

Kartellrechtliche Stellungnahme

zu dem Zwischenbericht der Europäischen Kommission
zur Sektoruntersuchung zum elektronischen Handel

im Auftrag der

Vieler GmbH & Co. KG, Melle, Deutschland

erstattet von
Rechtsanwalt Andreas Okonek, Bonn
Rechtsanwalt Dr. Sebastian Steinbarth, LL.M., Brüssel

- (1) Die Vieler GmbH & Co. KG, Melle, Deutschland ist die Obergesellschaft einer auf verschiedenen Märkten im Bereich des elektronischen Handels mit Konsumgüterprodukten tätigen Unternehmensgruppe (nachfolgend: „**Vieler-Gruppe**“). Die Unternehmen der Vieler-Gruppe vertreiben die angebotenen Waren sowohl über einen eigenen Onlineshop als auch über Internetmarktplätze sowie regelmäßig auch in eigenen stationären Ladengeschäften. Insgesamt beschäftigt die Vieler-Gruppe mehr als 230 Angestellte.
- (2) Die Vieler-Gruppe nutzt seit über zehn Jahren die Vorteile des elektronischen Handelns, um ihren Kunden zu jeder Zeit eine größtmögliche Auswahl an qualitativ hochwertigen Produkten zu einem günstigen Preis anbieten zu können. Die Unternehmen der Vieler-Gruppe stehen in guten und überwiegend bereits langjährigen Geschäftsbeziehungen zu ihren Lieferanten. Mit dem in den zurückliegenden Jahren beobachteten Bedeutungsanstieg des elektronischen Handels sieht sich die Vieler-Gruppe in zunehmendem Maße Vertriebsbeschränkungen durch die Hersteller der bezogenen Waren ausgesetzt. Erforderlichenfalls bedarf es auch eines rechtlichen Vorgehens, um sich gegen solche verbotenen Vertriebspraktiken zur Wehr zu setzen.
- (3) Angesichts der für Onlinehändler somit bestehenden Hindernisse begrüßt die Vieler-Gruppe die Initiative der Europäischen Kommission (nachfolgend: „**Kommission**“) zur weiteren Stärkung des elektronischen Handels innerhalb der Europäischen Union und die Durchführung einer Sektoruntersuchung in diesem Bereich. Aufgrund der Vielzahl der im Zuge der Sektoruntersuchung festgestellten Beeinträchtigungen sollte sich die Kommission nach Auffassung der Vieler-Gruppe nicht darauf beschränken, die Hersteller lediglich zu einer Überprüfung der eigenen Vertriebspraxis aufzufordern und nur in Einzelfällen festgestellte Zuwiderhandlungen aufzugreifen und zu verfolgen.
- (4) Vielmehr bedarf es darüber hinausgehender Maßnahmen, um den elektronischen Handel vor übermäßigen Einschränkungen zu schützen. Insbesondere ist für einen wirksamen Schutz des von den festgestellten Beschränkungen in besonderem Maße betroffenen markeninternen Wettbewerbs eine Anpassung der von der Kommission veröffentlichten Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. vom 19.05.2010 Nr. C 130/1 (nachfolgend: „**Vertikal-Leitlinien**“), an den Bedeutungszuwachs des elektronischen Handels sowohl wettbewerbsrechtlich als auch wettbewerbspolitisch erforderlich und dringend geboten.

A.

Ergebnisse der Sektoruntersuchung

- (5) Die Kommission verfolgt mit ihrer im Mai 2015 veröffentlichten Strategie für einen digitalen Binnenmarkt das Ziel, rechtliche Hindernisse für den elektronischen Handel zu beseitigen. Verbraucher und Unternehmen sollen Online-Dienste unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit und ihrem Wohnort nahtlos und unter Bedingungen des freien Wettbewerbs in Anspruch nehmen und erbringen können.
- (6) Hintergrund dieser Initiative sind konkrete Anzeichen dafür, dass die Hersteller im Rahmen ihrer Vertriebssysteme den im elektronischen Handel tätigen Unternehmen vielfältige Beschränkungen auferlegen und es dadurch zu spürbaren Hindernissen für den europaweiten grenzüberschreitenden elektronischen Handel kommt.
- (7) Gestützt auf diesen Anfangsverdacht hat die Kommission im Rahmen ihrer Strategie für einen digitalen Binnenmarkt eine Sektoruntersuchung zum elektronischen Handel eingeleitet. In einem ersten Schritt hat sie in diesem Zusammenhang auf der Grundlage von Art. 17 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages (jetzt: Art. 101 und 102 AEUV) niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. vom 14.01.2011, Nr. C 11/1, europaweit von knapp 1.800 im elektronischen Handel mit Verbrauchsgütern und digitalen Inhalten tätigen Unternehmen Informationen eingeholt und rund 8.000 Vertriebsvereinbarungen geprüft.
- (8) Erste Ergebnisse der Sektoruntersuchung hat die Kommission in einem am 15.09.2016 veröffentlichten Zwischenbericht der Öffentlichkeit vorgestellt. Demnach hat sich die zunehmende Bedeutung des elektronischen Handels grundsätzlich bestätigt. Die Kommission sieht die Vorteile des elektronischen Handels vor allem darin, dass dieser eine wichtige Triebkraft für Preistransparenz und Preiswettbewerb ist und den Verbrauchern mehr Wahlmöglichkeiten und größere Chancen bietet, das beste Angebot zu finden. Darüber hinaus ermöglicht der elektronische Handel den Anbietern, die Preise der Wettbewerber zu verfolgen und auf Preisänderungen zu reagieren.
- (9) Zugleich haben die Ermittlungen gezeigt, dass die Hersteller auf die wachsende Bedeutung des elektronischen Handels mit Strategien reagiert haben, die es ihnen erlauben, mehr Kontrolle über den Produktvertrieb und die Markenpositionierung auszuüben. Wie in dem Zwischenbericht detailliert ausgeführt wird, ist dieser Prozess vielfach mit Beschränkungen der im elektronischen Handel tätigen Unternehmen verbunden. Diese Beeinträchtigungen treten nach den Ergebnissen der Sektoruntersuchung in einer Häufigkeit

auf, die darauf schließen lässt, dass eine systematische Beschränkung des elektronischen Handels bezweckt oder zumindest bewirkt wird.

- (10) Die Kommission hat in ihrem Zwischenbericht einzelne Fallgruppen regelmäßig auftretender Beschränkungen des elektronischen Handels identifiziert. Die vorliegende Stellungnahme beschränkt sich darauf, zu den folgenden nach Wahrnehmung der Vieler-Gruppe besonders wettbewerbsschädlichen Beschränkungen Stellung zu nehmen (vgl. zu den empirischen Angaben die diesbezüglichen Feststellungen im Zwischenbericht):
- Systematische Diskriminierung oder Benachteiligung des elektronischen Handels durch selektive Vertriebssysteme
 - Etwa jeder fünfte von der Kommission befragte Hersteller hat in den vergangenen zehn Jahren erstmals ein selektives Vertriebssystem eingeführt;
 - 67 % der Hersteller mit selektivem Vertriebssystem führten aufgrund der Zunahme des elektronischen Handels neue Auswahlkriterien ein;
 - Fast die Hälfte der Hersteller mit selektivem Vertriebssystem verwehrt Händlern, die ausschließlich online verkaufen, den Zugang zu ihrem Vertriebssystem.
 - Systematische Diskriminierung oder Benachteiligung des elektronischen Handels durch vertragliche Vertriebsbeschränkungen
 - 42 % der befragten Einzelhändler unterliegen einer Preisempfehlung oder einer Preisvorgabe des Herstellers;
 - 32 % der befragten Einzelhändler in Deutschland (EU-weit: nahezu 20 %) unterliegen einer vertraglichen Beschränkung in Bezug auf den Verkauf auf Online-Marktplätzen;
 - Mehr als 10 % der befragten Einzelhändler gaben an, vertraglichen Beschränkungen in Bezug auf grenzüberschreitende Verkäufe zu unterliegen.
- (11) Die Vieler-Gruppe geht mit der Kommission davon aus, dass die festgestellten Beschränkungen geeignet sind, grenzüberschreitende Einkäufe und Online-Einkäufe ganz allgemein zu erschweren und die Verbraucher daran zu hindern, eine größere Angebotsvielfalt und niedrigere Preise im elektronischen Handel zu nutzen.
- (12) Die festgestellten Beschränkungen des elektronischen Handels haben daher ein erhebliches wettbewerbsschädigendes Potenzial vor allem in Bezug auf den in erster Linie betroffenen markeninternen Wettbewerb.

B.
Stellungnahme zu den festgestellten
Beschränkungen des elektronischen Handels

I. Selektive Vertriebssysteme

- (13) Die Ermittlungen der Kommission haben ergeben, dass Hersteller auf den Bedeutungszuwachs des elektronischen Handels vielfach mit der Einführung eines selektiven Vertriebssystems oder, falls ein solches Vertriebssystem bereits besteht, mit einer Anpassung der Zulassungskriterien reagieren. Nach Wahrnehmung der Vieler-Gruppe muss davon ausgegangen werden, dass sich dieser Trend weiter fortsetzt und die Anzahl der selektiven Vertriebssysteme auf den einzelnen Märkten deshalb weiter zunehmen wird.
- (14) Kennzeichnend für ein selektives Vertriebssystem ist, dass der Hersteller anhand bestimmter Kriterien die Unternehmen auswählt, die seine Produkte vertreiben dürfen. Dies soll es den Herstellern ermöglichen, einen leistungsfähigen Vertrieb, ein stimmiges Markenimage und gute Verkaufsberatung bzw. Kundendienstleistungen sicherzustellen.
- (15) Nach Wahrnehmung der Vieler-Gruppe erfolgt die Einführung selektiver Vertriebssysteme vielfach mit dem primären, wenn nicht sogar einzigen Ziel, Onlinehändlern den Zugang zu dem Vertriebssystem unter Hinweis auf vermeintlich objektive Kriterien zu verwehren oder zumindest eine Schlechterstellung gegenüber ganz oder schwerpunktmäßig im stationären Einzelhandel tätigen Unternehmen zu erreichen. Häufig erfolgt dies durch indirekte Formen des quantitativen Selektivvertriebs, etwa durch die Verknüpfung qualitativer Kriterien mit der Vorgabe eines Mindestwerts in Bezug auf das jährliche Einkaufsvolumen.
- (16) Die Vieler-Gruppe teilt die in dem Zwischenbericht mitgeteilte Einschätzung, dass die Hersteller diese Beschränkungen gerade auch mit dem Ziel einführen, auf diese Weise den markeninternen Preiswettbewerb auszuschalten (vgl. Rn. 230 des Zwischenberichts). Einhergehend mit der Beschränkung des markeninternen Preiswettbewerbs führt diese Praxis zugleich auch zu einer systematischen Diskriminierung oder Benachteiligung des elektronischen Handels gegenüber anderen Vertriebsformen.
- (17) Diese Entwicklung macht nach Auffassung der Vieler-Gruppe nicht zuletzt wegen des festgestellten signifikanten Anstiegs der Gesamtzahl selektiver Vertriebssysteme eine

Anpassung der Vertikal-Leitlinien hinsichtlich der Kriterien für die kartellrechtliche Bewertung von selektiven Vertriebssystemen erforderlich. Nur auf diese Weise kann ein einseitiges Zurücktreten des Interesses an einem funktionierenden vertriebsformübergreifenden markeninternen Wettbewerb hinter der Aufrechterhaltung eines künstlich überhöhten Preisniveaus mittels eines systematischen Ausschlusses einzelner Händlergruppen vom Zugang zu den Produkten verhindert werden.

II. Preisbindung der zweiten Hand

- (18) Nach Wahrnehmung der Vieler-Gruppe unterliegen die im elektronischen Handel tätigen Unternehmen vielfach direkten – d. h. vertraglich vereinbarten – oder indirekten – d. h. durch schriftliche oder mündliche Nachteilsandrohung durchgesetzten – Preisvorgaben der Hersteller.
- (19) Aufgrund der vielfältigen Sanktionsmöglichkeiten der Hersteller bei Unterschreitung bestimmter Preisuntergrenzen – von der Konditionenverschlechterung bis hin zum zeitweisen oder vollständigen Lieferstopp – bedarf es aus Sicht der Vieler-Gruppe in dem für das erste Quartal des Jahres 2017 angekündigten Abschlussbericht zur Sektoruntersuchung im Bereich des elektronischen Handels deutlicher als im Zwischenbericht eines Hinweises auf die Gefahren einer solchen Preisbindung für den markeninternen Wettbewerb.
- (20) Nach Wahrnehmung der Vieler-Gruppe stellt insbesondere die Vorgabe bestimmter Preisuntergrenzen eine unmittelbare Gefahr für den markeninternen Wettbewerb dar, weil – wie zutreffend in dem Zwischenbericht festgestellt wird – die Hersteller regelmäßig einen eigenen Onlineshop betreiben und sich Onlinehändler deshalb gerade auch im Wettbewerb gegen ihren eigenen Lieferanten durchsetzen müssen. Dies kann nur gelingen, wenn der Preiswettbewerb nicht durch eine Preisbindung der zweiten Hand ausgeschaltet wird.
- (21) Vor diesem Hintergrund sollten in dem Abschlussbericht gerade auch die mitgliedstaatlichen Kartellbehörden aufgefordert werden, zur Offenhaltung der Märkte die bestehenden Verbote einer Preisbindung der zweiten Hand konsequent durchzusetzen.

III. Onlinemarktplatzverbote

- (22) Der Zwischenbericht erkennt die wettbewerbsfördernden Effekte und die damit verbundene essentielle Bedeutung von Onlinemarktplätzen für die im elektronischen Handel tätigen Unternehmen ausdrücklich an. Onlinemarktplätze ermöglichen es, eine große Anzahl an Kunden anzusprechen, die die angebotenen Produkte über die Onlinemarktplätze nachfragen. Onlinemarktplätzen kommt deshalb eine Schlüsselfunktion für den Eintritt in neue Märkte zu. Beabsichtigt beispielsweise ein Internethändler Verkäufe in einem anderen Mitgliedstaat, gelingt der Markteintritt regelmäßig nur, wenn die Möglichkeit besteht, über Verkäufe auf Onlinemarktplätzen eine große Anzahl an Kunden zu erreichen. Neben dem Preiswettbewerb ist daher der Verkauf über Onlinemarktplätze der zweite wesentliche Wettbewerbsparameter, der Internethändler überhaupt erst in die Lage versetzt, sich im markeninternen Wettbewerb gegenüber den Herstellern mit eigenem Onlineshop durchzusetzen.
- (23) Vor diesem Hintergrund sollte diese wettbewerbsöffnende Funktion von Onlinemarktplätzen in dem Abschlussbericht nicht nur in dem Abschnitt über räumliche Vertriebsbeschränkungen, sondern auch im Abschnitt über Onlinemarktplatzverbote erörtert werden.
- (24) Der Zwischenbericht geht ferner darauf ein, dass Hersteller vielfach den Vertrieb über Onlinemarktplätze als nachteilhaft für das Markenimage ansehen und diese Vertriebsform regelmäßig pauschal ausschließen. Die Sektoruntersuchung hat diesbezüglich jedoch gezeigt, dass Hersteller keine Bedenken gegen einen Vertrieb über Onlinemarktplätze haben, wenn bestimmte qualitative Anforderungen erfüllt sind. Hierzu zählt, dass die Produkte auf eine ansprechende Weise präsentiert werden, die Identität der Marke gewahrt wird und die Kunden auf die Besonderheiten, Merkmale und Qualitäten der Produkte aufmerksam gemacht werden, um auf dieser Grundlage ihre Kaufentscheidung treffen zu können.
- (25) Dieser Befund zeigt, dass pauschale Onlinemarktplatzverbote, wie sie regelmäßig insbesondere im Zusammenhang mit selektiven Vertriebssystemen ausgesprochen werden, zur Wahrung des Herstellerinteresses an einem hochwertigen Vertrieb nicht erforderlich sind, da den genannten qualitativen Anforderungen auch durch spezifische Regelungen unterhalb eines Komplettverbots von Marktplatzverkäufen entsprochen werden kann.
- (26) Darüber hinaus führt ein pauschales Marktplatzverbot regelmäßig gerade bei kleinen und mittleren Händlern sowie auf Märkten, auf denen ein Händler bislang nicht oder nur in geringem Umfang tätig ist, zu marktverschließenden Effekten, weil der Endverbraucher

das Onlineangebot dieser Händler nicht auffinden kann. Um zu vermeiden, dass sich der elektronische Handel auf die Hersteller selbst und einige große Händler sowie marktführende Marktplätze konzentriert, sollte aus Sicht der Vieler-Gruppe der Fokus im Abschlussbericht deshalb stärker darauf gerichtet werden, die Märkte auch zugunsten kleiner und mittlerer Internethändler offen zu halten. Anderenfalls kommt der Komplettabschluss von Marktplatzverkäufen einem generellen Ausschluss des Internetvertriebs auf den betreffenden Märkten gleich.

- (27) Unter dieser Prämisse kann auch dem in dem Zwischenbericht vertretenen Ansatz einer Einzelfallprüfung bei der Frage, ob ein generelles Onlinemarktplatzverbot eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. eine Kernbeschränkung im Sinne von Art. 4 b) und/oder c) der Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20.04.2010 über die Anwendung von Art. 101 Abs. 3 AEUV auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. vom 23.04.2010, Nr. L 102/1 (nachfolgend: „**Vertikal-GVO**“), darstellt, gefolgt werden.
- (28) Aus Gründen der Rechtsklarheit erscheint der Vieler-Gruppe in diesem Zusammenhang jedoch eine Anpassung der sog. „Logo-Klausel“ in Rn. 54 der Vertikal-Leitlinien geboten. Diese Klausel hat in der gegenwärtigen Fassung der Vertikal-Leitlinien folgenden Wortlaut:

„Befindet sich die Website des Händlers zum Beispiel auf der Plattform eines Dritten, könnte der Anbieter verlangen, dass Kunden die Website des Händlers nicht über eine Website aufrufen, die den Namen oder das Logo dieser Plattform tragen.“

- (29) Die Klausel könnte nach ihrem Wortlaut so verstanden werden, dass es den Herstellern gestattet ist, den Vertrieb über Drittplattformen generell zu untersagen, wenn diese ihr eigenes Logo tragen. Ein solches Verständnis ist jedoch weder mit Art. 101 AEUV noch mit dem Sinn und Zweck von Art. 4 c) der Vertikal-GVO vereinbar, wenn dies faktisch dazu führt, dass der Hersteller einen wesentlichen Teil des Internetvertriebs ohne jegliche qualitative Differenzierung untersagen kann.
- (30) Die mitgliedstaatliche Entscheidungspraxis zeigt, dass in der Rechtspraxis vor dem Hintergrund der in der Sache zutreffenden *Pierre Fabre*-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs auch über dessen bevorstehende Vorabentscheidung in der Rechtssache C-230/16 hinaus ein Bedürfnis nach weiterer Rechtssicherheit besteht.

EuGH, Urteil vom 13.10.2011, Rs. C-439/09 – Pierre Fabre; vgl. zur mitgliedstaatlichen Entscheidungspraxis KG Berlin, Urteil vom 19.09.2013, 2 U 8/09, juris – *Schulranzen und -rucksäcke*; LG Frankfurt, Urteil vom 18.06.2014, 2-03 O 158/13, juris, Rn. 41 ff. m.w.N.; Bundeskartellamt, Beschluss vom 26.08.2015, Az. B2-98/11 – *Asics*; Bundeskartellamt, Hintergrundpapier, Vertikale Beschränkungen in der Internetökonomie, abrufbar über die Internetseite des BKartA, S. 24 ff.; siehe auch: OLG Frankfurt, Urteil vom 22.12.2015, 11 U 84/14, juris – *Funktionsrucksäcke*; und OLG Frankfurt, Aussetzungsbeschluss vom 19.04.2016, 11 U 96/14 (Kart), juris – *Depotkosmetik II*, zur Vorlage des Verfahrens an den EuGH (Rs. C-230/16).

- (31) Schließlich sollte in dem Abschlussbericht im Zusammenhang mit Onlinemarktplatzverboten deutlicher als im Zwischenbericht klargestellt werden, dass solche Pauschalverbote im Rahmen von selektiven Vertriebssystemen mangels einheitlicher Anwendung der qualitativen Anforderungen unzulässig sind, wenn der Hersteller selbst den Betreiber des Onlinemarktplatzes beliefert oder seine Produkte über den Onlinemarktplatz vertreibt.

IV. Beschränkung grenzüberschreitender Verkäufe

- (32) Im Rahmen der Sektoruntersuchung wurden auch vertraglich auferlegte räumliche Vertriebsbeschränkungen untersucht. Demnach bestehen solche Beschränkungen in allen Branchen in Gestalt von vertraglichen Totalverboten von aktiven und/oder passiven Verkäufen in andere Mitgliedstaaten, Genehmigungserfordernissen oder mündlichen Aufforderungen zum Unterlassen solcher Verkäufe regelmäßig unter Androhung von Sanktionen bei entsprechenden Zuwiderhandlungen.
- (33) Der Zwischenbericht nimmt zu der kartellrechtlichen Bewertung räumlicher Vertriebsbeschränkungen Stellung. Insbesondere wird klargestellt, dass ein Verbot passiver Verkäufe in andere Mitgliedstaaten eine stets verbotene Kernbeschränkung im Sinne Art. 4 b) i) der Vertikal-GVO darstellt. Aus Sicht der Vieler-Gruppe sollte in dem Abschlussbericht in diesem Zusammenhang ebenfalls herausgestellt werden, dass Verkäufe über Onlinemarktplätze als passive Verkäufe anzusehen sind.
- (34) Darüber hinaus sollten auch die Vertikal-Leitlinien bezüglich der kartellrechtlichen Bewertung räumlicher Vertriebsbeschränkungen angepasst werden. Dabei sollte auch auf das erhebliche Schadenspotenzial für die davon betroffenen Internethändler und Endverbraucher eingegangen werden. Insbesondere sollte hervorgehoben werden, dass ein Ver-

bot von passiven Verkäufen in andere Mitgliedstaaten aufgrund der jeweils nur sehr geringen Marktzutrittsschranken regelmäßig zu sehr hohen Schäden in Gestalt eines entgangenen Gewinns führt.

C.

Fazit

- (35) Nach Auffassung der Vieler-Gruppe bedarf es zur Offenhaltung der Märkte im Bereich des elektronischen Handels und zu einem wirksamen Schutz insbesondere kleiner mittlerer Internethändler vor den im Rahmen der Sektoruntersuchung festgestellten Beschränkungen einer Anpassung der für die Auslegung des europäischen und nationalen Wettbewerbsrechts insoweit maßgeblichen Vertikal-Leitlinien.
- (36) Anderenfalls besteht die Gefahr der Aufrechterhaltung eines künstlich überhöhten Preisniveaus durch die Hersteller zulasten des Interesses der im elektronischen Handel tätigen Unternehmen und der Endverbraucher an einem funktionierenden vertriebsformübergreifenden markeninternen Wettbewerb.
- (37) Die Kommission sollte sich deshalb nicht darauf beschränken, unter Hinweis auf die zahlreichen festgestellten Verstöße die Hersteller in dem Abschlussbericht lediglich zu einer Überprüfung der eigenen Vertriebspraxis aufzufordern und festgestellte Zuwiderhandlungen nur in Einzelfällen aufzugreifen und zu verfolgen.

* * * * *