

Stellungnahme
des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie
und des Bundeskartellamtes
zur Evaluierung der Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Europäischen Kommission
über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 AEUV auf Gruppen von
vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen
(Vertikal-GVO) und der Leitlinien für vertikale Beschränkungen

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) und das Bundeskartellamt (BKartA) begrüßen die Überprüfung der Vertikal-GVO und der Leitlinien und die dazu stattfindende umfassende Konsultation durch die Europäische Kommission und nehmen gern zu einzelnen wesentlichen Aspekten Stellung.

1. Allgemeines

Mit der Überprüfung besteht im System der Gruppenfreistellungsverordnungen der Kommission zum Artikel 101 AEUV erstmals nach zehn Jahren Gelegenheit, erforderlichen Anpassungsbedarf in Bezug auf die Herausforderungen der schnell wachsenden Internetökonomie bei der Beurteilung vertikaler Beschränkungen eingehend zu diskutieren und entsprechende Änderungen vorzunehmen.

Nach Auffassung des BMWi und des BKartA haben sich die Instrumente der Vertikal-GVO und der sie begleitenden Leitlinien in der Praxis grundsätzlich bewährt. Sie haben EU-weit dazu beigetragen, mehr Rechtssicherheit zu schaffen und die Transaktionskosten in der Wirtschaft zu verringern.

Für erforderlich angesehen werden jedoch insbesondere Anpassungen im Hinblick auf die wachsende Bedeutung des Online-Handels. Dort haben sich neue Vertriebswege herausgebildet, die zu einer verbesserten Produkt- und Preistransparenz führen und es auch kleineren Händlern ermöglichen, neue Märkte zu erschließen. Auf den dadurch gewachsenen Wettbewerbsdruck reagieren Hersteller und Händler vielfach mit wettbewerbsbeschränkenden Maßnahmen. Es haben sich zudem Online-Plattformen etabliert, die vermittelnd zwischen Endkunden und Herstellern, Händlern oder anderen Anbietern tätig werden. Einige dieser Plattformen haben aufgrund von Netzwerkeffekten starke

Verhandlungspositionen erlangt und nutzen diese, um den Vertrieb von Waren oder Dienstleistungen auf ihren Plattformen einseitig zu ihren Gunsten zu beeinflussen.

Vor dem Hintergrund dieser Entwicklungen ist es richtig und notwendig, dass die Vertikal-GVO und die Leitlinien eingehend evaluiert und in Bezug auf den Online-Handel aktualisiert werden. Besondere Bedeutung kommt dabei der Auslegung der Kernbeschränkungen der Vertikal-GVO zu und zunehmend auch Fragen im Bereich des selektiven Vertriebs. Die Möglichkeiten zum Entzug der Vorteile der Freistellung oder deren Nichtanwendung sollten in die Überprüfung einbezogen werden.

In den Leitlinien sollten weiterhin mit hoher Praxisrelevanz und Bezug auf aktuelle Entwicklungen Erläuterungen dieser Regelungen erfolgen. So könnten Vertikal-GVO und Leitlinien auch künftig mehr Rechtssicherheit im Bereich des EU-Kartellverbots gewährleisten.

2. Die Behandlung von Online-Plattformen

Für die kartellrechtliche Einordnung von Online-Plattformen besteht in der Vertikal-GVO und den Leitlinien Anpassungsbedarf. Dies dürfte unbestritten sein. Das BMWi und das BKartA regen zudem an, zu diskutieren, ob es nicht mittel- und langfristig sogar vorzugswürdiger wäre, spezielle Regelungen für Online-Plattformen zu erlassen, da sich deren Vermittlungstätigkeiten auf verschiedenen Marktseiten nur bedingt in das klassische Schema einer vertikalen Vertriebskette einordnen lassen.

Nach Ansicht des BMWi und des BKartA sollte in den Leitlinien klargestellt werden, ob und unter welchen Voraussetzungen Plattformen gegenüber ihren verschiedenen Nutzern nur als Anbieter einer Vermittlungsdienstleistung oder auch als Abnehmer der Ware qualifiziert werden können. So gibt es neben den Plattformen, die lediglich die Infrastruktur für Geschäfte bereitstellen, auch Plattformen, die aktiv an einzelnen Transaktionen beteiligt sind und daher gegenüber dem Hersteller als Käufer und gegenüber dem Endkunden als Verkäufer in Betracht kommen. Hierbei böte sich eine Abgrenzung nach dem Umfang der Beteiligung der Plattform an der vermittelten Transaktion an.

Außerdem sollte deutlicher gemacht werden, ob Online-Plattformen „echte“ Handelsvertreter im Sinne der Leitlinien sein können. Nach Auffassung des BMWi und BKartA ist in der Regel nicht davon auszugehen, dass die für das Handelsvertretergeschäft typische Risikoverteilung im Verhältnis zwischen Plattformen und ihren Nutzern vorliegt. Die bis-

herigen Kriterien in den Leitlinien sind zur Beantwortung dieser Frage aber nur bedingt geeignet und sollten entsprechend angepasst werden.

Im Hinblick auf die Marktanteilsschwelle der Vertikal-GVO stellen sich insbesondere bei Online-Plattformen verschiedene Schwierigkeiten. So kann die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes bei mehrseitigen Angeboten besondere Probleme aufwerfen. Auch ist zu berücksichtigen, dass der Umsatz von Online-Plattformen oft weniger über deren Marktmacht aussagt, als deren Zugang zu Daten und bestehende Netzwerkeffekte. Es sollte daher geprüft werden, Hilfestellungen zur Abgrenzung der Märkte und ggf. auch andere Messgrößen zur Beurteilung von Marktmacht, wie zum Beispiel Anzahl der vermittelten Transaktionen oder Nutzerzahlen, in die Regelungen aufzunehmen.

Zudem sollte in der Vertikal-GVO oder den Leitlinien klargestellt werden, dass Vereinbarungen zwischen Hybridplattformbetreibern und Einzelhändlern grundsätzlich nicht als Form des dualen Vertriebs gelten und damit nicht von der Gruppenfreistellung profitieren. Denn anders als beim dualen Vertrieb durch Hersteller besteht zwischen dem Anbieten der Plattformdienste und der Tätigkeit als Einzelhändler kein unmittelbarer Zusammenhang, der im Sinne der Vertikal-GVO eine Privilegierung rechtfertigt.

Die bisherige Fallpraxis des BKartA hat gezeigt, dass sogenannte Preisparitätsklauseln, die Online-Plattformen den über sie anbietenden Unternehmen auferlegen, wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen haben. So verringert jedenfalls die Verwendung weiter Preisparitätsklauseln den Preiswettbewerb, sowohl im Hinblick auf die Vermittlungsprovisionen zwischen konkurrierenden Plattformen als auch im Hinblick auf die Preise gegenüber Endkunden. Zudem können Preisparitätsklauseln neuen Anbietern den Marktzutritt erschweren. Dies führt letztlich zu höheren Preisen für die Verbraucher. Es sollte daher überlegt werden, zumindest weite Preisparitätsklauseln von der Privilegierung der Vertikal-GVO explizit auszuschließen.

3. Beschränkungen des (Online-)Handels

Infolge des vom Online-Handel ausgehenden Wettbewerbs- und Preisdruckes haben Hersteller und Händler teilweise Beschränkungen des Online-Handels vorgenommen, die nach Ansicht des BMWi und des BKartA nicht durch die Vertikal-GVO freigestellt werden sollten.

Das generelle Verbot vertikaler Preisbindungen sollte beibehalten werden. Dem steht nicht entgegen, dass es legitime Bedürfnisse geben kann, die eine Einschränkung des

Preiswettbewerbs zu Gunsten anderer Wettbewerbsfaktoren rechtfertigen können. Vertikale Preisbindungen schalten jeglichen Preiswettbewerb auf der Einzelhandelsstufe aus. Es ist regelmäßig zweifelhaft, ob sie im Gegenzug zu Effizienzen führen, etwa durch einen besseren Service der Einzelhändler und einen stärkeren Interbrand-Wettbewerb – in der Fallpraxis des BKartA sind Effizienzgründe zumeist weder vorge-tragen noch sonst ersichtlich gewesen. Jedenfalls gibt es regelmäßig weniger restriktive Möglichkeiten, um Händlern Anreize für das gewünschte Verhalten zu setzen. Zur Ver-besserung der Rechtssicherheit sollten die Leitlinien in Bezug auf zulässige Verhal-tenstenden im Zusammenhang mit der Preissetzung, wie zum Beispiel unverbindliche Preisempfehlungen, ergänzt werden.

Generelle Verbote des Online-Handels, die nicht auf qualitative Kriterien abstellen, soll-ten nicht dem Schutz der Vertikal-GVO unterfallen. Herstellern von qualitativ hochwertigen Markenprodukten sollte aber nicht die Möglichkeit genommen werden, qualitative Anforderungen an den Online-Vertrieb ihrer Produkte zu stellen. Dies betrifft insbeson-dere auch den Vertrieb über (Dritt)Plattformen oder Preisvergleichsseiten, dessen pau-schaler Ausschluss nicht freigestellt sein sollte, der jedoch von der Erfüllung qualitativer Bedingungen abhängig gemacht werden kann.

Die kritische Haltung der Leitlinien gegenüber Doppelpreissystemen (dual pricing) sollte beibehalten werden, da diese in ihrer Wirkung in der Praxis generellen Verboten des Online-Handels gleichkommen können.

Um Marktabstottungen zu verhindern und das Potenzial des Internethandels im ge-samten Binnenmarkt voll ausschöpfen zu können, sollten Online-Verkäufe auch weiter-hin grundsätzlich als passive Verkäufe behandelt werden.

4. Der Umgang mit selektiven Vertriebssystemen

Aufgrund des gestiegenen Wettbewerbsdrucks durch den Online-Handel haben selekti-ve Vertriebssysteme der Hersteller zugenommen. Auch nach der Coty-Entscheidung des EuGH (Rs. C-230/16) besteht in diesem Bereich weiterhin noch Rechtsunsicher-heit. Es wäre daher wünschenswert, in den Leitlinien klarzustellen, unter welchen Vo-raussetzungen ein selektives Vertriebssystem nicht gegen Artikel 101 Absatz 1 AEUV verstößt. Das BMWi und das BKartA unterstützen dabei die Anwendung des Kriteriums der Angemessenheit des selektiven Vertriebssystems bzw. eine strikte Prüfung der Er-forderlichkeit der Beschränkungen. Vor diesem Hintergrund sollte in den Leitlinien auf-

genommen werden, inwiefern die Ausführungen des EuGH in der Coty-Entscheidung nur für Luxusgüter oder auch für sonstige hochwertige Markenprodukte gelten.

Nach der Erfahrung des BKartA können die wettbewerbsnachteiligen Effekte von selektiven Vertriebssystemen deren positiven Effekte überwiegen. Es sollte daher auch diskutiert werden, ob eine generelle Freistellung von selektiven Vertriebssystemen durch die Vertikal-GVO weiterhin gerechtfertigt ist bzw. wie wirksame Instrumente zum Entzug der Vorteil ausgestaltet werden können (siehe nachfolgend Ziffer 6).

5. Die Einbeziehung des Kraftfahrzeugsektors in die Vertikal-GVO

Grundsätzlich kann die erfolgte Einbeziehung des Vertriebs neuer Kraftfahrzeuge in die Vertikal-GVO als gelungen angesehen werden. Die Anwendung der Vertikal-GVO mit den ergänzenden Leitlinien hat sich im Bereich des Kraftfahrzeughandels etabliert und bewährt. Gleichwohl gibt es auch hier Rechtsunsicherheiten, bspw. bei geplantem Direktvertrieb der Fahrzeughersteller bei gleichzeitig geforderten Investitionen für die Händler. Zudem bestehen Rechtsunsicherheiten bei der Frage des Umgangs mit personenbezogenen und fahrzeuggenerierten Daten. Entsprechende Guidance sollte in die Leitlinien aufgenommen werden. Bei einer Anpassung der Vertikal-GVO und der Leitlinien sollten daher sowohl das Verhältnis zur Verordnung (EU) Nr. 461/2010 für den Kraftfahrzeugsektor einschließlich der ergänzenden Leitlinien als auch deren ggf. vorzunehmende Anpassungen in die Überlegungen einbezogen werden.

6. Entzug der Freistellung

Die Fallpraxis der Kartellbehörden zeigt, dass insbesondere auf oligopolistischen Märkten, auf denen die Oligopolisten vergleichbare Beschränkungen anwenden, die Marktanteilsschwelle von 30 % zu sachlich nicht gerechtfertigten Ergebnissen führen kann: Es kann vom Zufall abhängen, ob die Marktanteile der jeweiligen Unternehmen trotz der hohen Konzentration auf dem Markt oberhalb oder unterhalb dieser Schwelle liegen. Es wäre zu diskutieren, ob in diesen Fällen ggf. eine geringere Marktanteilsschwelle anzuwenden sein könnte oder ob der Entzug der Gruppenfreistellung für die Wettbewerbsbehörden erleichtert werden sollte.

Die sich dynamisch verändernden Wettbewerbsverhältnisse in internetbasierten Geschäftsfeldern und die damit verbunden immer komplexer werdenden vertikalen Vertragsbeziehungen erfordern eine schnellere und individuellere Beurteilung von Verhal-

tensweisen. Um den Wettbewerbsbehörden eine solche Beurteilung zu ermöglichen, sollte geprüft werden, die bestehenden behördlichen Instrumentarien zum Entzug einer Gruppenfreistellung in der Praxis, beispielsweise durch eine bessere Guidance in den Leitlinien, handhabbarer zu machen. Zudem sollte diskutiert werden, wie die Voraussetzungen für den Entzug der Rechtsvorteile durch nationale Behörden verbessert werden können.

Berlin/Bonn, 8. Oktober 2019