; auf der einen Seite die Sicherung eines unverfälschten Wettbewerbs und auf der anderen Seite die Verfolgung des Binnenmarktziels. Ein übergeordnetes Konzept zum Verhältnis beider Ziele unter einer Verbotsnorm fehlt bis heute. Dies führt dazu, dass viel zu häufig zwischen Wettbewerbsschutz und Binnenmarktziel schon gar nicht mehr unterschieden wird. In einer neuen Vertikal-GVO sollte die Unterschiedlichkeit dieser Ziele deutlich zum Ausdruck kommen. Das eröffnet dann einen neuen und angemesseneren Blick auf die angeblichen „Kernbeschränkungen“ im Vertikalbereich.

3. Aktive und passive Verkäufe

Die Problematik der doppelten Zweckverfolgung im EU-Kartellrecht tritt bei Exklusivabreden zutage. Während Gebiets- oder Kundenaufteilungen unter Wettbewerbern fraglos als Hardcorekartell anzusehen sind, sind sie in vertikalen Austauschverträgen eher unproblematisch. Im Rahmen von Exklusivverhältnissen sind sie sogar ausgesprochen sinnvoll und notwendig, weil sie erhebliche Effizienzvorteile generieren. Dennoch werden auch im Vertriebskartellrecht Gebietsbeschränkungen oder Kundenaufteilungen oft unreflektiert unter einfacher Transponierung von Wertungen des Horizontalbereichs als „Hardcore“-Beschränkungen angesehen. Dabei erweist sich bei näherer

70. Der laufende Integrationsprozess im Binnenmarkt verleiht der Analyse vertikaler Beschränkungen eine zusätzliche Dimension. Das Binnenmarktprogramm ging seinerzeit auf die Überzeugung zurück, daß das Nichtzustandekommen eines großen einheitlichen Marktes die europäische Wirtschaft mit Millionenbeträgen an unnötigen Kosten und verlorenen Gelegenheiten belastet (nicht umsonst trug der Cecchini-Bericht auch den Titel "Die Kosten des Nicht-Europas" (18)). Die seit Inkrafttreten des EWG-Vertrags 1958 unternommenen Bemühungen hatten bis Mitte 1980 noch nicht ausgereicht, um den potentiellen Nutzen einer vollständigen ökonomischen Integration der Mitgliedstaaten voll zu erschließen. Nach den nunmehr im Zuge des Binnenmarktprogramms ergriffenen Maßnahmen zur Beseitigung der bestehenden Hindernisse für den freien Verkehr von Waren, Dienstleistungen und Produktionsfaktoren ist noch immer festzustellen, daß es weiterer Anstrengungen bedarf, um den größtmöglichen Integrationsgrad zu erreichen. Dies ist umso wichtiger, als ein erfolgreicher Binnenmarkt - mit den Größen- und Diversifizierungsvorteilen (Skalen- und Verbundeffekte), die er den europäischen Unternehmen bietet, und einem effektiven Wettbewerb - als Fundament für eine starke Wettbewerbsstellung im Rahmen der ständig zunehmenden Globalisierung und weltweiten Konkurrenz zu gelten hat.

⁷ EuGH Slg. 1964, 325, 391 – Hervorhebung nur hier.

Betrachtung, dass die Beanstandung vor allem territorialer Beschränkungen letztlich meist nicht wettbewerbsökonomisch, sondern vorrangig integrationspolitisch motiviert ist.

Diesen Zielkonflikt hat die Kommission seit der Verordnung 67/67 praktikabel im Sinne einer Ausnahmeregel für Exklusivverhältnisse gelöst. Daraus hat sich im nächsten Schritt die praktikable Abgrenzung zwischen aktiven und passiven Verkäufen entwickelt. Offen geblieben ist jedoch die Frage, ob und inwieweit diese Abgrenzung außerhalb von Exklusivabreden trägt. Dieser Frage hat sich die Kommission bislang systematisch nicht gestellt. Für den Bereich des Online-Handels wird sie übertragen zur Anwendung gebracht und für den Bereich des Selektivvertriebs generell ausgeschlossen. Der Geoblocking-Verordnung liegt sie konzeptionell zugrunde.

Fragen nach der Abgrenzung von Vertriebsgebieten oder Kunden stellen sich in der vertrieblichen Praxis ständig. Sie ergeben sich dann, wenn aufgrund regionaler Unterschiede oder aufgrund historisch gewachsener Strukturen kein homogenes Vertriebsmodell verfolgt werden kann oder wenn der Lieferant auf die Bedeutung und Marktmacht von Großkunden mit der Einrichtung von internationalen Key Accounts reagieren muss. Insbesondere kleinere und mittlere Unternehmen sind häufig zur Verfolgung eines einheitlichen Vertriebsmodells nicht in der Lage und müssen mit einem vertraglichen Flickenteppich unterschiedlicher Vertriebsmodelle operieren. Das zwingt sie unweigerlich in Gebiets- und Kundenabgrenzungen. Vor dem Hintergrund eines drohenden Kartellverstoßes wegen (künstlicher?) Markabschottung hat sich in der Praxis die Unterscheidung von aktiven und passiven Verkäufen bewährt und zum universellen, vielfältig einsetzbaren Organisationsmodell in disparaten Vertriebsverhältnissen entwickelt. Dies muss in einer Neufassung der schwarzen Klauseln, soweit sie sich mit einer Gebietsbeschränkung oder einer Kundenaufteilung beschäftigen, Berücksichtigung finden. Hier geht es nicht nur um Exklusivvereinbarungen.

4. Konstruktion der Vertikal-GVO

Die beiden Verordnungen 2790/99 und 330/10 gehen auf das Grünbuch der Kommission von 1997 zurück. Treiber des Grünbuchs war generell der „more economic approach“ auf der Grundlage der Lehren der Chicagoer Schule.

„Die ökonomische Analyse vertikaler Beschränkungen war in der Vergangenheit Gegenstand hitziger Debatten zwischen Wirtschaftswissenschaftlern. Nachdem sie lange Zeit als möglicherweise wettbewerbsfeindlich eingestuft wurden, hatte sich Anfang der 80er-Jahre ein Umschwung zu der allgemeinen Ansicht ergeben, dass sie unschädlich für den Wettbewerb seien (Chicagoer Schule). Zurzeit ist ein neuer Konsens im Entstehen; die Ökonomen nehmen vorsichtigere wettbewerbspolitische Bewertungen vertikaler Beschränkungen vor und sind weniger zu umfassenden Verallgemeinerungen bereit. Vertikale Beschränkungen lassen sich nicht per se als förderlich für den Wettbewerb betrachten. Ein Gesichtspunkt sticht besonders hervor. In der heutigen Wirtschaftswissenschaft wird die Bedeutung der Marktstruktur für den Wettbewerbseffekt vertikaler Beschränkungen betont. Je heftiger der Wettbewerb zwischen einzelnen Marken, desto wahrscheinlicher ist es, dass die wettbewerbsverschärfenden und Effizienz fördernden

Auswirkungen vertikaler Beschränkungen deren etwaige wettbewerbshemmende Auswirkungen wettmachen. Anders liegt der Fall, wenn der Wettbewerb zwischen Marken schwach ist und erhebliche Zutrittsschranken bestehen.“⁸

Diese Feststellungen legen eigentlich eine Gruppenfreistellung nahe, die sich an der jeweiligen Marktstruktur orientiert. Das ginge jedoch zulasten der Rechtssicherheit. Ganz offenkundig im Interesse der Rechtssicherheit gehen die bisherigen Vertikal-GVOs den Weg einer von der jeweiligen Marktstruktur unabhängigen Generalisierung. Das führt in eine zweifach starre Mechanik des –

- Zugangs in die Gruppenfreistellung über eine feste Marktanteilsschwelle;
- Ausschlusses aus der Gruppenfreistellung über einen Katalog schwarzer Klauseln.

In der Rückschau auf eine nunmehr fast 20jährige Geltung sind die beiden Vertikal-GVOs als Erfolgsgeschichte zu bewerten. Die Verständlichkeit und Transparenz des Grundmodells hat zu einer schnellen Verbreitung der Kenntnisse über die Vertikal-GVOs und zu einer allgemeinen Orientierung an ihren Rahmen geführt. Dabei hat sich zunächst gerade der unterschiedslose Ansatz beider Verordnungen unabhängig vom Charakter der jeweils betroffenen Produkte, Dienstleistungen oder Märkte als vorteilhaft erwiesen.

In Anbetracht eines ganzen Bündels neuer Entwicklungen (dazu gleich unter Ziffer 8) ist heute allerdings das Bedürfnis nach einer Flexibilisierung unabweisbar. Es sollte in einer Neufassung der GVO Berücksichtigung finden. Ziel muss es dabei sein, die Vorteile der Transparenz und Klarheit für eine Vielzahl unproblematischer Anwendungsfälle zu bewahren und zugleich Raum für Einzelfalllösungen dort zu schaffen, wo die bisher starren Mechanismen zu falschen Ergebnissen führen. Hierfür kommen grundsätzlich vier unterschiedliche Optionen in Betracht:

- I. Erhöhung der Marktanteilsschwelle
- II. Verzicht auf eine Marktanteilsschwelle und Ersetzung durch eine Missbrauchskontrolle
- III. Umstellung der schwarzen Klauseln auf eine Einzelfallprüfung von grauen Klauseln
- IV. Kombination von grauen Klauseln und Missbrauchskontrolle

5. Bedeutung des Interbrand-Wettbewerbs

Das vorstehende Zitat aus dem Grünbuch von 1997 weist auf eine Sonderrolle des Interbrand-Wettbewerbs zur Beurteilung von Marktstrukturen hin. Je heftiger der Wettbewerb zwischen einzelnen Marken, umso eher ist von funktionierenden Märkten auszugehen.

Diese Sonderrolle wird heute nicht mehr beachtet. Vermutlich liegt das daran, dass es für die beiden Vertikal-GVOs auf die Beurteilung von Marktstrukturen im Einzelfall nicht mehr ankam und dass keine streitigen Gerichtsentscheidungen zu Einzelfreistellungen ergangen sind. Umso mehr sollte heute die Chance genutzt werden, im Vorfeld einer erneuten Novellierung der Vertikal-GVO die Ansätze des Grünbuchs aufzugreifen und die Frage zu stellen, ob und wie sie nicht noch anders und besser in eine Gruppenfreistellung einfließen können.

⁸ Grünbuch Rn. 54.

Vor dem Hintergrund einer solchen Aufgabenstellung ist die erneute Auseinandersetzung mit der Ökonomie des Interbrand-Wettbewerbs⁹ unverzichtbar. Hier sind bislang eine Reihe von Faktoren unberücksichtigt geblieben, die dem Interbrand-Wettbewerb – jedenfalls im Bereich des Verbrauchsgütervertriebs – eine Sonderrolle zuweisen:

- I. Die Intensität des Interbrand-Wettbewerbs ist ein Schlüssel zur Beurteilung des Funktionierens oder Nicht-Funktionierens von Produktmärkten.
- II. Im globalen Angebotswettbewerb wird das Profil der Europäischen Union von weltbekannten Herstellermarken geprägt ¹⁰
- III. Der Interbrand-Wettbewerb ist ein wichtiges Instrument der Effizienzsteigerung, da er die Suchkosten für die Verbraucher drastisch herabsetzt.
- IV. Der Interbrand-Wettbewerb ist ein wichtiges Instrument zur Förderung des Binnenmarktziels im Verbrauchsgütersektor, da die Verbraucher ohne Vertrauen in Marken zum Auslandseinkauf nicht oder kaum bereit wären.
- V. Der Interbrand-Wettbewerb ist das zentrale Instrument zur Organisation und Förderung des Produktabsatzes im Internet:
 - a. ohne Marken wären Suchmaschinen funktionslos
 - b. ohne Marken gäbe es keine schnellen Preisvergleiche
 - c. ohne Marken ließe sich die Transparenz und Intensität des Preiswettbewerbs im Internet nicht vorstellen.

6. Monopolrechte des geistigen Eigentums

Rechte des geistigen Eigentums sind entweder in Produkten verankert (technische Schutzrechte) oder kommen in Werbematerialien (Markenrechte und Urheberrechte) zur Nutzung. Die Nutzung geistiger Eigentumsrechte des Lieferanten durch die Abnehmer im Vertrieb nimmt ständig zu; einerseits, weil die Wahrnehmungsforschung neue Erkenntnisse darüber vermittelt hat, wie wichtig die kohärente Kundenkommunikation für die Wertschätzung von Produkt und Marke beim Empfänger ist und andererseits, weil sich im digitalen Raum völlig neue Werbemöglichkeiten eröffnen, für die regelmäßig urheberrechtlich geschützte Inhalte zum Einsatz kommen.

Rechte des geistigen Eigentums sind jedoch teilweise geografisch oder zeitlich beschränkt und wirken sich schon in dieser Form auf wesentliche Umstände des Vertriebs aus. Zudem erlaubt der Charakter eines Eigentumsrechts dem Inhaber die zersplitterte Nutzungsgestattung an Dritte, was sich im Bereich des geistigen Eigentums als Lizenzerteilung darstellt. Insofern wirken sich entweder explizite

⁹ Vgl. exemplarisch Desai/Waller, The Competitive Significance of Brands, in CPI Antitrust Chronicle July 2014 (2).

¹⁰ Nach den jüngsten Eurostat-Zahlen vom 17. April 2019 liegt der Anteil der EU 28 am Welthandel bei 15,2 %. Von den EU-Exporten nehmen dabei zwar Fahrzeuge und der Maschinenbau mit 42,2 % den größten Anteil ein. Aber auch diese Branchen, deren Geschäft sich teilweise auf den B2B-Bereich beschränkt, sind markengetrieben. Neben die Fahrzeuge und den Maschinenbau treten auf Weltmarktniveau die Luxusgüter, die nach einer Studie der Universität St. Gallen mit einem Anteil von 10 % an den europäischen Gesamtexporten zu Buche schlagen und eine Quote von ca. 71 % des globalen Marktes abdecken (Institut für Betriebswirtschaft, Das Geschäft mit Luxusgütern Geschichte, Märkte, Management 2013). Industriepolitisch muss die EU im globalen Rahmen an ihrer Markenwirtschaft ein besonderes Interesse haben.

zusätzliche Lizenzvereinbarungen (vor allem in Franchiseverträgen) direkt auf den Vertrieb aus oder sie wirken implizit auf Nutzungsbeschränkungen im Vertrieb ein.

Das Verhältnis von Kartellrecht und geistigen Eigentumsrechten ist nicht abschließend geklärt, wird aber seit langem nicht mehr diskutiert. Schon das Grünbuch hat die Frage des Verhältnisses von vertikalen Beschränkungen und den Rechten des geistigen Eigentums ausgeklammert. Die Vertikal-GVO 330/10 enthält in Artikel 2 Abs. 3 lediglich eine Aussage zu ihrer Reichweite und eine Abgrenzung gegenüber reinen Verträgen zur Übertragung oder Überlassung von geistigem Eigentum.¹¹

Vor diesem Hintergrund regt der Markenverband an, sich im Vorfeld einer Neufassung der Vertikal-GVO und vor allem ihrer schwarzen Klauseln erneut mit diesem Verhältnis zu beschäftigen. Vor allem das Markenrecht ist dabei als eine Schranke des Kartellverbots zu beachten. Das folgt einmal aus der zuvor schon angesprochenen Bedeutung des Markenwettbewerbs für den Wettbewerb überhaupt und zum anderen aus dem Charakter des Markenrechts als Monopolrecht.

Für das Verhältnis von Markenschutz und Wettbewerb enthält die HAG II-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs aus dem Jahre 1990 grundlegende Aussagen

„Was das Warenzeichenrecht angeht, ist festzustellen, dass dieses Recht ein wesentlicher Bestandteil des Systems eines unverfälschten Wettbewerbs ist, das der Vertrag schaffen und erhalten will. In einem solchen System müssen die Unternehmen in der Lage sein, die Kundschaft durch die Qualität ihrer Erzeugnisse oder Dienstleistungen an sich zu binden, was nur möglich ist, wenn es Kennzeichen gibt, mit deren Hilfe sich diese Erzeugnisse oder Dienstleistungen identifizieren lassen. Damit das Warenzeichenrecht diese Aufgabe erfüllen kann, muss es die Gewähr dafür bieten, dass alle Erzeugnisse, die mit ihm versehen sind, unter der Kontrolle eines einzigen Unternehmens hergestellt worden sind, das für ihre Qualität verantwortlich gemacht werden kann.“¹²

Vertriebssysteme, die wie der Selektivvertrieb oder Franchiseverträge zentral auf die Markennutzung und Markenförderung des Abnehmers gerichtet sind, sind vor diesem Hintergrund in ihren „restriktiven“ Elementen aus der Qualitätskontrolle des Lieferanten und Markeninhabers legitimiert. An dieser Stelle kommt HAG II-Rechtsprechung des EuGHs mit der jüngsten Coty-Entscheidung¹³ zusammen. Überall, wo Vertriebs- und Werbebeschränkungen des Händlers auf den Schutz des Markenimages des Lieferanten gerichtet sind, rechtfertigen sie sich als legitime Qualitätskriterien zur Förderung und zum Erhalt dieses rechtlich anerkannten und geschützten Markenimages.

Noch schärfer sind die rechtlichen Konsequenzen mit Blick auf das Monopolrecht des Markeninhabers. Vor dem Hintergrund des Konflikts zwischen Territorialität und Warenverkehrsfreiheit entwickelte der EuGH hier im Rahmen des früheren Art. 36 Abs. 2 EWGV die

¹¹ Auch die Leitlinien Nr. 31-33 beschränken sich auf diese Thematik.

¹² EuGH v. 17.10.1990, C-10/89, Hag-II, Rn 13. Das ist seither ständige Rechtsprechung des Gerichtshofs; vgl. EuGH v. 22.06.1994, C-9/93 – IHT, Rn 37 und 45; EuGH v. 11.11.1997, C-349/95 – Loendersloot/Ballantine, Rn 22; EuGH v. 11.07.1996, C-427/93, C-429/93, C-436/93 – Bristol Myers Squibb, Rn 43; EuGH v. 23.10.1999, C-63/97 – BMW/Deenik, Rn 82; EuGH v. 18.06.02, C-299/09 – Philips, Rn 30; EuGH v. 12.11.2002, C-206/01 – Arsenal Football Club, Rn 47; EuGH v. 23.05.2005, C-228/03 – Gillette, Rn 25; EuGH v. 30.11.2009 – Peak Holding, Rn 38; EuGH v. 06.10.2015, C-500/14 – Ford Motor Co./Wheeltrim, Rn 43.

¹³ U. v. 6.12.2017, C-230/16.

Unterscheidung zwischen dem spezifischen Gegenstand und der Ausübung der gewerblichen Schutzrechte. Den spezifischen Gegenstand des Markenrechts bestimmte er ebenfalls in der HAG II-Entscheidung wie folgt:

„Wie der Gerichtshof wiederholt festgestellt hat, besteht der spezifische Gegenstand des Warenzeichenrechts folglich insbesondere darin, dass seinem Inhaber das Recht verliehen wird, das Warenzeichen beim erstmaligen Inverkehrbringen eines Erzeugnisses zu benutzen, und dass er dadurch vor Konkurrenten geschützt wird, die die Stellung und den Ruf des Warenzeichens durch den Vertrieb widerrechtlich mit diesem Zeichen versehener Erzeugnisse zu missbrauchen suchen. Für die Bestimmung der genauen Reichweite dieses ausschließlichen Rechts des Warenzeicheninhabers ist die Hauptfunktion des Warenzeichens zu berücksichtigen, die darin besteht dem Verbraucher die Ursprungsidentität des gekennzeichneten Erzeugnisses zu garantieren, indem sie es ihm ermöglicht, dieses Erzeugnis ohne Verwechslungsgefahr von Erzeugnissen anderer Herkunft zu unterscheiden.“¹⁴

Wenn das **Erstvertriebsrecht** des Markeninhabers in dieser Weise mit der Garantie der Ursprungsidentität verknüpft ist – die wiederum vor allem den Schutz des Verbrauchers vor Verwechslungen im Blick hat -, dann muss dieses **Erstvertriebsrecht** auch im Rahmen des Art. 101 AEUV Beachtung finden. Der Hersteller ist in der Auswahl seiner Vertriebswege völlig frei. Er allein bestimmt darüber, wann, wo, durch wen, an wen und in welcher Menge seine Markenware erstmals in den Verkehr gebracht wird.

Dazu beruft sich der Markenverband auf die Schlussanträge des Generalanwalts Wahl im Coty-Verfahren, der Wirkungsmechanismus des Markenrechts als Kartellrechtsschranke wie folgt beschreibt:

88. Ferner liefe eine Auslegung des Urteils vom 13. Oktober 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:649), nach der ein selektives Vertriebssystem, das die Wahrung des Luxusimages der betreffenden Waren bezweckt, künftig nicht mehr von dem Verbot nach Art. 101 Abs. 1 AEUV ausgenommen werden kann, den auf dem Gebiet des geistigen Eigentums vorgegebenen Orientierungslinien, insbesondere der im Kontext des Markenrechts entwickelten Rechtsprechung, zuwider.

89. So hat der Gerichtshof im Urteil vom 23. April 2009, Copad (C-59/08, EU:C:2009:260), den Händler im selektiven Vertriebssystem mit einem Lizenznehmer verglichen und anerkannt, dass sich beide in der Situation des Inverkehrbringens durch Dritte mit Zustimmung des Markeninhabers befinden. Dies hat zur Folge, dass das Kartellverbot in Fällen keine Anwendung finden dürfte, in denen Maßnahmen des Herstellers/Markeninhabers gegenüber

¹⁴ EuGH v. 17.10.1990, C-10/89, Hag-II, Rn 14. Das wurde bereits vorher so gesehen und ist seither ständige Rechtsprechung des Gerichtshofs; vgl. EuGH v. 31.10.1974, RS 16/74 – Centrafarm /Winthrop, Rn 8; EuGH v. 23.05.1978, RS 102/72 – Hoffman la Roche, Rn 7; EuGH v. 03.12.1981, RS 1/81 – Pfizer, Rn 7; EuGH v. 12.10.1990 – C-397/97 – Upjohn/Paranova, Rn 15; EuGH v. 11.07.1996, C-427/93; C-429/93, C-436/93 – Bristol Myers Squibb, Rn 31 und 42; EuGH v. 11.07.1996, C-71 bis C73/94 – Eurim Pharm, Rn 30.

dem autorisierten Händler letztlich lediglich die Ausübung des Rechts des ersten Inverkehrbringens darstellen.¹⁵

7. Diskriminierung des Selektivvertriebs

Der Katalog der schwarzen Klauseln in Art. 4 Vertikal-GVO enthält mit den Regelungen unter Art. 4 c) und 4 d) Sonderbestimmungen für den Selektivvertrieb. Im Funktionszusammenhang der schwarzen Klauseln verbindet sich damit ein normativer Ansatz dahin, dass selektive Vertriebssysteme im Unterschied zu Franchisesystemen, Exklusivvertrieb, Alleinvertrieb, Alleinbezug, Direktvertrieb, Handelsvertreter- oder Kommissionsgeschäften und einem rechtlich unstrukturierten ad-hoc Verkauf an jedermann ein besonderes Gefahrenpotential für den Wettbewerb aufweisen, welches es erforderlich macht dem Selektivvertrieb zusätzliche Beschränkungen aufzuerlegen, bei deren Nichteinhaltung der Entzug der Gruppenfreistellung droht.

Der Markenverband fordert die ersatzlose Streichung dieser Sondertatbestände.

a) Kein empirischer Beleg

Weder das Grünbuch noch die Erwägungsgründe oder sonstigen Materialien zur Vertikal-GVO enthalten Hinweise auf empirische Daten zu einem besonderen wettbewerblichen Schädigungspotential des Selektivvertriebs. Ohne ökonomische Grunddaten sind jedoch so weitreichende Eingriffe in die wirtschaftliche Handlungsfreiheit und Vertragsfreiheit der Beteiligten, wie sie den Artt. 4 c) und 4 d) Vertikal-GVO folgen, unverhältnismäßig.

b) Fallpraxis

Allerdings weist der Selektivvertrieb ein Missbrauchspotential auf. Marktstarke Anbieter, das zeigt die Fallpraxis der Kommission wie zuletzt im Fall Guess, können über den Selektivvertrieb ungleichgewichtige Absatzsysteme etablieren, in denen die Händlerinvestitionen in die Bekanntheit und Unterstützung der Marke vor allem dem Anbieter zufließen. Ein solches Missbrauchspotential existiert jedoch auch bei anderen Vertriebsmodellen, insbesondere im Franchiserecht. Ihm muss auf andere Weise begegnet werden.

c) Ökonomische Rechtfertigung des Selektivvertriebs

Das Fehlen von empirischen Daten zu einer angenommenen Schädlichkeit des Selektivvertriebs erstaunt nicht. Denn der Selektivvertrieb ist hocheffizient und für den wichtigen inter-brand Wettbewerb unverzichtbar. Es ist ein im Kartellrecht weitgehend unbeachtetes Faktum, dass selektive Vertriebssysteme ausschließlich für Markenwaren zum Einsatz kommen, weil nur die Sogkraft der Marke einen Händler dazu veranlasst, sich den besonderen Investitionszwängen in ausgebildetes Personal, gute Standorte, gute Geschäftsausstattung, die Vorhaltung eines after-sales Service und die Lagerhaltung eines Vollsortiments zu stellen.

Mit diesen Investitionszwängen vollzieht sich der Markenwettbewerb auf zwei Ebenen; der Ebene der Händlernachfrage und der Ebene der Verbrauchernachfrage. Er ist deshalb besonders scharf und führt

¹⁵ Anträge vom 26.07.2017 im Verfahren c-230/16, Rn 88 und 89.

zur Ausbildung von verbrauchernahen, differenzierten und qualitativ hochwertigen Warensortimenten, die sich zudem durch ständige Innovationen auszeichnen. Damit bietet der Markenwettbewerb im Organisationsmodell des Selektivvertriebs eine Alternative zum Massenmarkt, der sich in Gestalt von Me-Too-Produkten und Look-Alikes unter den Handelsmarken überdies noch ständig aus den erfolgreichen Wettbewerbsvorstößen des selektiven Markenwettbewerbs¹⁶ bedient.

d) Widerspruch zur METRO-Rechtsprechung

In rechtlicher Hinsicht sind die Tatbestände des Art. 4 c) und 4 d) Vertikal-GVO ein konstruktiver Fehlgriff. Sie führen dort zu logischen Brüchen, wo ein Vertriebsbinder die METRO-Kriterien einhält, aber die Vorgaben des Art. 4 c) oder Art. 4 d) Vertikal-GVO verletzt. Einem solchen Vertriebsbinder müsste man auf der einen Seite einen Hardcore-Verstoß entgegenhalten und ihm auf der anderen Seite mitteilen, dass er sich im Einklang mit dem Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV bewegt.

e) Widerspruch zum Begriff der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung

Nach seinem Wortlaut zielt der Begriff der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung auf eine Orientierung an subjektiven Merkmalen. Danach wäre eine Wettbewerbsbeschränkung deshalb besonders vorwerfbar, weil sie mit Absicht herbeigeführt wird. Wenn dies ursprünglich einmal eine Rolle gespielt hat, so ist das jedenfalls überholt. Mit einer Serie von Entscheidungen zum Begriff der „bezweckten Wettbewerbsbeschränkung“¹⁷ hat der EuGH dieses Kernelement des EU-Kartellrechts rein objektiv ausgefüllt.

Da der Katalog der schwarzen Klauseln in Art. 4 Vertikal-GVO im Eingangstext über den Begriff der „bezweckten Wettbewerbsbeschränkung“ miteinander verknüpft ist und da man aus systematischen Gründen¹⁸ davon ausgehen muss, dass der Begriff der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung in Art. 4 Vertikal-GVO hinter allen schwarzen Klauseln steht, müssen auch die Tatbestände des Art. 4 c) und Art. 4 d) einer Überprüfung an Maßstab dieses Begriffes standhalten.

Das ist nicht der Fall. Es ist nicht ersichtlich, warum zum Beispiel notwendige Werbevorgaben des Vertriebsbinders, die problemlos unter den Begriff des „aktiven Verkaufs“ in Art. 4 c) Vertikal-GVO so schädliche Auswirkungen auf den Wettbewerb haben sollen, dass sie kategorisch zu verbieten sind. Tatsächlich sind sie effizienzfördernd, da sie sicherstellen, dass den Verbraucher die Markenbotschaft des Herstellers unverfälscht erreicht. Das wiederum erleichtert dem Verbraucher die Kaufentscheidung und stellt die Funktionalität seiner Schiedsrichterrolle im Wettbewerb sicher. Ähnliches gilt für die Regelung zu den Querlieferungen im Selektivvertrieb unter Art. 4 d) GVO. Hier

¹⁶ Damit soll nicht gesagt sein, dass ein effektiver Markenwettbewerb nur unter den Bedingungen des Selektivvertriebs möglich ist. In Deutschland, wo die Marktstruktur des Lebensmittelhandels einen Selektivvertrieb von Lebensmitteln nicht zulässt, vollzieht sich ein ähnlich scharfer Markenwettbewerb vor allem gegenüber der nachgelagerten Handelsstufe.

¹⁷ EuGH U.v. 13.12.2012, C-226/11 – Expedia, Rn 35-36; U.v. 14.03.2013, C-32/11 – Allianz Hungaria, Rn 35; EuGH U.v. 11.09.2014, C-67/13 P – Carte Bancaire, Rn 49-52; U.v. 19.03.2015, C-286/13 – Dole Food, Rn 116; U.v. 26.11.2015, C-345/14 – SIA „Maxima Latvija“, Rn 18-20.

¹⁸ Die schwarzen Klauseln für zum Verlust der Gruppenfreistellung und müssen deshalb notwendig Wettbewerbsbeschränkungen erfassen, die ein gleiches Gewicht haben, wie die bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen im Bereich des Art. 101 AEUV, wo sie eine Überprüfung der Wirkungen entbehrlich machen.

ist nicht ersichtlich, wieso zum Beispiel Vorgaben des Vertriebsbinders zur – unter den METRO-Kriterien notwendigen – Kontrolle des Gesamtsystems oder warum Bonussysteme, die mit guten wirtschaftlichen Gründen nur Einzelhandelsleistungen des autorisierten Händlers belohnen, aus wettbewerbsökonomischer Sicht schädlich sind.

f) Indienstnahme für das Binnenmarktziel

Bei näherer Betrachtung liegt die ratio legis der Tatbestände unter den Artikeln 4 c) und 4 d) Vertikal-GVO in der Indienstnahme des Selektivvertriebs zur Förderung des Binnenmarktziels. Dieser Ansatz war vor dem Hintergrund einer zulässigen Verkaufsbeschränkung auf die autorisierte Absatzstätte und einem zulässigen Ausschluss des Versandhandels in den Zeiten vor der Jahrtausendwende nachvollziehbar. Denn rein stationären selektiven Systemen wohnt tatsächlich eine Tendenz zu Lokalisierung und Zersplitterung inne, die dem Binnenmarktziel zuwiderlaufen kann.

Mit dem Aufkommen des Onlinehandels und der Anerkennung einer Verkaufsseite als eigene autorisierungsfähige Absatzstätte im Selektivvertrieb, hat sich die Notwendigkeit kompensatorischer Eingriffe in den Selektivvertrieb zur Förderung des Binnenmarktziels jedoch erledigt. Hier stellt sich inzwischen, genauso wie in allen anderen Vertriebssystemen auch, nur noch die Frage nach der Zulässigkeit regionaler Gebietsabgrenzungen und dem möglichen Einsatz der Unterscheidung von aktiven und passiven Verkäufen.

8. Marktentwicklungen

Die im Grünbuch von 1997 beschriebenen Trends haben sich fortgesetzt und verstärkt. Zugleich hat die digitale Revolution grundlegende Umwälzungen in der europäischen Vertriebslandschaft nach sich gezogen, von denen Deutschland zurzeit am stärksten betroffen ist.

a) Handelsseitige Marktkonsolidierung

Abgesehen vom Bereich der Sportartikel und Sportbekleidung ist der Angebotsmarkt von Verbrauchsgütern in Europa nach wie vor durch zahlreiche kleine und mittlere Unternehmen geprägt. Auf Handelsseite hat sich dagegen der Konsolidierungsprozess, der schon im Grünbuch Erwähnung findet, weiter fortgesetzt und verstärkt. Dies gilt in Deutschland für die Bereiche Mode und Kleidung, Sport, Unterhaltungselektronik, Lebensmittel und Möbel. So ist in Deutschland kürzlich das Problem der Marktkonzentration im Lebensmittel-Einzelhandel in das Bewusstsein breiter Bevölkerungskreise gedrungen, als ein Verkauf der Kaisers-Supermärkte an Wettbewerber unmöglich war, weil hierfür nur noch die marktbeherrschenden Unternehmen EDEKA und REWE in Betracht kamen.

Ebenfalls in Deutschland gut zu beobachten sind die wettbewerblichen Parameter dieses Konzentrationsprozesses: er wird eingeleitet durch eine Konzentration des Wettbewerbs auf den Preiswettbewerb, dem kleine und mittlere Händler nicht mehr standhalten können. Die dadurch gewonnene zusätzliche Nachfragemacht wird gegen die Hersteller zur Durchsetzung besserer Konditionen und Preise eingesetzt. Die Generierung und den Austausch von Marktdaten beflügelt. Dieser Austausch ermöglicht den Marktbeteiligten die Entwicklung und Umsetzung kooperativer

Vertriebsformen, wie sie früher nicht vorstellbar waren, wie z. B. die Lagerlogistik eines Herstellers für den Handel oder das Category Management.

Die vertikale Integration löst traditionelle Rollenbilder und starre Funktionsaufteilungen auf und führt sie in einen Prozess des permanenten Austausches unter permanenter Funktionsverschiebung und Funktionsverschränkung zwischen Herstellern, Handel und den immer bedeutsameren Plattformen, Dienstleistern und Intermediären. Insofern ist es z. B. in der Sektoruntersuchung Online-Handel beschriebene Phänomen der Eröffnung und des Betriebs von Hersteller-Onlineshops oder der ständige Zuwachs von Handelsmarken auf dem Verbrauchsgütermarkt nur ein äußeres Zeichen für einen sehr tiefergehenden Integrationsprozesse. Diese führt zur Ausbildung von Unternehmensstrukturen, die sich überhaupt nicht mehr irgendeinem Lager zuordnen lassen. Bestes Beispiel ist das Unternehmen Amazon, das seine Geschäfte als Online-Buchhändler aufnahm, dann die Handelstätigkeit in alle Branchen ausdehnte, sie um einen Plattformbetrieb unter gleicher Marke ergänzte und inzwischen sowohl im Filmgeschäft als auch im Verbrauchsgütermarkt als Anbieter tätig ist.

9. Duale Vertriebssysteme

Die Vertikale Integration bringt es mit sich, dass die klassische Rollenverteilung zwischen Hersteller und Handel mehr und mehr verschwindet. An ihre Stelle treten Austauschbeziehungen zwischen Unternehmen, die – je nach Produkt und Markt – auf beiden Seiten aktiv sind. Dieser Sachlage werden die Regelungen unter Art. 2 Abs. 4 a) und b) Vertikal-GVO nicht mehr gerecht. Zwar besteht bei Öffnung dieser Tatbestände ein unbestreitbares Kollusionsrisiko in dem Sinne, dass es unter der Deckmantel einer vertikalen Austauschbeziehung zu einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung unter Wettbewerbern kommt.

Der Markenverband kommt gleichwohl in der Abwägung zwischen diesem Kollusionsrisiko und den Folgen eines weitgehenden Ausschlusses der Anwendbarkeit der Vertikal-GVO zu der Auffassung, dass hier trotz der vertikalen Integration der Zugang zur Vertikal-GVO erhalten bleiben muss. Art. 2 Abs. 4 a) und b) sollten in der Weise neu gefasst werden, dass diese Norm unabhängig von einem Wettbewerbsverhältnis auf der gleichen oder nachgelagerten Vertriebsstufe bezüglich anderer Produkte den Zugang zur Vertikal-GVO für Austauschverhältnisse eröffnet, die für sich genommen auf einen Warenaustausch im Verhältnis Lieferant/Abnehmer gerichtet sind. Der Kollusionsgefahr ist durch andere Maßnahmen (dazu gleich unter 11) zu begegnen.

10. Onlinehandel

Ende der 1990er Jahre war absehbar, dass das Internet sich auch zum Vertrieb von Waren und Dienstleistungen nutzen lässt. Nicht absehbar waren die Geschäftsmodelle, die die digitale Revolution inzwischen hervorgebracht hat. Deren wesentliches Merkmal ist heute noch die ständige Veränderung. Kein erfolgreiches Unternehmen der Digitalwirtschaft bleibt allein bei seinem ursprünglichen Geschäftsmodell.

Ebenfalls nicht absehbar war das Entstehen und die ständige Ausdehnung amerikanischer Marktführer, die inzwischen weltweit, also auch in der EU, die Infrastruktur der Digitalwirtschaft bereitstellen.

- Google ist die marktbeherrschende Suchmaschine¹⁹
- Amazon ist die marktbeherrschende Verkaufsplattform für Neuwaren²⁰
- Ebay ist die marktbeherrschende Verkaufsplattform für Gebrauchtwaren²¹
- Twitter ist der marktführende Kurznachrichtendienst
- Facebook dominiert die sozialen Medien
- Apple ist einer der beiden marktführenden Anbieter von Smartphones und Tablets
- Microsoft ist der marktführende Anbieter von PC-Verwaltungsprogrammen

Sichtbarstes Zeichen dieser Dominanz ist der ständige Ausbau der Geschäftsfelder dieser Unternehmen und das Eindringen in andere Märkte.²² Google ist zwar mit seinem weltweiten Buchprojekt gescheitert, hat sich aber in zahlreiche weitere Geschäftsfelder ausgedehnt. So ist Google mit „Google Maps“ und „Street View“ der führende Kartenanbieter im Internet, mit „Youtube“ der führende Portalbetreiber für den Austausch von Musik und Videos und mit „Android“ der Anbieter des nach Nutzerzahlen führenden Betriebssystems für Smartphones. Mit „Chrome“ bietet Google einen eigenen Browser an, mit „Nest“ engagiert sich Google in der Haustechnik, mit „NEXUS“ im Bereich der Hardware, mit „Fiber“ im Bereich der TK-Infrastrukturen und mit Google-Car auf dem Automobilsektor.²³ Zugleich ist gerade in Deutschland ist eine große Zahl von Internet Start-Ups von Google abhängig.²⁴ Amazon hat mit dem „Kindle“ den elektronischen Buchmarkt sowohl entwickelt als auch unter seine Kontrolle gebracht; das Unternehmen strebt jetzt ins Verlagsgeschäft und ist mit seinen „AWS Amazon Webservices“ einer der führenden Anbieter von Cloud Computing Unterstützungsleistungen für Internet-Start-Ups.²⁵ Facebook verknüpft über „What’s App“ soziale Medien und Telekommunikationsdienstleistungen wie Kurznachrichtendienste und Internettelefonie

¹⁹ Nach Angaben von Statista.com liegt in Deutschland der Marktanteil von Google bei den Suchmaschinen inzwischen (2016) bei 94,52%; im Internet abrufbar unter <http://de.statista.com/statistik/daten/studie/167841/umfrage/marktanteile-ausgewaehlter-suchmaschinen-in-deutschland/>.

²⁰ Nach einer im Juni 2016 veröffentlichten Marktuntersuchung des Bundesverbandes Online-Handel BVOH wird die Top-100-Liste der europäischen Verkaufsplattformen von den folgenden 10 Anbietern/Webadressen angeführt: amazon.de, amazon.co.uk; ebay.de; ebay.co.uk; allegro.pl; amazon.fr.; deboncoin.fr; amazon.it, ebay-kleinanzeigen.de, amazon.es. Im Internet abrufbar unter <http://www.bvoh.de/ranking-335-marktplaetze-in-ganz-europa-online-ist-vielfalt/>.

²¹ Das gilt jedenfalls im Vergleich zu Amazon und aus deutscher Perspektive. Die auf www.ebay.de unter „Unser Unternehmen“ veröffentlichten Informationen sind unklar. Nach den Angaben des Jahres 2014 verfügte Ebay seinerzeit in Deutschland über 5,4 Mio private Anbieterkonten, denen lediglich 175.000 gewerbliche Anbieterkonten gegenüberstanden. Das lässt auf eine Dominanz des Ebay-Handels mit Gebrauchtwaren in Deutschland schließen. Nach den im Februar 2016 in dieser Rubrik veröffentlichten Informationen soll jedoch weltweit der Anteil der über Ebay gehandelten Neuware 79 % betragen haben.

²² Darauf weist das 68. Sondergutachten der Monopolkommission „Wettbewerbspolitik – Herausforderung Digitale Märkte“ ausdrücklich hin; vgl. ebenda in der Kurzfassung unter K 6 und der Langfassung unter Rn 22 ff.

²³ Vgl. Sondergutachten der Monopolkommission Rn 23.

²⁴ Vgl. exemplarisch den offenen Brief von Matthias Döpfner „Lieber Eric Schmidt in FAZ v. 16.04.2014, den Steingart-Artikel „Unsere Waffen im digitalen Freiheitskampf“ in FAZ v. 23.06.2014 oder den Scharrer-Artikel „Wer kann Google noch Paroli bieten?“ in FAZ v. 13.10.2013.

²⁵ So Jeff Bezos im Vorwort zum Amazon Inc. Annual Report 2014.

und beherrscht mit „Instagram“ den digitalen Markt des Foto- und Videoaustauschs. Apple, ein klassischer Hardwareanbieter, kontrolliert über seine Software „iOS“ den Zugang zum Markt der mobilen Softwareanwendungen, gibt ihm mit „App“ seinen Namen und etabliert mit FaceTime einen weltweit kostenlos Internet-Telefondienst. Ebay hat sich mit Paypal bei den Bezahlungssystemen an Spitze setzen können, dringt über Skype in den Telekommunikationsmarkt ein und beherrscht mit Mobile.de den deutschen Gebrauchtwagenmarkt.²⁶ Microsoft hat in den letzten 15 Jahren seine Konkurrenten vom Markt verdrängt und ist bei Office-Programmen der weltweit einzige Anbieter. Die Internetunternehmen werden auch zukünftig in neue Geschäftsfelder wie Finanzdienstleistungen und Automobilherstellung vordringen.

Inzwischen beschäftigt sich die Europäische Union mit den gesellschaftlichen Gefahren und Schäden der Digitalwirtschaft. Die Datenschutzgrundverordnung ist ein erster Schritt und eine Neufassung der E-Commerce-Richtlinie wird hoffentlich folgen. In der Fusionskontrolle hat der Erwerb von What's App durch Facebook ein Nachdenken über die Datenmacht als relevantes Kriterium der Marktbeherrschung ausgelöst und die sowohl von der Kommission als auch von Bundeskartellamt eröffneten Verfahren deuten an, dass eventuell auch die kartellrechtliche Missbrauchskontrolle gegen bestimmte Geschäftsmodelle und Geschäftspraktiken in der Digitalwirtschaft mobilisiert werden kann.

Leider kommen diese Maßnahmen sehr spät und sie kommen hoffentlich nicht zu spät. Denn der normative Rahmen vor allem des Onlinehandels war lange Zeit vom *laissez faire* geprägt. Die E-Commerce Richtlinie schuf – zu Lasten der IP-getriebenen Industrien in der EU – einen weitreichenden Privilegierungsrahmen, der von den Gerichten – allen voran der deutsche Bundesgerichtshof – eher ausgedehnt als eingeschränkt wurde.

Vor diesen Entwicklungen darf das EU-Kartellrecht auch im Vertikalbereich die Augen nicht verschließen. Der Verzicht auf Regelungen für den Onlinehandel in der Vertikal-GVO war Ende der 1990er Jahre eine kluge Entscheidung. Bereits die Vertikal-GVO 330/10 hätte jedoch selbst Grundregeln für den Onlinehandel formulieren müssen. Die Verarbeitung in den Leitlinien hat, wie die Konflikte zwischen Kommission und Bundeskartellamt zum Thema „Plattformverbot“ zeigen, letztlich nicht die normative Bindungswirkung und Vorhersehbarkeit erzeugt, die die europäische Wirtschaft dringend braucht.

Was allerdings das bisherige normative Konzept zur Beurteilung des Onlinehandels angeht, war es vielleicht von Vorteil, dass es nur die Leitlinien bestimmte. Es ist einfach nicht sachgerecht und nicht in der Lage eine Richtung auch dann zu weisen, wenn sich neue Sachfragen stellen. Der Onlinehandel ist als passiver Vertrieb in der Leitlinie Nr. 52 der Vertikal-GVO sowohl falsch als auch unbrauchbar beschrieben. Diese Einordnung muss aufgeben und durch einen sachnäheren normativen Ansatz ersetzt werden. Denn es liegt gerade in der Natur des Onlinehandels, dass Werbung und Vertrieb miteinander verschmelzen, weil es ohne Werbung (aktive Verkäufe) keinen Vertrieb gibt.

Genauso fragwürdig und angreifbar ist die Aussage in Ziffer 52 der Leitlinien, dass es prinzipiell jedem Händler erlaubt sein muss, das Internet für den Verkauf von Produkten zu nutzen. Nimmt man das

²⁶ Apple drängt gleichermaßen mit Face Time in den Telefonmarkt.

Erstvertriebsrecht des Markeninhabers ernst, so trifft er und nicht der Händler die Auswahlentscheidung über den produktadäquaten Vertriebskanal. Zwar ist es durchaus möglich, dass heute ein Hersteller, der sowohl für sich als auch für seine Abnehmer das Internet als Vertriebskanal ausschließt, keine Abnehmer mehr findet. Aber auch die Freiheit zu Fehlentscheidungen muss geschützt und geachtet werden, wenn die EU nicht zum Raum einer Internet-Planwirtschaft verkommen will. Der unbestritten positive Beitrag des Onlinehandels zur Förderung des Binnenmarktziels hat gegenwärtig zu einer Zwangsjacke geführt, aus der vor allem die IP-getriebenen Industrien befreit werden müssen.

Fragt man nun nach dem normativen Ersatz für die unzutreffende Einordnung des Onlinehandels als passiver Vertrieb und den herausgehobenen Schutz des einen Vertriebskanals „Online“, so weisen die Ergebnisse der Sektoruntersuchung der Kommission den Weg. Der Onlinehandel ist ein Vertriebskanal mit völlig neuen Wettbewerbsbedingungen. Seine hohe Technizität wirkt sich als Zugangsschwelle für kleine und mittlere Anbieter aus und der Wettbewerb beschränkt sich auf den Preiswettbewerb, was zu einer verschärften Marktkonsolidierung auf Handelsseite führt. Vor diesem Hintergrund gibt es sowohl auf Handels- wie auf Herstellerseite legitime Gründe zur Beschränkung dieses Vertriebskanals; einerseits um dem Qualitäts- und Innovationswettbewerb auf Herstellerseite weiterhin gegenüber dem Verbraucher sichtbar zu machen und andererseits, um den – mindestens in Deutschland – bedrohten stationären Handel zu erhalten.

Die Kommission sollte auf diese neue Situation auf zwei Ebenen reagieren: (1) In der Vertikal-GVO selbst sollte es einen neuen Mißbrauchstatbestand geben, der es ermöglicht, in einem offenen normativen Rahmen auf Ungleichgewichtigkeiten und Wettbewerbsverzerrungen zuzugreifen, die sich aus der Marktmacht der großen Internet-Dienstleistungsunternehmen im Verhältnis zu ihren Nutzern ergeben. (2) In den Leitlinien sollte die Qualifizierung des Onlinehandels als passiver Vertrieb ersatzlos gestrichen werden. Vom Ansatz her sollte es jedem Hersteller freistehen, über die Nutzung dieses Vertriebskanals selbst zu entscheiden. Das hätte zur Folge, dass auch die zusätzlichen Schutzvorgaben für den Onlinehandel zu streichen sind, die sich rechtlich als hoheitliche Eingriffe in den Wettbewerb darstellen; einerseits die sachfremde Gleichstellung von Offline- und Onlinervertrieb und andererseits das Verbot einer Kontingentierung von online- und offline Umsätzen.

11. Die Flexibilisierung der Vertikal-GVO 2022 als Antwort

a) Abschaffung der Marktanteilsschwelle

Im Grünbuch ist festgestellt, dass die Beurteilung von vertikalen Beschränkungen wesentlich von der Marktstruktur und den jeweiligen Wettbewerbsbedingungen abhängt. Diese Feststellung steht mit einer fixen Marktanteilsschwelle nicht in Einklang. Diese Schwelle bereitet den Unternehmen auch zunehmend Schwierigkeiten. Einerseits wird sie in konsolidierten Märkten schnell überschritten und andererseits stehen oft die notwendigen Zahlen nicht zur Verfügung.²⁷ Hier hilft letztlich auch eine

²⁷ Aus diesem Grund ist z.B. das Verfahren *Coty vs. Akzente* immer noch nicht abgeschlossen, weil sich die Parteien nunmehr im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens vor dem Bundesgerichtshof um die Feststellungen zur Marktanteilsschwelle streiten.

höhere Marktanteilsschwelle nicht. Sie ist ersatzlos zu streichen. Denn die Erfahrungen nach 20 Jahren Vertikal-GVO sind so gut, dass negative Effekte auch bei anderen Marktanteilen der Beteiligten nicht zu befürchten sind. Auch die Erfahrungen aus dem deutschen Kartellrecht, das bis 2005 im Vertikalbereich nur ein Preisbindungsverbot und eine Missbrauchsaufsicht kannte, weisen in diese Richtung.

b) Ersetzung durch eine Missbrauchsklausel

An die Stelle der Marktanteilsschwelle sollte ein allgemeines Verbot des Missbrauchs von Marktmacht treten. Damit wäre die Kommission in der Lage, die Defizite des viel zu starren Art. 102 AEUV zu kompensieren und insbesondere auf die sich ständig verändernden Verhältnisse und Geschäftsmodelle in der Digitalwirtschaft flexibel zu reagieren.

c) Abschaffung der schwarzen Klauseln

Die derzeitigen schwarzen Klauseln halten einer Überprüfung am Begriff der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung nicht stand. Je nach Markt und Produkt kann sogar eine beschränkte Preisbindung vorrangig effizienzfördernd wirken.

d) Ersetzung durch graue Klauseln

Die derzeitigen schwarzen Klauseln sind deshalb in graue Klauseln zu überführen, wobei das Verbot an die Marktstrukturen und den Begriff der bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen anknüpft. Weiter sind sie durch Beispielstatbestände für typische Missbrauchskonstellationen zu ergänzen.

Anhang I:

Zur Fragestellung: Relevanz (Sind Maßnahmen der EU weiterhin erforderlich?)

Auflistung rechtlicher Problemfelder bei unveränderter Fortgeltung der heutigen Vertikal-GVO und Vertikal-LL

- Erstreckung des generalklauselartigen Kartellverbots in den Vertikalbereich
- Unzureichende Zurücknahme des Verbots über die Bereichsausnahmen, die Gruppenfreistellung und Einzelfreistellung
- Fehlen eines durchgängigen rechtlichen Konzepts zur Beurteilung vertikaler Beschränkungen; insbesondere unklarer und sachfremder Einfluss des Binnenmarktziels
- Unzureichende Berücksichtigung von rechtlichen Freiräumen aufgrund der Rechte des geistigen Eigentums
- Marktanteilsschwelle der Vertikal-GVO zu niedrig und im Einzelfall schwer zu bestimmen
- Zu enge Fassung der Einzelfreistellung nach Art. 103 (1) AEUV
- Schematische Anwendung der schwarzen Klauseln wird der unterschiedlichen Relevanz und potentiellen Schädlichkeit der davon erfassten Verhaltensweisen in unterschiedlichen Märkten nicht gerecht
- Keine Konsistenz zum Begriff der „bezweckten Wettbewerbsbeschränkung“
- Zu weitgehendes Verbot in Art. 4 a ohne ökonomische Rechtfertigung insbesondere bei Mindestpreisen für Angebote (Minimum Advertised Prices) und fortbestehende Unklarheiten im Begriff der Vereinbarung und der Abgrenzung zwischen Preisbindung und Preiskommunikation
- Sonderbehandlung des Selektivvertriebs in den schwarzen Klauseln ohne ökonomische Rechtfertigung und ohne Bezug zum Begriff der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung
- Sonderbehandlung des Selektivvertriebs in den schwarzen Klauseln ohne Bezug zu den Metro-Kriterien
- Zu weitgehendes Verbot in Art. 4 c durch Erstreckung auf Beschränkungen des aktiven Verkaufs
- Zu weitgehendes Verbot in Art. 4 d durch Erstreckung auf verschiedene Handelsstufen und Ausschluss von Vorgaben zum Verhältnis von Einzel- und Großhandel im System