

VORLÄUFIGER BERICHT DER EUROPÄISCHEN KOMMISSION ZUR SEKTORUNTERSUCHUNG E-COMMERCE

Der Markenverband bedankt sich für die Möglichkeit zur Stellungnahme zum vorläufigen Bericht der Europäischen Kommission zur Sektoruntersuchung E-Commerce.

I. Der Markenverband

Der 1903 in Berlin gegründete Markenverband ist die Spitzenorganisation der deutschen Marktwirtschaft. Die Mitglieder stehen für einen Markenumsatz im Konsumgüterbereich von über 300 Mrd. Euro und im Dienstleistungsbereich von ca. 200 Mrd. Euro in Deutschland. Der Markenverband ist damit der größte Verband dieser Art in Europa. Die Mitgliedsunternehmen stammen u. a. aus den Bereichen Nahrungs- und Genussmittel, Mode und Textil, pharmazeutische Produkte und Dienstleistungen. Zu den Mitgliedern zählen Unternehmen aller Größenordnungen, vom Mittelstand bis zu internationalen Konzernen, wie August Storck, Beiersdorf, Hugo Boss, Coca-Cola, Deutsche Bank, Deutsche Post, Falke, Dr. Doerr Feinkost, Miele, Nestlé, Procter & Gamble, Dr. Oetker, Schamel Meerrettich, WMF und viele andere renommierte Firmen. Der Markenverband ist unter Reg.-Nr. 2157421414-31 in das Transparenzregister der Europäischen Union eingetragen.

Zahlreiche Mitglieder des Markenverbandes sind im gemeinsamen Binnenmarkt in mehreren Mitgliedstaaten tätig und bestrebt, den Konsumenten auf die Bedürfnisse in ihrer regionalen und zum Teil auch nationalen Besonderheit zugeschnittene Angebote an Markenartikeln zu unterbreiten, die das jeweilige Markenversprechen erfüllen. Sie nutzen dabei unterschiedliche Vertriebsstrategien und -kanäle einschließlich des Internets, je nachdem, wie das gegebene Markenversprechen am besten eingelöst werden kann.

II. Allgemeines

Der Markenverband begrüßt die intensive Auseinandersetzung der Sektoruntersuchung mit den gegenwärtigen Realitäten des E-Commerce. Die Arbeiten leisten einen wichtigen Beitrag zum Verständnis der Wirkungsweisen, wie sie sich zum Zeitpunkt der Datenerhebung ergeben. Dabei zeigen die Ergebnisse ein differenziertes, neutrales Bild der Realität. Der Markenverband fordert die Europäische Kommission auf, diesen Ansatz auch im Schlussbericht und der Erarbeitung und

Durchführung von Maßnahmen, die ihm folgen, weiter umzusetzen. Wirtschaftspolitische Überlegungen sollten die Anwendung des Wettbewerbsrechts nicht prägen.

Der Markenverband ist Mitglied der Allianz „Brands for Europe“, die unter Federführung des europäischen Markenverbandes AIM die vorläufigen Ergebnisse der Sektoruntersuchung einer ausführlichen Analyse und Bewertung unterzogen hat. Die Stellungnahme der Allianz, die hier aus Gründen der Einfachheit noch einmal beigefügt ist, wird vom Markenverband in vollem Umfang mitgetragen. Die nachstehenden Anmerkungen ergänzen diese Analyse und Bewertung.

III. Rahmenbedingungen für Markenartikelhersteller und ihre Auswirkungen auf die Bewertung von Verhaltensweisen

Die Herausforderungen, denen sich die Hersteller von Markenartikeln durch den wachsenden E-Commerce gegenüber sehen, sind mannigfach und selbst durch die Innovationen in der digitalen Welt beständigen Veränderungen unterworfen. Im Internet verschwimmen die Grenzen zwischen Kommunikations- und Verkaufskanälen, was besonders hervortritt, wenn Verkäufe über soziale Netzwerke erfolgen. Aus der traditionellen Massenansprache von Konsumenten über Radio, Fernsehen und andere Kommunikationsmittel wird eine individuelle Ansprache im Internet. Zugleich verschiebt sich die Kommunikationshoheit, die unmittelbare Reaktion der Konsumenten, ihre Gruppierung z.B. in sozialen Netzwerken, gewinnt an Gewicht für Markenimage und Markenführung. Die Entscheidungsprozesse, die zum Kauf führen, haben sich durch das Internet grundlegend verändert und verändern sich durch das mobile Internet weiter. Digitalisierte Produktionsprozesse erleichtern eine Individualisierung der Produkte für den einzelnen Konsumenten. Individuelles Labeling durch große Markenartikelhersteller in den vergangenen Jahren gibt einen Vorgeschmack auf die möglichen Veränderungen; individuell zusammengestellte Rezepturen, wie sie z.B. MyMüsli anbieten, gehen einen Schritt weiter; die Fortsetzung ist denkbar. Der Kaufprozess selbst genauso wie das Fulfillment aber auch der Retourenprozess ist online ein anderer als im stationären Handel. Dabei ist von besonderer Bedeutung, dass das Internet jedenfalls in räumlicher Hinsicht „omnipräsent“ ist: der Handel mit realen Produkten wird, vom Fulfillment und dem Retourenprozess einmal abgesehen, „entgrenzt“. All dies hat für den Hersteller unmittelbare Auswirkungen auf Produktion und Logistik sowie - nach außen erkennbarer - auf Marketing, Vermarktungsaktivitäten einschließlich Pre- und After-Sales-Services und den Vertrieb. Für Hersteller bleibt kein Stein auf dem anderen, so dass eine vollständige Neuorientierung und ein Suchen nach den für das Unternehmen und seine Marken richtigen Positionierungen notwendig ist.

Zu bemerken ist damit eine Tatsache, die Friedrich A. v. Hayek¹ beschrieben hat, die aber in der Vergangenheit, vielleicht auch mangels umfassender fundamentaler Umwälzungen, nicht hinreichend berücksichtigt wurde: Wettbewerb kommt gerade auch dann zum Tragen, wenn Tatsachen entdeckt werden sollen, die „ohne sein Bestehen entweder unbekannt bleiben oder doch zumindest nicht genutzt werden würden“ – Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren. Es herrscht das Prinzip von Versuch und Irrtum. Aus den Beschreibungen des Nobelpreisträgers zu diesem Entdeckungsverfahren kann nur eine große Zurückhaltung gegenüber jeder Steuerung und Regulierung der Versuche der Unternehmen entnommen werden, sich den veränderten Verhältnissen anzupassen. Dem ist zuzustimmen:

Bei ihren Überlegungen tasten sich die Unternehmen vorsichtig von dem jeweils bekannten Terrain in unbekannte Landschaften vor. Sie versuchen, sich den neuen Gegebenheiten anzupassen und unternehmerische Notwendigkeiten und Erfahrungen dabei nicht aus dem Auge zu verlieren. Es ist dabei erwartbar, dass sie (zunächst) versuchen, den eigenen Einfluss, die eigene Kontrolle zu erhöhen. Denn nur so haben sie eine Chance, Korrelationen und Kausalitäten der einen oder anderen Positionierung unter den verschiedenen Möglichkeiten zu bewerten bzw. einzuschätzen. Retrospektive empirische Methoden mit aufwändigen Erhebungen, vergleichbar einer Sektoruntersuchung stehen ihnen nicht zur Verfügung.

Den Unternehmen in diesem Entdeckungsverfahren die strengen Pflichten des Art. 101 Abs. 3 AEUV aufzuerlegen, Effizienzen des einen oder anderen Versuches quantitativ und qualitativ zu bewerten und die Angemessenheit der Auswirkungen auf Verbraucher objektiv zu beurteilen, überfordert die Unternehmen. Es ist gerade der beständige und schnelle Wandel, der sich im E-Commerce vollzieht, der ein Eingreifen der Wettbewerbsbehörden als nicht erforderlich erscheinen lässt. Regulatorische Vorgaben würden vielmehr die Gefahr in sich bergen, das Entdeckungsverfahren, das gerade den Wettbewerb ausmacht, vorschnell einzuengen und zu verknöchern. Um das zu verhindern, sollten soweit möglich die aktuellen, tastenden Bewegungen positiv bewertet und in Zweifelsfällen nicht als Wettbewerbsbeschränkungen verstanden werden.

IV. Wettbewerbssituation und einzelne Verhaltensweisen

A. Marktplätze und grenzüberschreitender Warenverkehr

Die Sektoruntersuchung zeigt klar auf, dass zwischen Marktplatzverkäufen und einem grenzüberschreitenden Warenverkehr Korrelationen festzustellen sind. Nach Auffassung des Markenverbandes stellen sie allerdings keine Kausalitäten dar. Damit steht keineswegs fest, dass durch eine Förderung von Marktplatzverkäufen tatsächlich eine Steigerung grenzüberschreitenden Warenverkehrs im Sinne einer Integration der europäischen Märkte zu erwarten ist. Es bleibt da-

¹ Hayk, Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, in: Freiburger Studien, Tübingen, S. 249-265.

bei, dass auch unter den Marktplatzverkäufern ein erheblicher Teil tatsächlich lediglich nationale Verkäufe tätigt. Technische Erleichterungen, die angeführt werden erscheinen ebenso wenig als zentrales Entscheidungskriterium wie die Partizipation an einem möglicherweise international guten Ruf der Plattformen, die die Unsicherheit des Konsumenten über die Zuverlässigkeit des eigentlichen Verkäufers zu überwinden helfen könnte. Tatsächlich findet regelmäßig auch bei den bekannten Plattformen, ebenso wie auf den Internetseiten der europäischen Institutionen, eine geographisch und sprachlich orientierte Voreinstellung der aufgerufenen Plattform/Internetseite statt (in der Terminologie der Sektoruntersuchung wohl: geo-filtering, nach dem Verständnis des Markenverbandes eher ein geo-targeting).

Die Analysen des Berichtes zum sog. geo- filtering oder geo-targeting zeigen, dass entsprechende Maßnahmen von Herstellern oder Händlern regelmäßig auf dem Interesse an einer adäquaten Berücksichtigung von diversen Unterschieden auf den tatsächlich noch nationalen Märkten basiert, unabhängig von der Frage, worauf diese Unterschiede beruhen. Derartige Maßnahmen sind nach Auffassung des Markenverbandes als einseitige Maßnahmen von Unternehmen ebenso wie als generalisierende Verpflichtungen innerhalb von Vereinbarungen zwischen Unternehmen - so weit sie nicht den passiven Verkauf unmöglich machen – keine Wettbewerbsbeschränkungen, sondern legitime unternehmerische Entscheidungen. Gleichzeitig zeigt Rz. 351 des Berichtes, dass vielfach auf international tätigen Plattformen eine derartige marktadäquate Anpassung nicht oder nur mit Aufwand möglich ist. Insoweit begrüßt der Markenverband die Feststellungen in Rz. 355 des Berichts.

B. Vorgaben für den Internetvertrieb

Der vorläufige Bericht der Sektoruntersuchung arbeitet ausführlich heraus, dass die von Herstellern und Händlern jeweils als maßgeblich erachteten Wettbewerbskriterien erheblich voneinander divergierenden. Während Hersteller die Produktqualität und die Marke (genauer: das Markenversprechen) in den Vordergrund stellen, sehen Händler in der Preisstellung das dominante Wettbewerbskriterium. Zahlreiche Verhaltensweisen der Hersteller und ihre Begründungen, wie im vorläufigen Bericht aufgeführt, lassen sich dadurch erklären, dass die Hersteller versuchen, eine Harmonisierung dieser Wettbewerbsparameter entweder restriktiv (Vorgaben für den Internetvertrieb, Verbote) oder durch Anreize (Doppelpreisstrategien) zu erreichen (vgl. Rz 249 des Berichts). Diese Bestrebungen können ökonomisch nicht von vornherein als wettbewerbsschädlich verstanden werden; vielfach wirken sie vielmehr wohlfahrtsfördernd. In Rz. 174 stellt der Bericht diese wohlfahrtsfördernde Wirkung für die Koordination von Pre- und After-Sales-Services zutreffend heraus. Sie gilt darüber hinaus.

In Rz. 373 des Berichtes wird eine Verpflichtung zur Übersetzung der Website in die jeweilige Landessprache, an die sich die Seite richtet, als potentielle Beschränkung des Wettbewerbs beurteilt. Gleichzeitig allerdings stellt der Bericht fest, dass eine der wesentlichen Maßnahmen von Einzelhändlern bei der Erschließung zusätzlicher (nationaler) Märkte über das Internet die Übersetzung der jeweiligen Seite darstellt. Sie dient letztlich der zielgerichteten Ansprache der nationalen Konsumenten und ist damit weniger Wettbewerbsbeschränkung als vielmehr eine effektive Ausrichtung der Tätigkeit auf das jeweilige Land.

In Anlehnung an Rz. 50 der Vertikalleitlinien sieht der Bericht in Rz. 377 in einer bestimmten Ausgestaltung von europaweiten Garantiesystemen durch die Hersteller eine Wettbewerbsbeschränkung. Es ist hier wichtig zu betonen, dass aus dieser Bewertung keine Verpflichtung zur Etablierung eines europaweiten Garantiesystems nach diesen Maßgaben resultiert. Lediglich für den Fall, dass sich der Hersteller für ein europaweites Garantiesystem entscheidet, sind diese Aussagen von Relevanz.

C. Insbesondere: Plattformverbote

1. Selektive Vertriebssysteme

Die Entwicklung des E-Commerce geht zeitlich einher mit einer (wieder) stärkeren Verwendung selektiver Vertriebssysteme und Veränderungen in den Auswahlkriterien für die Zulassung von Händlern zu diesen Systemen, wie von der Kommission in Rz. 198 ff. beschrieben. Die Darstellung der von den Herstellern angegebenen Gründe in Rz. 209 ff. sowie der Auswahlkriterien in Rz. 215 ff. bestätigt die oben aufgeführten Phänomene. Es handelt sich um den Versuch, die unterschiedlichen Präferenzen in der Bedeutung der Wettbewerbsfaktoren zu harmonisieren und zugleich im Umbruch durch die Digitalisierung das vorsichtige Voranschreiten auf neuen, unbekannten Territorien kontrollieren und damit beeinflussen zu können.

In der Bewertung dieser Entwicklung ist es aus Sicht des Markenverbandes entscheidend, die selektiven Vertriebssysteme selbst zutreffend einzuordnen. Selektive Vertriebssysteme haben sich in den zurückliegenden Jahrzehnten unter den verschiedenen Modalitäten, die dem Hersteller zum Vertrieb seiner Produkte zur Verfügung stehen, als ein erfolgreiches Modell in Europa etabliert. Gerade die Bereiche, in denen die europäische Wirtschaft eine internationale Führungsrolle für sich beanspruchen kann, wie die Automobilindustrie oder Luxusartikel, zeichnen sich durch gut funktionierende selektive Vertriebssysteme aus. Einer der Gründe für diese Erfolgsgeschichte dürfte darin zu finden sein, dass im selektiven Vertrieb die Zusammenarbeit zwischen Hersteller und Händler eine engere ist als im intensiven Vertrieb und damit neben dem homogenen Marktauftritt insbesondere eine Kompetenzstärkung des Handels und die Verbesserung des Kundendienstes einhergehen. Bei Aufrechterhaltung ihrer wirtschaftlichen und rechtlichen Selbständigkeit handelt es sich bei selektivem Vertrieb um eine teilweise vertikale Integration des Händlernetzes. Diese Integration kommt zum einen darin zum Ausdruck, dass der Händler einen Teil der vom Hersteller vorgesehenen Services rund um den Verkauf der Produkte übernimmt, sei es Beratung, Kundendienst oder Installation. Zum anderen greift der Hersteller in die Gestaltung der Präsentation der Ware, einschließlich der Gestaltung der Verkaufsstelle, ein, nimmt Einfluss auf die Sortimentsgestaltung des Händlers. Dieses komplexe Zusammenspiel von Hersteller und Händler im selektiven Vertriebssystem kann nur gelingen, wenn gewährleistet ist, dass sämtliche Händler, die der Hersteller beliefert, bereit sind, die zusätzlichen Leistungen auch tatsächlich zu erbringen, und wenn die Präsentation der Ware sowie die Sortimentsgestaltung vergleichbar sind. Entsprechend beschränken selektive Vertriebssysteme den Weiterverkauf der Ware in der Weise, dass sie entweder an den Endverbraucher abgegeben werden oder aber innerhalb des Vertriebssystems mithin an solche Händler veräußert werden, die sich ebenfalls zur Leistungserbringung bzw. entsprechender Warenpräsentation verpflichtet haben.

Für den stationären Handel hat sich seit der Entscheidung Metro I des EuGH² für die (kartellrechtlich) zulässige Gestaltung von selektiven Vertriebssystemen ein klares Regelwerk herausgebildet. Zwar beeinflusst sie, wie der EuGH in der AEG-Entscheidung³ (EuGH 1983) feststellt, zwangsläufig den Wettbewerb im gemeinsamen Markt, damit ist jedoch keineswegs notwendig eine Beschränkung des Wettbewerbs verbunden. Auch wenn diese frühen Entscheidungen nur einen begrenzten Kreis von Produkten betreffen und maßgeblich auf die Natur der betroffenen Produkte abstellen, dürfen die Ausführungen des Gerichtshofes nicht dahingehend missverstanden werden, dass lediglich bei technisch hochentwickelten, langlebigen und hochwertigen Gebrauchsgütern ein selektives Vertriebssystem aufgrund der Natur der betroffenen Produkte erforderlich und damit keine Wettbewerbsbeschränkung sein könne. Bereits in den achtziger Jahren entwickelte sich vielmehr eine differenzierte Rechtsprechung des EuGH, die im Ergebnis danach fragte, ob besondere Leistungen der Vertriebsstufe gegenüber den Herstellern oder gegenüber dem Konsumenten den Absatz der Produkte befördert⁴. Besonders erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang die Entscheidung Binon⁵, in der der EuGH festhält, dass selbst bei einheimischen Presseerzeugnissen ein selektives Vertriebssystem aus den Produkten heraus erforderlich sein könne. Umgekehrt besagt die produktbezogene Anforderung auch nicht, dass der Aufbau eines selektiven Vertriebssystems schlechthin unumgänglich sein muss, um die entsprechenden Produkte überhaupt vermarkten zu können. Die im Rahmen eines selektiven Vertriebssystems aufgestellten Selektionskriterien müssen zwar verhältnismäßig in dem Sinne sein, dass sie nicht über das hinaus gehen, was notwendig ist, um die besonderen Leistungen der Vertriebsstufe effizient erbringen zu können. Mehr allerdings kann schon deshalb nicht verlangt werden, da ansonsten zwingend eine 100-prozentige Marktdurchdringung mit selektiven Vertriebssystemen Voraussetzung für deren Zulässigkeit ist und nicht wie in der Rechtsprechung der europäischen Gerichte seit der Metro I-Entscheidung⁶ eher ein wettbewerbsrechtliches Problem.

Diese Anforderungen gelten dem Grunde nach unabhängig von der Frage, auf welchem Wege und in welcher Form die Händler eines selektiven Vertriebssystems die Waren verkaufen, also insbesondere auch bei einem Vertrieb über das Internet. Was dies allerdings im Einzelnen bedeutet, ist nach wie vor unklar, denn die digitale, virtuelle Welt unterscheidet sich, wie dargestellt, maßgeblich von der realen; sie eröffnet neue Chancen und stellt zugleich neue Fragen einschließlich der nach der Gleichwertigkeit von Kriterien und Anforderungen, die für Online- und Offline-Verkäufe gestellt werden, wie es Rz. 56 der Vertikalleitlinien vorsieht.

² EuGH, RS 26/76, EU:C:1977:167, Metro I.

³ EuGH, RS 107/82, EU:C:1983:293, AEG.

⁴ Andreas Gayk, Restriktionen des Tatbestandes des Art. 85 Abs. 1 EWG-Vertrag, Dissertation, Tübingen, S. 123.

⁵ EuGH, C-243/83, EU:C:1985:284, Binon.

⁶ S. Oben FN 2, Rz. 20.

2. Plattformverbote im Einzelnen

Aufgrund dieser Unsicherheit begrüßt der Markenverband die Feststellung der Kommission in Rz. 465 ff., insbesondere Rz. 472, dass es sich bei Plattformverboten nicht um bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen oder Kernbeschränkungen im Sinne der Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung handelt. Weitergehend ist der Markenverband der festen Überzeugung, dass es sich hierbei – je nach Ausgestaltung – um qualitative Selektionskriterien handeln kann, so dass ein entsprechendes selektives Vertriebssystem trotz Plattformverbot bereits keine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV darstellt.

Bei der Beurteilung von Plattformverboten gilt es, die Auswirkungen zu berücksichtigen, die gerade Plattformen auf die Bestrebungen haben, das Lemons-Problem und das Problem moralischer Risiken zu lösen, bei dem der Anbieter willkürlich die Qualitätsentscheidung für die von ihm angebotenen Produkte trifft, und zwar unabhängig von dem von den Käufern offerierten Entgelt. Durch Einzelproduktsuche, die Dominanz der Plattform in der Transaktionsabwicklung einerseits sowie die immer wiederkehrenden Produktfälschungen und markenverletzenden Produkte auf den Plattformen andererseits werden Situationen geschaffen, die ineffiziente Marktergebnisse provozieren und Lösungen für diese Probleme unterminieren. Haucap⁷ belegt, dass die Marke durch die mit ihr verbundenen Kommunikationssignale und ihre Herkunftsfunktion einen zentralen Beitrag zu wirksamer Selbstbindung der Hersteller und damit letztlich zur Gewährleistung effizienter Tauschergebnisse leistet. Bei den Verboten des Vertriebs über offene Online-Plattformen kann es sich aber gerade um Bestrebungen zum Markenschutz handeln. Sie fügen sich nahtlos in das auch im stationären Handel bestehende Ziel der Stärkung der Marke und verlässlicher und konsistenter Kommunikation der Markenbotschaften ein und dienen damit zugleich der Gewährleistung effizienter Marktergebnisse. Sie erstrecken die Markenbotschaft des Herstellers über Produkt und Kennzeichnung hinaus auf die Produktpräsentation in den Handel. Dabei dienen die Selektionskriterien des Herstellers ebenso wie die wechselseitigen Pflichten von Hersteller und zugelassenem Händler ganz zentral der Konsistenz und Homogenität des Markenauftritts, wohingegen Gefährdungen dieser Homogenität aktiv unterbunden werden sollen. Erreicht wird dies insbesondere durch besondere Anforderungen an die Gestaltung der Absatzstätte und ihre Lage, die Verpflichtung, die eigene Identität des Händlers in den Vordergrund seines Tuns zu stellen und die Verpflichtung, selbst aktiv gegen Produktfälschungen und Markenverletzungen vorzugehen. Diese Anforderungen finden ihre Entsprechungen im stationären Handel oder sind aus den Besonderheiten des Online-Handels begründet. Sie sind im Folgenden dargestellt. Soweit ein Plattformverbot in dieser Weise ausgestaltet und für ein selektives Vertriebssystem

⁷ Justus Haucap, Werbung und Marktorganisation – Die ökonomische Theorie der Werbung betrachtet aus Perspektive der Neuen Institutionenökonomik, Bergisch Gladbach, Köln, S. 161 ff., insbes. 196.

tem in dem oben beschriebenen Sinn notwendig ist, handelt es sich nicht um eine Wettbewerbsbeschränkung, sondern um qualitative Selektionskriterien.

Flohmarktimage

Die Hersteller von hochwertigen Markenprodukten haben ein besonderes und legitimes Interesse daran, dass ihre Waren in einer der jeweiligen Marke adäquaten Umgebung präsentiert werden. Das ist besonders deutlich bei Luxuswaren, jedoch nicht auf diese beschränkt. Zu der adäquaten Präsentation gehört, dass die Produkte nicht als neue Waren auf einem Flohmarkt verkauft werden, in der neue neben gebrauchter Ware, Originale neben Fälschungen angeboten werden und die Umgebung des Angebots dem Qualitätssignal der Marke abträglich ist, weil nach der Konsumentenerwartung dort oft qualitativ minderwertige Neuwaren angeboten werden. Ein solches Flohmarkt-Ambiente wird dabei den offenen Online-Marktplätzen gegenwärtig (noch) zugeschrieben; so wird im Online-Lexikon Wikipedia zum Stichwort „Flohmarkt“ noch im Herbst 2016 der offene Marktplatz eBay explizit als Fortentwicklung traditioneller Flohmärkte beschrieben. Sofern die Nutzer nach wie vor in den Ergebnislisten der einzelproduktbezogenen Suche nebeneinander Angebote aus Händlershops, geschäftliche Einzelangebote zum Sofortkauf oder zur Auktion und Angebote von privaten oder Gelegenheitsverkäufern, ebenfalls zum Sofortkauf oder zur Auktion finden, spricht wenig dafür, dass sich die Wahrnehmung einer Plattform aus der Nutzersicht von einem Internetflohmarkt zu einer B2C-Plattform gewandelt hat.

Für den stationären Handel haben Kommission⁸ und EuG⁹ anerkannt, dass nicht nur die Ausstattung des Ladenlokals selbst, sondern auch die Umgebung, in der es sich befindet, im Rahmen eines selektiven Vertriebssystems besonderen Anforderungen unterworfen werden kann. Dabei begründet ein solches Kriterium an und für sich noch nicht einmal die Anwendbarkeit des Art. 101 Abs. 1 AEUV; es liegt keine Wettbewerbsbeschränkung vor. Lediglich gibt das EuG den nationalen Gerichten oder Behörden die Aufgabe auf, darüber zu wachen, dass ein solches Kriterium nicht diskriminierend oder ohne Beachtung der Verhältnismäßigkeit angewandt wird. Diese Festlegungen kann auf den Online-Handel übertragen und in spezifischen Plattformverboten umgesetzt werden. Zwar ist die „Umgebung“ eines Online-Shops im Internet schwieriger zu beschreiben als für den stationären Handel, unmöglich ist aber auch dies nicht. Insbesondere Marktplätze lassen sich als „Umgebung“ der Angebote eines einzelnen Händlers im Internet beschreiben und auffassen. Dem steht auch die Tatsache nicht entgegen, dass sowohl die Kommission wie auch das EuG in den genannten Entscheidungen klar gemacht haben, dass die Qualitätsanforderungen in Bezug auf Lage und Einrichtung des Ladengeschäfts nicht dazu angetan sein dürfen, bestimmte Vertriebsformen von vornherein auszuschließen. In Kaufhäusern oder Supermärkten

⁸ Entscheidung v. 24. Juli 1992, Abl. 1992 L-236/11 - Givenchy

⁹ EuG, Urteil v. 12.12.1996, Leclerc v. Kommission, T-88/92, EU:T:1996:192, Rz. 130

muss danach auf die konkrete Präsentations- und Verkaufsstelle abgestellt werden. Es kann ausreichen, wenn innerhalb des Kaufhauses oder Supermarktes der Verkauf des betreffenden Produktes in geeigneter Weise, insbesondere räumlich, von anderen Produkten mit geringerer Qualität getrennt wird¹⁰. Ob der Vertrieb über offene Marktplätze im Internet tatsächlich als eigenständige Vertriebsform in diesem Sinne verstanden werden kann, unterliegt erheblichen Zweifeln. Sie wird aber nur dann relevant, wenn bzw. wo bei der Suche von Markenprodukten auf Online-Plattformen klar zwischen den Angeboten in einem möglichen Markenshop des Herstellers, einem gemäß den Qualitätskriterien im selektiven Vertrieb gestalteten Angebot von Händlern einerseits und den „Flohmarkt-Angeboten“ andererseits unterschieden wird und sich nicht beide Angebote unmittelbar nebeneinander (bzw. untereinander) finden.

Verkäuferidentität

Markenhersteller, gerade in selektiven Vertriebssystemen, und Markenkäufer erwarten bei langlebigen Gütern eine leichte Erkennbarkeit des Verkäufers als zentralen Ansprechpartner für Transaktionen, besonders aber auch für After-Sales-Services wie Reparaturdienste, die erst nach Jahren zum Tragen kommen. Es muss dem Konsumenten klar sein, von wem er seine Waren bezieht. Das ist eine Anforderung selektiver Vertriebssysteme im stationären Handel und im Internet in gleichem Maße. Es findet z.B. in der Anforderung Ausdruck, im Internet unter der gleichen, lediglich um internetspezifische Ergänzungen modifizierten Bezeichnung die Waren zu verkaufen, wie im stationären Handel. Diesem berechtigten Anliegen von Herstellern und Konsumenten trägt Tz 54 Vertikalleitlinien Rechnung, wenn dort ein „Drittlogo-Verbot“ als im Einklang mit der Vertikal-GVO stehend beschrieben wird. Mit diesem Ansinnen ermöglichen die Hersteller von Markenprodukten Intrabrand-Wettbewerb bei den Leistungen der Vertriebsstufe und erreichen ein hohes Qualitätsniveau der nicht von vornherein zu beurteilenden Leistungen. Eine „Grim-Strategie“ der Konsumenten¹¹, den unmoralischen, weil schlecht leistenden Vertragspartner effektiv abzustrafen und so einen Anreiz zu qualitativ hochwertigen Services zu setzen, kann nur bei bekannter und **präsenter** Identität der Vertragspartner gelingen. Diese Überlegungen liegen zutreffend auch dem Urteil des OLG Frankfurt im Fall Deuter¹² zugrunde. Bei Verkäufen über Plattformen erfolgt aus der maßgeblichen Sicht des Konsumenten regelmäßig keine dauerhaft präsente Zuordnung einer Transaktion zu dem tatsächlichen individuellen Käufer; die Konsumenten kaufen nach ihrer Wahrnehmung auf der Plattform X, aber nicht bei Händler H oder Händler F. Das ist auch Ausdruck der Stärke der Marken der Plattformen. Um aber die beschriebenen Wirkungen zu erzielen, reicht das Bewusstsein, nicht „bei der Plattform X“, sondern einem nicht präsenten Dritten „auf“ der Plattform eingekauft zu haben, nicht aus; bei schlechter Qualität

¹⁰ EuG, aaO, FN 9, Rz. 139.

¹¹ Haucap, aaO (FN 7), Rz 173 ff.

¹² OLG Frankfurt, Urteil vom 22.12.2015, 11 U 84/14 (Kart) - Rucksäcke

kann nicht sicher eine Bestrafung des Vertragspartners vorgenommen werden. Deshalb genügt der Verkauf über eine in der Wahrnehmung der Konsumenten dominante Plattform nicht den internetäquivalenten Anforderungen der Markenhersteller zur Herausstellung der Verkäuferidentität.

Markenförderung

Markenartikelhersteller erwarten von ihren Vertriebspartnern in selektiven Vertriebssystemen, dass diese sich zur Marke als geistigem Eigentum bekennen und aktiv für Markenförderung und Markenschutz einsetzen. Das gilt auch für Kooperationspartner der Händler in einem selektiven Vertriebssystem, die erkennbar in die Transaktion eingebunden sind und sie beeinflussen (können). Mehrere Gerichtsverfahren der jüngeren Vergangenheit zeigen jedoch, dass sich Online-Plattformen gegen die Übernahme einer Verantwortung für die Marke wehren. Dabei wird nicht verkannt, dass es zuvorderst die Aufgabe des Rechteinhabers ist, sich gegen eine Markenverletzung zu wehren; das erfolgt auch. Die Anforderung des Markeninhabers an seine Händler eines selektiven Vertriebssystems, die ja für ihn markenrelevante Funktionen erfüllen und dafür eine implizite Lizenz zur Nutzung der Marke erhalten, ist es, selbst weder gefälschte Produkte zu veräußern noch Markenverletzungen zu begehen, sondern umgekehrt diese zu verhindern. Dabei erstreckt sich diese Verpflichtung auch auf die vertriebsrelevanten Kooperationspartner des zugelassenen Händlers. Wäre dem nicht so, könnte sie durch gezieltes Outsourcing umgangen werden. Ob im Einzelfall Fälschungen des konkreten Produktes des Herstellers oder Verletzungen seiner Marke im Raum stehen oder andere Marken betroffen sind, ist für einen Verstoß gegen die Verpflichtung bei Einbindung stationärer oder Online-Plattformen irrelevant. Der Konsument verliert das Vertrauen in das Angebot auch dann, wenn Fälschungen anderer Produkte, Verletzungen anderer Marken hingenommen werden, denn er weiß nicht, ob die Originalität der Herstellerprodukte des einen oder anderen Herstellers gewährleistet oder nur zufällig ist.

Die im Bericht aufgeführten Maßnahmen von Plattformen genügen einem aktiven Markenschutz, wie er von den Herstellern zu Recht eingefordert wird, aber nicht. Sie entsprechen im Kern den im sog. Memorandum of Understanding zwischen Rechteinhabern und Plattformbetreibern von 2011

(http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/memorandum_04052011_en.pdf)

verankerten Verfahren. Sie dienen lediglich dazu, eigene Markenrechtsverletzungen durch Plattformbetreiber zu verhindern, genügen aber nicht einer berechtigten Anforderung nach aktiver Markenförderung bzw. Markenschutz.

Eine zusätzliche Schwierigkeit ergibt sich, wenn auf einer Plattform neben den geschäftlichen Verkäufern auch Private ihre Produkte verkaufen, und zwar sowohl neue wie auch gebrauchte. Es

war eine Auseinandersetzung eines Markenherstellers mit eBay, die klarstellte, dass das für eine Markenverletzung notwendige Handeln im geschäftlichen Verkehr nicht schon dann vorliegt, wenn eine Ware einer Vielzahl von Personen zum Kauf angeboten wird, selbst wenn dies mit dem Ziel geschieht, einen möglichst hohen Verkaufspreis zu erzielen¹³. Allein der Plattforminhaber wäre also in der Lage, durch entsprechende Anforderungen an seine Verkäufer darauf hinzuwirken, dass Produkte, die das Markenrecht nur deshalb nicht verletzen, weil sie nicht im geschäftlichen Verkehr verkauft werden, über die Plattform nicht angeboten werden und in der Einzelsuchergebnisse neben den Originalprodukten angezeigt werden. Diese Anforderung muss der Markeninhaber jedenfalls in einem selektiven Vertriebssystem an seine Händler und deren Kooperationspartner stellen dürfen.

D. Insbesondere: Doppelpreisstrategien

Der vorläufige Bericht zur Sektoruntersuchung E-Commerce stellt zutreffend fest, dass Kostenstrukturen für den stationären Handel sich deutlich von denjenigen des Online-Handels unterscheiden. Ebenso wird manifest, dass in zahlreichen, jedoch nach Auffassung der Hersteller nicht in allen Punkten stationäre Händler und Online-Händler vergleichbare Leistungen gegenüber den Konsumenten erbringen können. Für derartige Leistungen werden die Händler regelmäßig von den Herstellern „kompensiert“. Tatsächlich setzt sich vielfach der Einkaufspreis der Händler zusammen aus einem Listenpreis sowie rechnungswirksamen oder nachträglichen Preisreduzierungen für bestimmte, im Einzelnen in den Vereinbarungen zwischen Händler und Hersteller festgeschriebene, vom Hersteller regelmäßig als absatzfördernd betrachtete Leistungen.

Nach Auffassung des Markenverbandes wird die Bewertung und Erläuterung von Doppelpreisstrategien in Rz. 541 ff. diesen Realitäten nicht gerecht. Sie läuft Gefahr, wohlfahrtsfördernde Anreize der Hersteller für die Erbringung von Leistungen gegenüber den Kunden zu unterminieren. Der Markenverband regt an, im endgültigen Bericht klarzustellen, dass jedenfalls bei leistungsbezogenen Preisreduzierungen, denen stationär und online vergleichbare Leistungen zugrundeliegen, auch dann keine (verbotene) Doppelpreisstrategie vorliegt, wenn Online-Händler sich entschließen, die für eine solche Preisreduzierung erforderlichen Leistungen nicht zu erbringen. Diese Klarstellung läge auf der Linie des Falles BSH des Bundeskartellamts¹⁴. Der Fallbericht zeigt etwa für den Bereich der allgemeinen Beratung von Konsumenten eine von mehreren Möglichkeiten auf, wie für den Online-Verkauf vergleichbarer Leistungen zum stationären Handel etabliert werden können. Ähnliches, wenn auch gegebenenfalls mit deutlich höheren Kosten für den Händler, dürfte für die allermeisten Leistungen des stationären Handels gelten, selbst wenn diese, wie etwa die unmittelbare haptische Produkterfahrung oder die echte Funktionsprüfung

¹³ BGH, Urteil v. 19. 4. 2007, Az I ZR 35/04 - Internetversteigerung II, GRUR 2007, S. 708 – 713 (m. Anm. Lehment).

¹⁴ BKartA, Fallbericht Bosch Siemens Haushaltsgeräte GmbH v. 23.12.2013, Az B7-11/13.

faktisch von keinem Online-Händler bereitgestellt werden. Händler wie Hersteller sind hier gefordert, tatsächliche Leistungen präzise zu beschreiben und Lösungen zu suchen. Aus Sicht des Markenverbandes ist allerdings die weitere Position des Bundeskartellamtes im Fall BSH, nämlich dass die Leistungen auch „im Online-Bereich überwiegend von den Händlern als gut umsetzbar eingeschätzt“ werden müssen, weder notwendig noch zutreffend. Umgekehrt hat der EuGH in den Entscheidungen Pierre Fabre¹⁵, Deutscher Apothekenverband¹⁶ (EuGH 2003) und Ker-Optika¹⁷ (EuGH 2010) den Ausschluss des Internethandels gerade auch deshalb für nicht erforderlich gehalten, da vergleichbare Lösungen zu denen der stationären Händler auch für Online-Händler denkbar waren, wenn auch nur mit erheblichen Anstrengungen der Händler. Im Interesse einer Fortentwicklung auch des Online-Handels ist an dieser zutreffenden Bewertung festzuhalten.

Der Markenverband regt an, im Schlussbericht zur Sektoruntersuchung E-Commerce klarzustellen, dass das Verbot der Doppelpreisstrategien, wie in Rz. 52 lit. d der Vertikalleitlinien beschrieben, „lediglich“ ein Verbot der Preisspaltung gegenüber einem Händler darstellt, der sowohl stationär wie auch online weiterverkauft. Eine darüber hinausgehende Interpretation, es enthalte ein Diskriminierungsverbot zwischen reinen Online-Händlern und hybriden Händlern oder stationären Händlern, das über das Diskriminierungsverbot des Art. 102 AEUV hinausgeht, ist untragbar.

E. Preisempfehlungen, Preiskommunikation

Der vorläufige Bericht führt unter der Überschrift preisbezogene Wettbewerbsbeschränkungen auch Empfehlungen durch die Hersteller auf und analysiert im Weiteren näher Preismonitoring-Praktiken. Als Grund hierfür wird angegeben, dass diese Praktiken leicht in verbotene Preisbindungen übergehen könnten.

Hier ist zunächst hervorzuheben, dass die Fragen der Preisbindung der zweiten Hand, der Preisempfehlung oder einer dahinter noch zurückbleibenden Kommunikation zwischen den Beteiligten der Wertschöpfungskette über Preise oder Preiselemente kein Spezifikum des E-Commerce darstellt. Tatsächlich waren und sind diese Fragen auch im stationären Handel von Bedeutung, u.a. in Deutschland und Österreich. Eine inhaltliche Abweichung von den allgemein geltenden Regeln ist nicht veranlasst. Das gilt unbeschadet der Tatsache, dass die wettbewerbsrechtliche Bewertung auch in diesen Fällen stets sämtliche Aspekte des Einzelfalls und damit auch Unterschiede in verschiedenen Vertriebskanälen berücksichtigen muss. Aus diesem Grund regt der

¹⁵ EuGH, C-439/09, EU:C:2011:649, Pierre Fabre.

¹⁶ EuGH, C-322/01, EU:C:2003:664, Deutscher Apothekerverband.

¹⁷ EuGH, C-108/09, EU:C:2010:725, Ker-Optika.

Markenverband an, diesen Bereich nicht in den endgültigen, sektorspezifischen Bericht aufzunehmen. Dies gilt auch vor dem nachstehenden Hintergrund.

Es ist zu betonen, dass es sich bei Preisempfehlungen und auch bei Preisbeobachtungen nicht um verbotene Maßnahmen handelt, und zwar weder für Hersteller noch für Händler. Aus den einseitigen Maßnahmen darf nach Auffassung des Markenverbandes auch durch die schlichte Tatsache, dass der Händler aus eigener Überzeugung seinen Abgabepreis so setzt, dass er mit dem empfohlenen Preis übereinstimmt, keine (wettbewerbsbeschränkende und damit verbotene) Vereinbarung zwischen Hersteller und Händler werden. Es verbleibt vielmehr bei zwei voneinander unabhängigen einseitigen Maßnahmen.

Auch eine ausführliche Begründung, Erörterung und Hinterfragung von konkreten Preisstellungen durch Hersteller und Händler stellt keine Beschränkung des Wettbewerbs, sondern vielmehr eine zur Gestaltung der Wertschöpfungsketten notwendige und sinnvolle Kommunikation der Beteiligten dar. Das ist besonders für Markenartikelhersteller von hoher Bedeutung, denn sie sind auf eine in sich konsistente Kommunikation des Markenversprechens gegenüber den Konsumenten angewiesen. Zu diesen kommunizierenden Aspekten zählt aber neben Produktspezifikationen und Qualität, Markenpositionierung und –image und anderen auch die Preisstellung.

Preiselastizitäten begründen bei beschränkten Produktions- und Logistikkapazitäten die Notwendigkeit, auch geplante Preisveränderungen im Abgabepreis des Händlers und seine Auswirkungen für benötigte Kapazitäten zwischen Händler und Hersteller zu erörtern. Das gilt sowohl für dauerhafte Preiserhöhungen oder –senkungen, wie für vorübergehende Preisänderungen (Promotionpreise).

Berlin, den 18.11.2016
gez. Dr. Andreas Gayk