

Gemeinsame Rückmeldung im Rahmen der öffentlichen Konsultation
der nachfolgenden Verbände und Organisationen
zur Bewertung der EU-Wettbewerbsregeln für vertikale Vereinbarungen

- **VKE – Verband der Vertriebsfirmen Kosmetischer Erzeugnisse e.V.**,
Unter den Linden 42, 10117 Berlin
- **VCP – Verband Cosmetic Professional e.V.**,
Bäumbachring 22, D-76571 Gaggenau
- **VDM – Verband der Deutschen Möbelindustrie e.V.**,
Flutgraben 2, D-53604 Bad Honnef
- **VdDW – Verband der Deutschen Wohnmöbelindustrie e.V.**,
Goebenstrasse 4-10, D-32052 Herford
- **VdDP – Verband der Deutschen Polstermöbelindustrie e.V.**,
Goebenstrasse 4-10, D-32052 Herford
- **VdDK – Verband der Deutschen Küchenmöbelindustrie e.V.**,
Goebenstrasse 4-10, D-32052 Herford
- **VDS - Vereinigung Deutsche Sanitärwirtschaft e.V.**,
Rheinweg 24, D-53113 Bonn
- **ZVSHK - Zentralverband Sanitär Heizung Klima**,
Rathausalle 6, D-53757 Sankt Augustin
- **businessler WirtschaftsForum**,
Fabrikstrasse 1-1, D-73728 Esslingen

Namens der vorgenannten Verbände und Organisationen, nehmen wir zur 'Evaluierung der Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen' gerne Stellung. Die produzierenden Mitglieder der vorgenannten Verbände vermarkten ihre Markenprodukte in vielen Märkten der Europäischen Union durch eigenständige Absatzmittler. Dabei werden häufig auch selektive Vertriebssysteme eingesetzt.

Wichtig ist, dass die Vertikal-GVO erhalten bleibt und zum Wohle des qualitäts- und serviceorientierten Leistungswettbewerbs konkretisiert wird. Gerade kleinere und mittlere Markenhersteller benötigen einheitlich international wirkende und praxisgerecht ausgestaltete kartellrechtliche Regelungen, um mit vertretbarem Aufwand EU-weit vertikale Vereinbarungen umzusetzen.

Innovation in neue Zukunftsfelder, die Bezahlung fairer Löhne sowie die Einhaltung von nachhaltigen Produktions-, Arbeitsschutz- und Umweltstandards für nachhaltig arbeitende Hersteller und Händler bleiben in der Europäischen Union (EU) nur dann finanzierbar und erhalten, wenn die EU-Unternehmenspolitik ein level playing field schafft, dass auch qualitäts- und serviceorientiertem Leistungswettbewerb faire Gewinnchancen ermöglicht. Die zentrale Rolle dabei spielt die Fortschreibung der EU-Wettbewerbsregeln für vertikale Vereinbarungen.

Aus Sicht der vorgenannten Verbände war die Stellungnahme im Format des vorgeschlagenen Fragebogens nicht zielführend möglich, da im Zuge der Fortschreibung der Vertikal-GVO 2010 grundsätzliche wechselwirkende Regelungsmechanismen auf den Prüfstand gestellt und im Interesse eines fairen Leistungswettbewerbs fortentwickelt werden sollten. Dies der Kommission zu erläutern war nur im systematischen Zusammenhang sinnvoll möglich.

1. Zusammenfassung der Stellungnahme:

Die Kommission wird gebeten die folgenden Punkte zu berücksichtigen:

Das europäische Wettbewerbsrecht darf nicht den Verbraucherschutz gegen die berechtigten Interessen insbesondere von kleinen und mittleren Unternehmen konterkarieren. Die Wettbewerbsbehörden haben bisher eher Verbraucherinteressen in den Vordergrund gestellt und dabei die berechtigten Interessen von Herstellern und Handel mehr oder weniger gänzlich außen vor gelassen (**siehe Ziffer 2.**).

Wettbewerb ist nicht alles. Daher ist die justiziable Abgrenzung zwischen erwünschtem Preiswettbewerb und unerwünschtem Preisverfall zwingend nötig. Die EU-Unternehmenspolitik muss ein level playing field schaffen, dass kleinen und mittleren Unternehmen sowohl in einzelnen Landesmärkten, als auch EU-weit faire Chancen für qualitätsorientierten Leistungswettbewerb eröffnet (**siehe Ziffer 3.**).

Dazu zählt auch, dass in einer zunehmenden Plattformökonomie kleine und mittlere Unternehmen faire Wettbewerbschancen gegen international agierende Plattformen erhalten. Weil Herstellerunternehmen als eigenständige Unternehmen arbeiten und nicht zentral verwaltet werden ist es Hersteller-Kooperationen bislang kaum möglich, auf die rasanten strukturellen Veränderungen der Plattformökonomie konzentriert zu reagieren (**siehe Ziffer 4.**).

Der Markeninhaber trägt das Produktrisiko, daher muss er im Inter- und Intra-brand-Wettbewerb über die Positionierung im (Preis-) Wettbewerb entscheiden können. In der EU hat es nie 'per-se-Verbote' für Preisbindung gegeben. Das hat der Europäische Gerichtshof bereits im Jahr 1966 in der Sache Société Technique Minière gegen Maschinenbau Ulm GmbH (EuGH, C-56/65,) entschieden (**siehe Ziffer 5.**).

Die in der heutigen Vertikal-GVO 2010 etablierte Effizienzeinrede hat sich als nicht praxistauglich erwiesen. Freistellungen aus Effizienzgründen haben keine große praktische Bedeutung erlangt, weil die damit verbundenen Nachweispflichten für die Marktteilnehmer mit großem wirtschaftlichen Aufwand bei zu großen wirtschaftlichen und für die handelnden Personen persönlichen (Haftungs-) Restrisiken verbunden sind (**siehe Ziffer 6.**).

Für hochprofessionell, international agierende (Online-) Handelsformate müssen abweichende und strengere Wettbewerbsregeln möglich sein, als für kleine und mittlere (Hersteller-) Unternehmen. Es ist zu verhindern, dass Oligopole - gleich auf welcher Wirtschaftsstufe – insbesondere durch Informationsaustausch zu Einkaufskonditionen und anderen Einkaufs-Parametern (Mengen, Zeiträume etc.) auch innerhalb von Einkaufsgenossenschaften und sonstigen Einkaufsgemeinschaften noch marktmächtiger werden und dadurch eine bedenkliche Nachfragemacht zulasten kleinerer Marktteilnehmer entsteht (**siehe Ziffer 7.**).

In einem sich digitalisierenden und mithin internationalisierenden Vermarktungsumfeld muss der Markeninhaber entscheiden können, wie und wo seine Markenprodukte präsentiert und verkauft werden. Wenn man die zu Online-Marktplätzen getroffenen Feststellungen des 'Final Reports on the E-commerce Sector Inquiry 2017' nun für Drittplattformen im allgemeinen und Preissuchmaschinen im besonderen zugrunde und diese im Sinne der Coty-Entscheidung des EuGH (EuGH, 06.12.2017, C-230/16, Coty Germany vs. Parfümerie Akzente) auslegt, sind qualitative Kriterien zulässig, selbst wenn diese zu einem de facto-Verbot von entsprechenden Online-Formaten von Drittplattformen führen (**siehe Ziffer 8.**).

Sogenannte Hybridhändler – also stationäre Händler, die gleichzeitig einen Online-Handel betreiben – müssen wie reine Online-Händler behandelt werden dürfen, wenn ihr überwiegender Umsatz online generiert wird. Nach den aktuellen Leitlinien für vertikale Beschränkungen (Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2010 C 130/1, Rn. 225f) stellt der Betrieb einer Website grundsätzlich eine Form des passiven Verkaufs dar. In diesem Bereich sieht die Kommission derzeit jede Verpflichtung als Kernbeschränkung an, durch die Vertragshändler von der Benutzung des Internets abgehalten werden. Zukünftig muss es einem Markeninhaber möglich sein den Hybridhändler mit überwiegendem Onlineumsatz anders vertraglich zu verpflichten, als solche Händler, die überwiegend stationär vermarkten (**siehe Ziffer 9.**).

Fazit: Die Europäische Union braucht insbesondere mittelständische Unternehmen als Rückgrat der europäischen Wirtschaft. Mittelständische Unternehmen haben das Potential zur Schaffung von Arbeitsplätzen und Wirtschaftswachstum. Die Kommission muss dafür sorgen, dass mittelständische Unternehmen in einem fairen Leistungswettbewerb die Chance auf faire Gewinne haben. Es darf nicht sein, dass europäische Unternehmen einerseits immer höhere Standards zu erfüllen haben und andererseits durch überzogenen Wettbewerbsdruck deren finanzielle Spielräume eingeschränkt werden. Ansonsten bleiben Innovation, Nachhaltigkeit und gerechte Löhne zum Wohle der Menschen in Europa nicht finanzierbar.

2. Das europäische Wettbewerbsrecht darf nicht den Verbraucherschutz gegen die berechtigten Interessen von Unternehmen konterkarieren:

Die Wettbewerbsbehörden haben bisher eher Verbraucherinteressen in den Vordergrund gestellt und dabei die berechtigten Interessen von Herstellern und Handel mehr oder weniger gänzlich außen vor gelassen.

Funktionierender Verbraucherschutz ist wichtig. In Zukunft muss jedoch verstärkt eine ausgewogene Balance zwischen den Interessen der Verbraucher und der Unternehmer tatsächlich sichergestellt werden. Dies gilt insbesondere für den grenzüberschreitenden Online-Handel.

Der mündige Bürger im Sinne eines normal informierten, vernünftig aufmerksamen und kritischen Verbrauchers gemäß der Rechtsprechung von BGH und EuGH muss das Leitbild für die Ausgestaltung der Vertikal-GVO und der dazugehörigen Leitlinien für vertikale Beschränkungen sein.

In diesem Zusammenhang wird auch auf den Grundsatz der Subsidiarität und den Grundsatz des judicial self-restraint hingewiesen. Nach dem Subsidiaritätsprinzip wird die EU in den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können, sondern vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind. Der Grundsatz des judicial self-restraint bedeutet nicht eine Verkürzung oder Abschwächung der Kompetenzen der EU, sondern den Verzicht Politik zu treiben in Bereichen, die auf Basis bestehender Vertrags- oder Rechtslagen anderen Organen zu deren freier politischer Gestaltung Raum garantieren.

Es gilt daher die unterschiedlichen Vermarktungsvoraussetzungen (wie unterschiedliche Strukturen im Handel) und auch die wirtschaftlichen Möglichkeiten (wie Kaufkraft der Endkunden oder Verbraucherpreisindizes) in den einzelnen EU-Mitgliedstaaten mehr zu berücksichtigen.

3. Wettbewerb ist nicht alles. Daher ist insbesondere die justiziable Abgrenzung zwischen erwünschtem Preiswettbewerb und unerwünschtem Preisverfall zwingend nötig:

Am 19. Februar 2019 präsentierten der französische Wirtschafts- und Finanzminister Bruno Le Maire und der deutsche Wirtschaftsminister Peter Altmaier ein deutsch-französisches Manifest für eine europäische Industriepolitik im 21. Jahrhundert.

Die wesentliche Kernbotschaft dieses Manifests ist, dass sich die Rahmenbedingungen im globalen Wettbewerb grundsätzlich und dynamisch verändern. Im gleichen Maße müssten innerhalb der EU die erfolgskritischen Faktoren insbesondere auch bei den wettbewerbsrechtlichen Rahmenbedingungen so angepasst werden, dass Europäische Unternehmen im globalen Maßstab wettbewerbsfähig seien. Kurz gesagt hieße das, dass der seither vor allem von der EU-Kommission favorisierte Fokus auf den (Preis-) Wettbewerb 'nicht alles' sei.

Diese neue Gewichtung und mithin Justierung der politischen Ziele trifft auch auf die Vermarktung von Konsumgütern zu und muss in den fortzuschreibenden europäischen Wettbewerbsrichtlinien zwingend umgesetzt werden.

In der Wirkweise vergleichbar wie in der globalen Industriepolitik haben sich auch die Rahmenbedingungen für die Herstellung und Vermarktung von Konsumgütern verändert. Die nationalen und europäischen Wettbewerbsregeln sind insbesondere nicht auf einen neuartigen Wettbewerb zwischen stationären Fachhändlern und neuartigen Online-Handelsformaten eingestellt, bei denen beispielsweise risikokapital-finanzierte Online-Spieler den Verkauf von Handelswaren nur zum Anlass für die Gewinnung von Daten nehmen, auf deren Vermarktung sie eigentlich abzielen. Das heißt, die etablierten Teilnehmer des Wettbewerbs werden mit fundamental veränderten und meist auch disruptiv wirkenden Herausforderungen durch neue Spieler konfrontiert.

Hinzu kommt, dass stationärer Handel auf tradierten Mechanismen wie persönlicher Kundenkontakt, sinnliche Wahrnehmung und Nahversorgung aufbaut, wohingegen Onlinehandel im wesentlichen auf Algorithmen und Preisdruck aufbaut. Daraus folgt, dass selbst wenn 90% des Warenabsatzes stationär abgewickelt werden, doch 100% des Marktes unter online-getriebenen Wettbewerbsdruck stehen. Damit können marktmächtige Onlineformate EU-weit die Wahrnehmung von Marken, Produkten, Preisstellungen und Anbietern durch gezielte Einflussnahme (beispielsweise über Such- oder Bewertungsfunktionalitäten) kuratieren und manipulieren.

Die EU-Unternehmenspolitik muss daher ein level playing field schaffen, dass kleinen und mittleren Unternehmen sowohl in einzelnen Landesmärkten, als auch EU-weit faire Chancen für qualitätsorientierten Leistungswettbewerb eröffnet. Hier sei beispielsweise der Aufbau und Betrieb eines selektiven Vertriebssystems genannt. Der derzeit viel zu große operative und administrative Aufwand macht gerade kleinen und mittleren Unternehmen eine nationale oder gar EU-weit wirksame Vertriebssteuerung und Markenführung nahezu unmöglich.

Es geht also nicht um Sonderrechte für einzelne Gruppen. Vielmehr geht es um den Ausgleich durch EU-Wettbewerbsrecht geschaffener massiver Nachteile und um faire Chancen für qualitätsorientierten Leistungswettbewerb.

Wird die Kommission hier nicht unverzüglich tätig, werden insbesondere kleine und mittlere Hersteller vom Markt gehen müssen und die Verbraucher unter einem schlechteren Zugang, einer verminderten Auswahl sowie schlechteren Qualität von Waren und Dienstleistung leiden.

4. In einer zunehmenden Plattformökonomie müssen faire Chancen von kleinen und mittleren Unternehmen gegen international agierende Plattformen geschaffen werden:

Hersteller-Kooperationen agieren im Wettbewerb mit Filialsystemen, Online-Plattformen, Einkaufskooperationen oder sonstigen Großbetriebsformen. Sie werden jedoch im Rahmen der EU-Wettbewerbspolitik unterschiedlich behandelt, weil Herstellerunternehmen als eigenständige Unternehmen arbeiten und nicht zentral verwaltet werden.

Aus diesem Grund ist es Hersteller-Kooperationen bislang kaum möglich, auf die rasanten strukturellen Veränderungen konzertiert zu reagieren. In dem neuen Marktumfeld bedrohen die aufgezeigten wettbewerbspolitischen Beschränkungen die Fähigkeit und Flexibilität der Hersteller-Kooperationen, die Vermarktung ihrer Produkte auf ein effektives und vollständig koordiniertes Omnichannelsystem auszuweiten.

Die für die meisten Unternehmen beste Chance, im Wettbewerb zu bestehen, ist die überbetriebliche Zusammenarbeit in gewerblichen Genossenschaften und anderen förderwirtschaftlichen Verbundgruppen. Dabei müssen Kooperationen auf gleicher und unterschiedlicher Wirtschaftsstufen möglich sein. Im Vergleich zu Filialsystemen und Internetanbietern sind Hersteller-Kooperationen Stand heute insbesondere dadurch im Wettbewerb benachteiligt, dass sie die datengestützten Möglichkeiten der Digitalisierung nicht bzw. nur in sehr begrenztem Umfang nutzen dürfen. Dies betrifft allen voran gemeinsame Marketingstrategien, bei denen Hersteller-Kooperationen nicht mit verbindlichen, einheitlichen Preisen am Markt auftreten können. Gleiches gilt auch für die Nutzung von Big Data in Kooperationen. In der Folge verlieren mittelstän-

dische Herstellerunternehmen quasi „systembedingt“ mit fortschreitender Digitalisierung erhebliche Marktanteile und die Kontrolle sowie ihre Vertriebssteuerung und Markenführung. Dies gefährdet bereits gegenwärtig und auch auf mittlere Sicht in weiten Bereichen die Existenz- und Wettbewerbsfähigkeit lokaler Geschäftsinhaber.

Infolgedessen hinken Hersteller-Kooperationen insbesondere den international operierenden Online-Plattformen, Online-Handelsformaten, marktmächtigen Einkaufskooperationen oder den großen Filialsystemen bei diesem technologischen Wettlauf chancenlos hinterher.

Durch einen einseitigen Protektionismus der Kartellbehörden zugunsten von zumindest zentralisierten, wenn nicht sogar monopolisierten Strukturen wird auf Dauer die Angebotsvielfalt zu Lasten des Verbrauchers reduziert. Es ist daher dringend notwendig, dass das Kartellrecht die Schlüsselrolle für Hersteller-Kooperationen insbesondere für mittelständische Unternehmen deutlich stärker berücksichtigt. Hersteller-Kooperationen müssen den mittelständischen Unternehmen einen Nachteilsausgleich verschaffen, durch den sie im Wettbewerb erfolgreich bestehen können. Sie stärken die wirtschaftliche Vielfalt und ermöglichen dadurch nicht weniger, sondern gerade mehr Wettbewerb - zum Nutzen der Verbraucher. Dazu wird ein verlässlicher und transparenter europäischer Wettbewerbsrahmen gebraucht.

Dieser Rahmen braucht mindestens vergleichbare Freiräume für Hersteller-Kooperationen wie sie für Filialbetriebe und Internetplattformen bereits gelten, damit diese auf neue wirtschaftliche und technische Herausforderungen, insbesondere die der Digitalisierung, adäquat reagieren können.

5. Der Markeninhaber trägt das Produktrisiko, daher muss er im Inter- und Intra-brand-Wettbewerb über die Positionierung seiner Markenprodukte im (Preis-) Wettbewerb entscheiden können:

Das europäische Kartellrecht wird seit jeher von der Binnenmarktperspektive geprägt. Auch deshalb werden Beschränkungen des Wettbewerbs stets auf die daraus folgenden Effizienzgewinne oder Nachteile für den Verbraucher hin untersucht. Dabei werden mit einem ökonomisch, wirkungsbasiertem Prüfungsansatz die wettbewerbsfördernden Effekte den wettbewerbsfeindlichen gegenübergestellt und mit Blick auf die Verbraucherwohlfahrt abgewogen.

Klar ist, dass es in der EU nie 'per-se-Verbote' für Preisbindung gegeben hat. Das hat der Europäische Gerichtshof bereits im Jahr 1966 in der Sache *Société Technique Minière gegen Maschinenbau Ulm GmbH* (EuGH, C-56/65,) entschieden. Mit Urteil *'Bionon gegen Agence et Messageries de la Presse'* (EuGH, C-243/83) stellte der EuGH klar, dass jede Beschränkung, auch eine Kernbeschränkung, nach Art. 101 Abs. 3 AEUV freigestellt sein kann, auch und explizit eine Preisbindung.

Selbst bei Preis-, Mengen- und Gebietskartellen wird von der EU-Kommission immer geprüft, ob Artikel 103 Abs. 3 AEUV zur Anwendung kommen könnte. Und tatsächlich hat die EU-Kommission zweimal ein Krisenkartell zum Abbau von Produktionskapazitäten genehmigt (Sache IV/34.456 – *Stichting Baksteen*, Kommissionsentscheidung vom 29.04.1994, ABI Nr. L 131 vom 26.05.1994, S.15-22; sowie Sache IV/30.810 – *Kunstfasern*, Kommissionsentscheidung vom 04.07.1984, ABI. Nr. L 207 vom 02.08.1984, S. 17-25).

In der derzeit gültigen Vertikal GVO 330/2010 ist die Preisbindung noch eine Kernbeschränkung gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV, welcher diese auch in lit. a) als Regelbeispiel *„die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- und Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen“* nennt. Vertikale Preisbindung ist auch eine sog. Kernbeschränkung gemäß Art. 4 (a) der Vertikal-GVO, die nicht nur von der Kommission, sondern gemäß Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003 (bzw. bei fehlender zwischenstaatlicher Auswirkung gemäß § 2 Abs. 2 GWB) auch vom Bundeskartellamt (BKartA) angewendet wird.

Auch bei sehr niedrigen Marktanteilen bleibt das Kartellverbot (zumindest das deutsche) auf vertikale Preisbindung anwendbar. Da die vertikale Preisbindung als bezweckte Wettbewerbs-

beschränkung gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV angesehen wird, ist auf sie die sog. De-Minimis-Bekanntmachung von vorneherein nicht anwendbar. Zwar ist die Spürbarkeit der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV dann zu verneinen, wenn der gemeinsame Marktanteil der Parteien auf keinem relevanten Markt über 5% liegt und zudem der gesamte von der Vereinbarung erfasste Umsatz zwischen den Vertragsparteien maximal 40 Mio. Euro beträgt. Eine entsprechende Spürbarkeitsschwelle gibt es aber im deutschen Recht nicht, so dass selbst bei Unterschreitung dieser niedrigen Schwellen § 1 GWB weiterhin anwendbar ist.

Die EU-Kommission diskutiert in den aktuell noch gültigen Leitlinien für vertikale Beschränkungen so ausführlich wie nie zuvor die positiven und negativen Wirkungen einer Preisbindung und widmet den Beschränkungen für den Wiederverkaufspreis ein substantiell erweitertes Kapitel.

Zu den positiven Auswirkungen von vertikaler Preisbindung gehören demnach vor allem die Lösung des sogenannten 'Trittbrettfahrer-Problems' und die Erschließung neuer Märkte. Eine Preisbindung kann eventuell auch notwendig sein, um die Auslistung eines Produkts, das ein Händler als Lockvogel einsetzt, durch einen anderen Händler zu vermeiden. Das ist in Zeiten, in denen das stationäre Marktpreisniveau durch marktmächtige Online-Spieler international manipuliert werden kann, von großer Bedeutung und muss angemessen ergänzt beziehungsweise erweitert werden.

Bisher hat insbesondere die rechtswissenschaftliche Lehre argumentiert, dass der Preiswettbewerb der einzig wirksame Wettbewerb sei, weil Qualitäts- und Servicewettbewerb einerseits nicht wirklich messbar wäre und andererseits auch Endkunden den vermeintlichen Mehrpreis für ein Produkt würden bezahlen müssen, die diese (zusätzlichen) Serviceleistungen gar nicht in Anspruch nehmen wollten. Diese sogenannten infra-marginalen Kunden würden bei jedweden Preisbindungen daher schlechter gestellt.

Ein Beispiel für diese Argumentation ist die aktuelle Haltung der deutschen Monopolkommission zur Buchpreisbindung. Die Monopolkommission führt dort aus, dass es durch die Ausschaltung des Preiswettbewerbs nicht zwangsläufig bei allen Buchhändlern zu einer Ausweitung des Serviceangebotes kommen müsse. Händler, die etwa aufgrund ihrer geografischen Lage oder eines speziellen Sortiments nur bedingt in Konkurrenz zu anderen stünden, dürften weniger starke Anreize haben, zusätzlichen Service zu bieten als Händler in einem hart umkämpften Markt. Auch sei generell davon auszugehen, dass der Servicegrad einer Buchhandlung vom Kunden schwer abzuschätzen sei und Serviceunterschiede weniger direkt spürbar seien als Preisdifferenzen. Daher sei zu erwarten, dass der Servicewettbewerb keinen gleichwertigen Wettbewerbsdruck wie der Preiswettbewerb entfalte (Sondergutachten Nr. 80 der Monopolkommission zur Buchpreisbindung vom 29.05.2018, Rz. 175).

Diese nach diesseitiger Meinung praxisferne Einschätzung der Monopolkommission ist nicht akzeptabel. Sie geht an der vertrieblichen Lebenswirklichkeit von Markenherstellern der Konsumgüterindustrie vorbei. Dies gilt grade für Neuprodukte beispielsweise von Start-ups oder von kleinen und mittleren Herstellern mit neuen und/oder weniger bekannten Marken. Nur wenn diese Marken dem Endkunden besondere Leistungsmerkmale oder Services bieten, können diese erfolgreich in den Markt eingeführt werden oder sich dort behaupten. Absatzmittler interessieren sich nämlich nur dann für solche Produkte, wenn sie damit auch Geld verdienen können.

Das heißt, dass unkontrollierbarer Preisdruck dazu führt, dass neue und/oder weniger bekanntere Produkte, Marken oder Innovationen faktisch deutlich schlechter gestellt werden, als marktmächtige und dem Endkunden bereits bekannte Produkte, Marken oder Spieler.

6. Die in der heutigen Vertikal-GVO 2010 etablierte Effizienzeinrede hat sich als nicht praxistauglich erwiesen:

Nach diesseitiger Einschätzung ist die sogenannte Effizienzeinrede insbesondere für kleine und mittlere Unternehmen kein praxistaugliches und wirtschaftlich tragbares Mittel gegen die kartellrechtliche (Über-) Regulierung der Konsumgüterdistribution. Aus Gründen der Subsidiarität und Deregulierung sollte daher zumindest die Preisbindung der zweiten Hand aus dem Kanon der Kernbeschränkungen (Art. 4 GVO 2010 sowie Rz. 47 ff der Leitlinien für vertikale Beschränkungen zur Vertikal-GVO) herausgelöst werden.

Eine Kernbeschränkung kann – ebenso wie andere Wettbewerbsbeschränkungen gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV – gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV vom Kartellverbot (einzel-) freigestellt sein, wenn sie zur Verbesserung der Warenerzeugung oder Warenverteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beiträgt, die Verbraucher eine angemessene Beteiligung an dem entstehenden Effizienzgewinn erhalten, die Beschränkung für die Verwirklichung dieser Ziele unerlässlich ist und die Vereinbarung den Parteien nicht die Möglichkeit eröffnet, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

Die Kommission hat in den Leitlinien für vertikale Beschränkungen für drei Konstellationen die Bedingungen konkretisiert, unter denen eine vertikale Preisbindung als einzeln freigestellt angesehen werden kann, nämlich (a) Sonderangebotskampagnen von 2-6 Wochen Dauer in Franchise- oder ähnlichen Vertriebssystemen, (b) Einführung eines neuen Produktes oder eines bekannten Produktes auf einem neuen geographischen Markt und (c) bei Erfahrungsgütern oder komplizierten Produkten, für die nachweislich ein Trittbrettfahrerproblem besteht.

Diese drei von der Kommission konkretisierten Konstellationen sind jedoch sehr beschränkt, und insbesondere für die Konstellationen (b) und (c) sind die von der Kommission aufgestellten Voraussetzungen sehr weitreichend. Zudem sind außerhalb dieser drei Konstellationen die Anforderungen an den Nachweis der Freistellungs Voraussetzungen bei vertikaler Preisbindung sehr hoch. Darüber hinaus besteht – wie stets bei Kernbeschränkungen – für den Fall, dass den Unternehmen der ihnen obliegende Beweis der Einzelfreistellung gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV nicht gelingt, ein erhöhtes Bußgeldrisiko.

In der Vertikal-GVO 2010 hat die Kommission zwar im Anschluss an das Leegin-Urteil des US Supreme Court im Grundsatz eine Wende hin zu Preisbindungen konsequenter Weise vollzogen. Erwartungsgemäß haben Freistellungen aus Effizienzgründen aber keine große praktische Bedeutung erlangt, weil die damit verbundenen Nachweispflichten für die Marktteilnehmer mit großem wirtschaftlichen Aufwand bei zu großen wirtschaftlichen und für die handelnden Personen persönlichen (Haftungs-) Restrisiken verbunden sind.

Damit besteht in der EU nur theoretisch ein Rule of Reason Standard in § 2 Abs. 1 GWB beziehungsweise in Art. 101 Abs. 3 AEUV. Faktisch kann nicht wirklich von einem Rule of Reason-Standard gesprochen werden. Vielmehr herrscht in der EU nach wie vor ein per se-Verbot der Preisbindung. Daher besteht nach diesseitiger Einschätzung ein dringender Deregulierungsbedarf sowohl in der zu aktualisierenden Vertikal-GVO als auch klarstellend in den entsprechenden Leitlinien für vertikale Beschränkungen.

Nach dem in der EU theoretisch bestehenden Rule of Reason-Standard aus der in § 2 Abs. 1 GWB beziehungsweise in Art. 101 Abs. 3 AEUV angelegten Einzelfreistellung ist vorgesehen, dass die Wettbewerbsbehörden und Gerichte in einem Verfahren gegen Unternehmen und Unternehmensgruppen einen überzeugend begründeten Effizienzeinwand nachträglich als Rechtfertigung zulassen und daraufhin von einer weiteren Verfolgung des inkriminierten Verhaltens ablassen 'können'.

Diese Effizienzeinrede ist aus betriebswirtschaftlicher Sicht aber eine Fehlkonstruktion. Damit

werden insbesondere kleine und mittlere Unternehmen massiv diskriminiert, weil diese weder die Finanzkraft, noch die Personalausstattung haben, um solche Nachweise führen und gerichtlich durchsetzen zu können. Und zwar aus folgenden Gründen:

- Der Unternehmer muss gemäß § 2 Abs. 1 GWB beziehungsweise Art. 101 Abs. 3 AEUV beweisen, dass der beanstandeten Verhaltensweise ein zusätzlicher Gewinn eindeutig zugerechnet werden kann und der Verbraucher daran angemessen beteiligt wurde.
- Oder der Unternehmer muss beweisen, dass die beanstandete Verhaltensweise zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beiträgt und dass den beteiligten Unternehmen keine Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind.
- Und der Unternehmer muss jedenfalls beweisen, dass durch die beanstandete Vorgehensweise der Wettbewerb der betreffenden Waren nicht ausgeschaltet werden kann.

Alle vorgenannten Punkte sind für einen (mittelständischen) Unternehmer nicht mit vertretbarem kaufmännischen Aufwand zu realisieren. Hinzu kommt, dass die mit diesem Verfahren einhergehende Unsicherheit und das Risiko einer eventuell notwendigen jahrelangen und teuren gerichtlichen Auseinandersetzung viele Entscheider in Unternehmen davon abhalten, es überhaupt auf die Geltendmachung des Effizienzeinwands ankommen zu lassen.

Es ist zu unterstellen, dass sich auch die Kommission dieser für Anbieter sehr nachteiligen Planungs- und Rechtsunsicherheiten bewusst ist.

7. Für hochprofessionell, international agierende (Online-) Handelsformate müssen abweichende und strengere Wettbewerbsregeln möglich sein, als für kleine und mittlere (Hersteller-) Unternehmen:

Es ist eine unbestrittene Tatsache, dass Qualität, nachhaltige Produktionsstandards und Innovation – sowohl für Hersteller als auch für Handelsunternehmen – mit erheblichen Kosten verbunden sind. Es ist auch eine unbestrittene Tatsache, dass sowohl Hersteller als auch Handelsunternehmen aus den erzielten Deckungsbeiträgen aus dem Verkauf der von ihnen hergestellten oder gehandelten Produkte und Services ihre Innovationskraft und die Qualität ihrer Produkte und Leistungen finanzieren (müssen).

Das ist ein wesentlicher Unterschied beispielsweise zu den zwischenzeitlich marktmächtigen Online-Spielern, die den Verkauf von Waren oder die Erbringung von Diensten mutmaßlich nur zum Anlass nehmen, um Daten über Endkunden(kauf)verhalten zu gewinnen und diese Daten sowie andere Leistungen tatsächlich vermarkten. Oder auch zu Private Equity- oder Venture Capital-finanzierten (Online-) Spielern, die mit maximaler Preisaggressivität versuchen, Marktanteile zu gewinnen, ohne im Ergebnis die kalkulatorischen Grundsätze eines ordentlichen Kaufmanns berücksichtigen zu müssen. Oder schließlich auch marktmächtige Kooperationen oder Handelsunternehmen, die ihre Nachfragemacht zum Nachteil insbesondere von kleinen und mittleren Herstellern ausnutzen.

Dass maximaler Konditionendruck auf die Herstellerseite nicht zwingend positive Effekte hat, wurde vom Bundeskartellamt bereits festgestellt. So wird der Präsident des Bundeskartellamts Andreas Mundt in einer Pressemitteilung aus dem Oktober 2018 am Beispiel des Möbelhandels wie folgt zitiert: (...) „Die meisten Möbelhändler in Deutschland haben sich Einkaufskooperationen angeschlossen. Das Kartellrecht steht derartigen Kooperationen grundsätzlich nicht im Wege. Sie können vor allem kleineren Möbelhändlern helfen, bessere Einkaufskonditionen zu erreichen und so gegenüber Ketten und den „Großen“ im Markt mithalten zu können. Wir müssen jedoch darauf achten, dass dadurch keine bedenkliche Nachfragemacht zulasten der überwiegend mittelständisch geprägten Herstellerlandschaft entsteht. Natürlich können die Verbraucher zunächst von den günstigeren Konditionen der Händler profitieren, wenn diese an die Kunden weitergegeben werden. Wenn am Ende aber Hersteller aufgrund des Konditionendrucks durch die Handelsseite langfristig nicht mehr mithalten können und aus dem Markt ausschei-

den, leidet die Vielfalt, können die Preise steigen, und die Verbraucher haben das Nachsehen“ (...) (PM des BKartA vom 24.10.2018, Bundeskartellamt untersucht Lieferstrukturen im Möbelhandel).

Es ist also zu vermeiden, dass faktische Monopole oder Oligopole - gleich auf welcher Wirtschaftsstufe – insbesondere durch Informationskonzentration, Informationsaustausch zu Einkaufskonditionen und anderen Einkaufs-Parametern (Mengen, Zeiträume etc.) noch marktmächtiger werden und Druck auf kleinere Marktteilnehmer ausüben können.

Dies gilt übrigens nicht nur für den Informationsaustausch auf horizontaler Ebene innerhalb einer Verbundgruppe, z.B. in Einkaufsausschüssen oder ähnlichen Gremien, wo sich die Anschlusshäuser der Verbundgruppe beraten. Dies gilt auch für den Fall, dass ein Anschlusshaus der Verbundgruppe im Namen der Verbundgruppe die Verhandlungen mit Lieferanten führt. Der Grund ist, dass die dadurch entstehende Nachfragemacht gerade kleine und mittlere Anbieter so unter Druck setzt, dass diese dem Konditionendruck nicht mehr Stand halten können und vom Markt gehen müssen.

8. In einem sich digitalisierenden und mithin internationalisierenden Vermarktungsumfeld muss der Markeninhaber entscheiden können, wie und wo seine Markenprodukte präsentiert und verkauft werden:

Online-Marktplätze, Online-Auktionsplattformen und Online-Preissuchmaschinen sind Drittplattformen im Sinne der Vertikal-GVO 2010 beziehungsweise der Leitlinien für vertikale Beschränkungen zur Vertikal-GVO.

Gemäß Rz. 54 letzter Satz LL-Vertikal-GVO 2010 kann der Anbieter verlangen, dass 'Kunden die Website des Händlers nicht über eine Website aufrufen, die den Namen oder das Logo dieser Plattform trägt'. Damit ist es gleichgültig, ob das über die Drittplattform erreichte Online-Verkaufsangebot den definierten qualitativen Kriterien entspricht oder nicht. Wenn der Hersteller schon das 'Aufrufen einer Website über eine Drittplattform' untersagen kann, kommt es nur auf den Startpunkt und nicht auf das Ziel der Suche an. Auch der EuGH hat in der Coty-Entscheidung klargestellt, dass der Hersteller verlangen kann, dass seine Waren im Internet in einer Umgebung verkauft werden, die den mit seinen autorisierten Händlern vereinbarten Qualitätsanforderungen entspricht (Rz 47, Coty-Entscheidung). Da zwischen dem Hersteller und den Drittplattformen keine Vertragsbeziehung besteht, kann der Hersteller von diesen nicht auf einer solchen Grundlage die Einhaltung der Qualitätsanforderung verlangen, die er seinen autorisierten Händlern auferlegt hat (Rz 48, Coty-Entscheidung).

Weil der Hersteller keine vertragliche Vereinbarung mit Drittplattformen geschlossen hat, kann er die Einhaltung der mit seinen autorisierten Absatzmittlern vereinbarten Qualitätsanforderungen gegenüber diesen Drittplattformen nicht durchsetzen. Dadurch werden die mit einem (selektiven) Vertriebssystem verfolgten Ziele konterkariert. Mithin darf ein Hersteller die Nutzung von Online-Drittplattformen (wie Online-Marktplätze, Online-Auktionsplattformen und Online-Preissuchmaschinen) nach der EuGH-Rechtsprechung per se untersagen.

Nun meinen gerade deutsche Vertreter der rechtswissenschaftlichen Lehre, sowie von Kartellbehörden und Gerichten (noch), dass per se-Verbote insbesondere hinsichtlich Preissuchmaschinen unzulässig seien. Juristisch lässt sich diese wohl eher (verbraucher-) politisch motivierte Einschätzung nach diesseitiger Meinung nicht rechtfertigen.

Klar ist aber jedenfalls, dass qualitative Kriterien, die den Anforderungen der EuGH-Rechtsprechung entsprechen (also nicht über das hinausgehen, was zur Wahrung der Qualität und zur Gewährleistung des richtigen Gebrauchs der betreffenden Produkte erforderlich ist) jedenfalls zur Reglementierung von Drittplattformen (Online-Marktplätze, Online-Auktionsplattformen und Online-Preissuchmaschinen) zulässig sind (Rz. 175 LL-Vertikal-GVO). Dies wurde in der aktuellen Coty-Entscheidung des EuGH auch ausdrücklich untermauert (Rz 58, Coty-Entscheidung).

Hinzu kommt, dass die (deutsche) Rechtsprechung bestimmte qualitative Kriterien gebilligt hat. Zu denken ist an das OLG Karlsruhe, wonach ein Hersteller bei der Online-Warenpräsentation keine "praktisch unterschiedslose, listenmäßige Darstellung gleichartiger Angebote, die den Schnäppchenjäger adressiert", hinnehmen müsse (Rz 77, Scout-Entscheidung, OLG-Karlsruhe, 2009).

Bisher wurde teilweise behauptet, dass ein vertragliches oder sogenanntes 'de facto-Verbot' von Drittplattformen (bzw. insbesondere Preissuchmaschinen) einem Totalverbot des Internets gleichkäme und mithin unzulässig sei. Dabei wurde mit der (insoweit missverständlichen) Pierre Fabre-Entscheidung des EuGH aus dem Jahr 2011 argumentiert, wonach angeblich jede Einschränkung des Internet-Vertriebs durch einen Hersteller unzulässig sein solle.

Dieses Missverständnis wurde nun vom EuGH ausdrücklich dahingehend aufgeklärt, dass zwischen einem pauschalen Verbot der Internetnutzung insgesamt (Rz. 32, Coty-Entscheidung) und der Vorgabe von einzuhaltenden Qualitätsanforderungen (Rz 35, Coty-Entscheidung) zu unterscheiden ist.

Nach den Erkenntnissen des 'Final Reports on the E-commerce Sector Inquiry 2017' sind Verbote von Drittplattformen im übrigen nicht als Verbot der Nutzung des Internets insgesamt anzusehen, weil für die überwiegende Mehrzahl der Online-Händler der eigene Online-Shop die größte Bedeutung hat. Beschränkungen von Drittplattformen sollten nach den Ergebnissen des vorgenannten Final Reports daher nicht gleichsam eines per se-Verbots bewertet werden (Rz. 502 ff 'Final Reports on the E-commerce Sector Inquiry 2017'). Zudem wird in diesem Final Report festgestellt, dass Beschränkungen hinsichtlich der Nutzung von Preissuchmaschinen, die auf qualitativen Kriterien beruhen, von der Vertikal-GVO gedeckt seien. Demnach seien Hersteller, die ein selektives Vertriebssystem betreiben prinzipiell berechtigt, bestimmte Standards hinsichtlich der Werbung im Internet zu ihren Produkten einzufordern (Rz. 553 ff 'Final Reports on the E-commerce Sector Inquiry 2017').

Wenn man die zu Online-Marktplätzen getroffenen Feststellungen des 'Final Reports on the E-commerce Sector Inquiry 2017' nun für Drittplattformen im allgemeinen und Preissuchmaschinen im besonderen zugrunde und diese im Sinne der Coty-Entscheidung des EuGH auslegt, sind qualitative Kriterien zulässig, selbst wenn diese zu einem de facto-Verbot von entsprechenden Online-Formaten von Drittplattformen führen.

Das sollte so eindeutig auch in der neuen Vertikal-GVO und den dazugehörigen Leitlinien klargestellt und umgesetzt werden.

9. Sogenannte Hybridhändler – also stationäre Händler, die gleichzeitig einen Online-Handel betreiben – müssen wie reine Online-Händler behandelt werden dürfen, wenn ihr überwiegender Umsatz online generiert wird:

Die aktuelle Vertikal-GVO sieht vor, dass ein stationär autorisierter Absatzmittler gleichzeitig berechtigt ist, einen eigenen Online-Handel zu betreiben. Nun gibt es viele Online-Händler, die vordergründig ein stationäres Ladenlokal betreiben, um die Voraussetzungen der Autorisierung durch einen Markenhersteller zu erfüllen.

Tatsächlich wird der weit überwiegende Teil der Umsätze jedoch mit überregionalen oder sogar internationalen Onlineverkäufen getätigt. Damit wirken diese hybriden Absatzmittler im Markt faktisch wie reine Online-Händler. Zudem sind auch diese Hybridhändler aufgrund der unmittelbaren Endkundenbeziehung mit meist millionenfachen Endkundenkontakten pro Monat in der Lage, die Wahrnehmung von Produkten und Marken sowie das Marktpreisniveau national und international zu manipulieren.

Im Interesse einer wirksamen Markenführung müssen über ein selektives Vertriebssystem vertreibende Lieferanten daher bestimmte Produkte ihres Sortiments nur für den stationären Vertrieb bestimmen dürfen. In diesem Fall wäre dem Online-Händler nur die Werbung auf Onlineformate nur unter Verwendung der unverbindlichen Preisempfehlung des Herstellers, sowie die Produktdarstellung und Produktinformation beziehungsweise die Nutzung von Drittplattformen jeweils gemäß den mit dem Hersteller vereinbarten Qualitätskriterien gestattet.

Nach den aktuellen Leitlinien für vertikale Beschränkungen stellt der Betrieb einer Website grundsätzlich eine Form des passiven Verkaufs dar. In diesem Bereich sieht die Kommission derzeit jede Verpflichtung als Kernbeschränkung an, durch die Vertragshändler von der Benutzung des Internets abgehalten werden.

Zukünftig muss es einem selektiv vertreibenden Markenhersteller legal möglich sein

- den Händler zu verpflichten technisch zu verhindern, dass Kunden aus anderen EU-Staaten oder Drittstaaten Angebote zu selektiv vertriebenen Produkten auf seiner Website einsehen können;
- den aktiven nationalen und internationalen Verkauf von selektiv vertriebenen Produkten über das Internet ganz oder teilweise zu untersagen und/oder
- Mindestpreise für die Online-Bewerbung von selektiv vertriebenen Produkten vorzugeben, von denen bei der stationären Vermarktung nach der eigenverantwortlichen Kalkulation des Händlers jedoch abgewichen werden kann.

Esslingen, den 24.05.2019

gez. RA Markus Nessler MBA

Kontakt:

RA Markus Nessler MBA
Fabrikstrasse 1/1, D-73728 Esslingen, Tel.: +49 711 1363 100
service-crew@mnbr.de
www.mnbr.de

Transparency Register ID: 406221917152-97

===