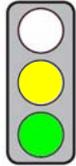


## KERNPUNKTE

**Ziel:** Bestimmte Vereinbarungen zwischen Unternehmen, von denen die Kommission positive Wettbewerbswirkungen erwartet, sollen als wettbewerbsrechtlich unbedenklich gelten.

**Betroffene:** Hersteller insbesondere hochwertiger Güter, Händler mit Ladenlokalen und Online-Händler.



**Pro:** (1) Eine Gruppenfreistellungsverordnung erhöht die Rechtssicherheit für die Unternehmen und entlastet die Wettbewerbsbehörden von Einzelfallprüfungen.

(2) Nur wenn die Marktanteile sowohl des Anbieters als auch des Abnehmers berücksichtigt werden, können bestimmte Vereinbarungen zunächst als wettbewerbsrechtlich unbedenklich gelten.

**Contra:** Die Leitlinien enthalten pragmatische Lösungen für einige der durch den Online-Handel aufgeworfenen Fragen, äußern sich aber nicht zum Umgang mit Online-Auktionsplattformen.

## INHALT

### Titel

**Entwurf K(2009) 5365/23** vom 28. Juli 2009 für eine **Verordnung** der Kommission über die **Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen (GVO)** und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen und **Entwurf SEK(2009) 946** vom 28. Juli 2009 für eine **Mitteilung** der Kommission über **Leitlinien für vertikale Beschränkungen**

### Kurzdarstellung

#### ► Gegenstand und Ziele

- Vertikale Vereinbarungen sind Absprachen und abgestimmte Verhaltensweisen,
  - die den Bezug, Verkauf und Weiterverkauf bestimmter Waren und Dienstleistungen betreffen und
  - an denen Unternehmen beteiligt sind, die auf unterschiedlichen Ebenen der Produktions- und Vertriebskette agieren (Art. 2 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 2790/1999).
- Vertikale Vereinbarungen, die den Wettbewerb innerhalb der EU beeinträchtigen, sind grundsätzlich verboten (Art. 81 Abs. 1 EGV). Eine Freistellung von diesem Verbot ist allerdings möglich, wenn eine Vereinbarung insgesamt positive Auswirkungen für die Verbraucher hat (Art. 81 Abs. 3 EGV).
- Ziel des Entwurfes der Gruppenfreistellungsverordnung (GVO) ist es, Gruppen vertikaler Vereinbarungen zu definieren, die mit Art. 81 Abs. 3 EGV vereinbar sind. Die Verordnung soll die bestehende GVO (EG) Nr. 2790/1999 ablösen und am 1. Juni 2010 in Kraft treten. Für Sonderfälle vertikaler Vereinbarungen sollen allerdings wie bisher spezielle Gruppenfreistellungsverordnungen gelten (Art. 2 Abs. 5).
- Ziel des Leitlinienentwurfs ist es, Unternehmen eine „Orientierungshilfe“ für eine „Selbstprüfung“ der Vereinbarkeit vertikaler Vereinbarungen mit dem europäischen Wettbewerbsrecht zu geben. Sie sollen vor allem jüngeren Entwicklungen beim Online-Handel Rechnung tragen [SEK(2009) 946, Rn. 3].
- Artikelangaben verweisen auf den Verordnungs-, Randnummernangaben auf den Leitlinienentwurf.

#### ► Grundsätze

- Vertikale Vereinbarungen gelten als wettbewerbskonform, wenn
  - sie keine Klauseln enthalten, die nach der Verordnung ausdrücklich verboten sind,
  - keines der beteiligten Unternehmen über einen Marktanteil von mehr als 30% verfügt und
  - die Unternehmen nicht im Wettbewerb zueinander stehen (Art. 2 Abs. 1, 4; Art. 3, Erwägungsgrund 8).
- Unternehmen, die im Wettbewerb zueinander stehen, dürfen ausnahmsweise „nicht wechselseitige“ vertikale Vereinbarungen schließen, wenn
  - der Anbieter zugleich Hersteller und Händler ist, mit dem Abnehmer aber nur auf der Händlerebene im Wettbewerb steht (Art. 2 Abs. 4 lit. a) oder
  - die Vereinbarung sich auf eine Handelsstufe bezieht, auf der Anbieter und Abnehmer nicht als Wettbewerber auftreten (Art. 2 Abs. 4 lit. b).
- Zwischen einer Unternehmensvereinigung und ihren Mitgliedern oder einer solchen Vereinigung und Warenanbietern sind vertikale Vereinbarungen nur zulässig, wenn alle Mitglieder der Vereinigung Wareneinzelhändler sind und keines einen Jahresumsatz von mehr als 50 Mio. Euro erzielt (Art. 2 Abs. 2).

#### ► Wettbewerbswidrige Klauseln

- Die folgenden Klauseln begründen die widerlegbare Vermutung, dass eine vertikale Vereinbarung insgesamt wettbewerbswidrig ist und damit zur Unwirksamkeit der gesamten Vereinbarung führt („Kernbeschränkungen“) (Rn. 47):
  - Festlegungen von Verkaufspreisen, die über die erlaubte Vorgabe von Höchstpreisen oder unverbindlichen Preisempfehlungen hinausgehen (Art. 4 lit. a),
  - Beschränkungen so genannter „Querlieferungen“ zwischen Händlern eines Vertriebsnetzes, dessen Mitglieder der Anbieter eines Produktes nach festgelegten Merkmalen aussucht und exklusiv beliefert („selektives Vertriebssystem“) (Art. 4 lit. d),

- Beschränkungen des Verkaufsgebietes oder der zu beliefernden Kundengruppen (Art. 4 lit. b),
- Beschränkungen der Waren und Dienstleistungen, die zugelassene Niederlassungen eines selektiven Vertriebssystems verkaufen dürfen (Art. 4 lit. c),
- Einschränkungen des Weiterverkaufs von Produktteilen als Ersatzteile an Endverbraucher oder Reparaturwerkstätten (Art. 4 lit. e).
- Die folgenden Klauseln begründen die widerlegbare Vermutung der Wettbewerbswidrigkeit, ohne die Wirksamkeit der gesamten Vereinbarung zu berühren (Rn. 61):
  - unmittelbare oder mittelbare Wettbewerbsverbote, die eine Laufzeit von mehr als fünf Jahren haben oder auf unbestimmte Zeit vereinbart sind (Art. 5 lit. a),
  - Regelungen, die Mitglieder eines selektiven Vertriebssystems unmittelbar oder mittelbar verpflichten, auf den Verkauf von Marken bestimmter konkurrierender Anbieter zu verzichten (Art. 5 lit. c),
  - Regelungen, die dem Abnehmer für mehr als ein Jahr nach Ablauf der Vereinbarung unmittelbar oder mittelbar die Herstellung, den Bezug oder den Weiterverkauf von Waren und Dienstleistungen verbieten. Eine unbefristete Regelung dieser Art kann jedoch zum Schutz von geheimen praktischen Kenntnissen („Know-how“), die der Anbieter dem Abnehmer weitergegeben hat, gerechtfertigt sein. (Art. 5 lit. b)
- ▶ **Wettbewerbsrechtlich unbedenkliche Klauseln**
  - Trotz des grundsätzlichen Verbots von Beschränkungen des Verkaufsgebietes oder Kundenkreises dürfen in vertikalen Vereinbarungen eingeschränkt werden (Art. 4 lit. b):
    - der Verkauf in bestimmten Gebieten oder an Kundengruppen, die sich der Anbieter selbst vorbehalten oder einem anderen Abnehmer ausschließlich zugewiesen hat,
    - der Weiterverkauf von Teilen zur Herstellung gleichartiger Produkte,
    - wenn der Abnehmer ein Großhändler ist, der Verkauf an Endverbraucher,
    - wenn der Abnehmer Mitglied eines selektiven Vertriebssystems ist, der Weiterverkauf an Fremdhändler.
  - Die Übertragung und Nutzung von Rechten des geistigen Eigentums durch den Abnehmer und seine Kunden dürfen beschränkt werden, wenn dies weder den Hauptgegenstand der Vereinbarung darstellt noch der Umgehung verbotener Beschränkungen dient (Art. 2 Abs. 3).
- ▶ **Vorteilsabschöpfung in Ausnahmefällen**

Die Kommission bzw. die nationalen Wettbewerbsbehörden dürfen in Ausnahmefällen die Vorteile freigestellter Vereinbarungen abschöpfen, deren Auswirkungen mit dem Binnenmarkt unvereinbar sind (Art. 6).
- ▶ **Alleinvertrieb und Online-Handel**
  - Zur Absicherung von Alleinvertriebssystemen dürfen Anbieter ihren Händlern „aktive“, nicht aber „passive“ Verkäufe an Kunden verbieten, die sie anderen Händlern zugewiesen haben.
    - „Aktiver“ Verkauf bedeutet die aktive Ansprache einzelner Kunden, z.B. durch Massen-E-Mails oder gezielte Online-Werbung (Rn. 51).
    - „Passiver“ Verkauf bedeutet die Erledigung unaufgeforderter Bestellungen von Kunden, die der Verkäufer nicht gezielt ausgelöst hat. „In der Regel“ ist eine Internetseite, auch wenn sie in verschiedenen Sprachen gehalten ist, kein Indiz für eine individualisierte Kundenansprache (Rn. 51 bis 53).
  - Als wettbewerbswidrige Einschränkungen des passiven Verkaufs gelten Regelungen, die Händler zwingen,
    - Online-Zugriffe von Kunden aus Gebieten, die dem Händler nicht ausschließlich zugewiesen sind, zu verhindern oder zum Internetauftritt des Herstellers oder eines anderen Händlers weiterzuleiten,
    - Internet-Transaktionen zu unterbrechen, sobald erkennbar ist, dass der Wohnsitz des Käufers nicht im ausschließlich zugewiesenen Verkaufsgebiet des Händlers liegt,
    - den Anteil des Online-Verkaufs an den Gesamtverkäufen zu begrenzen,
    - für Produkte, die per Internet verkauft werden sollen, erhöhte Kaufpreise zu entrichten (Rn. 52).
  - Anbieter von Waren und Dienstleistungen dürfen Abnehmer verpflichten, bestimmte Mindestmengen außerhalb des Internets zu verkaufen. Sie dürfen auch Offline- oder Online-Verkaufsanstrengungen ihrer Abnehmer durch „feste Prämien“ unterstützen (Rn. 52, Fußnoten 29 und 30).
  - Muss ein Händler „beträchtliche Mittel“ aufwenden, um eine neue Marke oder eine bestehende Marke auf einem neuen Markt zu etablieren, sind ausnahmsweise für die Dauer von zwei Jahren Beschränkungen des passiven Verkaufs zulässig, um ihn vor der Konkurrenz anderer Händler zu schützen (Rn. 51 und 56).
  - Zulässig sind Vorgaben zur Qualität des Internetauftritts des Händlers. Der Anbieter darf bei selektiven Vertriebssystemen fordern, dass der Abnehmer ein Ladenlokal eröffnet, bevor er online verkauft (Rn. 54).

## Änderung zum Status quo

- ▶ Bisher gelten vertikale Vereinbarungen als wettbewerbskonform, wenn der Marktanteil des Anbieters 30 % nicht überschreitet. Nur bei Alleinbelieferungsverträgen gilt die 30%-Schwelle auch für den Abnehmer. Nun soll für beiden Seiten stets eine Marktanteilsschwelle von 30% gelten.
- ▶ Neu sind detaillierte Regelungen zu den wettbewerbswidrigen Einschränkungen des Online-Verkaufs.
- ▶ Die Leitlinien erlauben bisher nicht ausdrücklich Einschränkungen passiver Verkäufe, wenn ein Händler in den Aufbau einer neuen Marke oder in die Einführung einer bestehenden Marke auf einem neuen Markt investiert. Nun soll diese Einschränkung für einen Zeitraum von zwei Jahren möglich sein.
- ▶ Neu ist, dass der Anbieter nun Mindestmengen vorgeben darf, die offline verkauft werden müssen.
- ▶ Bisher sahen die Leitlinien keine Regelungen vor, wonach ein Anbieter vom Händler zunächst die Eröffnung eines Ladenlokals fordern darf, bevor dieser über das Internet handelt. Nun soll dies möglich sein.

## Politischer Kontext

Die Kommission hat über eine Konsultation Stellungnahmen zu ihren Entwürfen eingeholt. Sie wird spätestens Anfang 2010 eine neue GVO ohne Mitwirkung des Europäischen Parlamentes und des Rates erlassen. Das CEP hat dazu einen Vergleich zwischen den alten und neuen Leitlinien angefertigt [vgl. [CEP-Synopse](#)].

Neben der allgemeinen GVO hat die Kommission spezielle Verordnungen über Technologietransfer-Vereinbarungen [(EG) Nr. 772/2004], Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung [(EG) Nr. 2658/2000 und (EG) Nr. 2659/2000] sowie für den Kfz-Sektor erlassen [(EG) Nr. 1400/2002]. Die letztere Verordnung, die Exklusivbindungen zwischen Autoherstellern und Vertragshändlern erlaubt, will die Kommission bis 2013 verlängern. Sie hat dazu im Juli 2009 eine öffentliche Konsultation eingeleitet.

Vertikale Vereinbarungen zwischen nicht konkurrierenden Unternehmen, deren Marktanteil 15% nicht übersteigt, sind nach Auffassung der Kommission grundsätzlich keine Wettbewerbsbeeinträchtigung nach Art. 81 Abs. 1 EGV („de minimis“-Regelung, ABl. C 368, S. 13, vom 22.12.2001). Gleiches gilt für vertikale Vereinbarungen zwischen kleinen und mittleren Unternehmen (Empfehlung 2003/361/EG) (vgl. [CEP-Schaubild](#)).

## Politische Einflussmöglichkeiten

Federführende Generaldirektion:

GD Wettbewerb

# BEWERTUNG

## Ökonomische Folgenabschätzung

### Ordnungspolitische Beurteilung

Ein Eingriff in die Vertragsautonomie durch ein Verbot vertikaler Vereinbarungen ist ordnungspolitisch gerechtfertigt. Denn Preisabsprachen, Vereinbarungen von Wettbewerbsverboten und andere Formen von Kartellen schwächen den Wettbewerb, indem sie Dritten den Marktzutritt bzw. den Ausbau ihrer Marktpositionen erschweren. Diese Wirkung ist umso wahrscheinlicher, je höher der Marktanteil der beteiligten Unternehmen ist. Gleichwohl können von vertikalen Vereinbarungen auch positive Wirkungen ausgehen: Indem sie verlässliche Lieferbeziehungen schaffen, können sie zu Investitionen führen, von denen der Verbraucher profitiert, z. B. in Form besseren Services oder exklusiverer Markenimages.

**Eine GVO**, in der die Kommission Fallgruppen umschreibt, bei denen sie insgesamt positive Auswirkungen vermutet, **erhöht die Rechtssicherheit für die Unternehmen und entlastet die Wettbewerbsbehörden von Einzelfallüberprüfungen**. Umso wichtiger ist es, dass die freigestellten Vereinbarungen präzise definiert sind.

**Für die wettbewerbsrechtliche Unbedenklichkeitsvermutung ist es sachgerecht**, neben dem Marktanteil des Anbieters **nun auch den Marktanteil des Abnehmers zu berücksichtigen**. Schließlich erhöht auch dessen Marktanteil die Wahrscheinlichkeit wettbewerbs-schädlichen Verhaltens. Bereits bei den 2001 erlassenen „de minimis“-Regelungen ist zu Recht der Marktanteil beider Vertragspartner für die Vermutung entscheidend. Grundsätzlich existiert bei der Wahl der Höhe des Schwellenwertes ein Zielkonflikt: Je größer der zugelassene Marktanteil ist, desto strenger muss die GVO sein, indem sie etwa durch weiter gefasste Definitionen wettbewerbswidriger Klauseln die Gefahr wettbewerbs-schädlicher Wirkungen reduziert. Dies verringert jedoch die Rechtssicherheit, da dann viele Vereinbarungen erst einer Einzelfallprüfung unterzogen werden, bevor sie als unbedenklich gelten. Ein Wert von 30% hat sich in der Vergangenheit als Kompromiss für diesen Zielkonflikt bewährt, zumal vertikale Vereinbarungen von Unternehmen mit höheren Marktanteilen nicht per se rechtswidrig sind, sondern im Einzelfall ggf. einer Prüfung unterliegen.

**Die Leitlinien enthalten pragmatische Antworten auf einige, jedoch nicht auf alle der durch den Online-Handel aufgeworfenen Fragen**. So befürchten manche „klassischen“ Händler, dass ihnen Online-Händler wegen nicht anfallender Kosten für ein Geschäftslokal über niedrigere Preise Kunden abwerben könnten; gleichzeitig profitierten aber Online-Händler von den Geschäftslokalen, etwa weil sich Kunden vor einem Kauf dort über das Produkt informieren oder erst über das Marketing klassischer Händler auf Produkte aufmerksam werden. Dieses „Trittbrettfahren“ könne zum Verschwinden klassischer Händler führen. Andere wiederum geben zu bedenken, dass das Internet nicht nur eine Gefahr für den klassischen Handel darstellt. Schließlich kann auch die Informationsbeschaffung im Internet dem Kauf in einem Ladenlokal vorausgehen. Auf diesen Punkt verweist auch die Kommission in einer Studie zum Online-Handel in Europa [SEK(2009) 283, S. 9].

**Die Unterscheidung zwischen bedenklichen aktiven und unbedenklichen passiven Online-Verkäufen** im Rahmen von Alleinvertriebssystemen **ist grundsätzlich geeignet**, dieser Problemlage gerecht zu werden: Denn sie erkennt einerseits den Vertrieb über das Internet als Realität an, schützt andererseits aber die Investitionen klassischer Händler, indem sie ihn als Zusatzgeschäft ausgestaltet und an Bedingungen knüpft. **Der konkrete Verlauf der von der Kommission gezogenen Grenzen ist aber nicht immer nachvollziehbar**: So ist nicht erkennbar, wieso selbst ein mehrsprachiger Internetauftritt kein Indiz für aktiven Verkauf darstellen soll. Nachvollziehbar wäre dies nur für Internetauftritte in der Sprache, die in der Region des Online-Händlers gesprochen wird.

Führt ein Hersteller eine Marke neu ein, ist es grundsätzlich gerechtfertigt, dass er den Internet-Handel zunächst komplett untersagen darf, um hohe Anfangsinvestitionen klassischer Händler zu schützen. Der als unbedenklich geltende Zeitraum sollte allerdings nicht pauschal mit zwei Jahren vorgegeben werden, sondern von Markt zu Markt unterschiedlich sein können, da auch unterschiedlich hohe Investitionen anfallen.

Den Anbietern ist es freigestellt, über die Zahlung „fester Prämien“ den klassischen Vertrieb de facto zu verbilligen, obwohl gleichzeitig geringere Einkaufspreise als bedenklich gelten. Hier ist eine Klarstellung vonnöten.

**Kritisch zu sehen ist, dass die wichtige Frage nach der Zulässigkeit des Verkaufs über Online-Auktionsplattformen wie Ebay unbeantwortet bleibt.** Der Anbieter kann zwar Qualitätsanforderungen an den Abnehmer stellen. Aber aus den Leitlinien geht nicht hervor, ob diese Qualitätsanforderungen auch ein Verbot beinhalten dürfen, die Waren über Online-Auktionsplattformen zu verkaufen.

Folgen für Effizienz und individuelle Wahlmöglichkeiten

**Vertikale Vereinbarungen können** über eine bessere Koordinierung der Entscheidungen die Transaktionskosten entlang der Liefer- und Vertriebskette senken und somit **die gesamtwirtschaftliche Effizienz erhöhen. Allerdings gilt dies nur dann, wenn sie nicht die Entstehung von günstigeren Vertriebsstrukturen und Produktinnovationen verhindern. Hierin liegt das Dilemma beim Online-Handel:** Einerseits senkt er die Such- und Vertriebskosten, andererseits partizipieren die Online-Händler unberechtigterweise an Investitionen, die Hersteller und klassische Händler zum Aufbau ihrer Marktposition getätigt haben.

Folgen für Wachstum und Beschäftigung

Mit Beschäftigungsverlusten im klassischen Handel ist zu rechnen. Ob die Beschäftigungszunahme im Online-Handel diese ausgleicht, ist fraglich. Die eingesparte Kaufkraft wird aber in anderen Sektoren wirksam.

Folgen für die Standortqualität Europas

Die GVO erhöht die Rechtssicherheit und somit die Standortqualität Europas.

## Juristische Bewertung

Kompetenz

Die EU ist ermächtigt, vertikale Vereinbarungen von dem Verbot des Art. 81 Abs. 1 EGV auszunehmen (Art. 81 Abs. 3 EGV). Zuständig dafür ist gemäß Art. 83 EGV der Rat, der seine Zuständigkeit jedoch durch die Verordnung Nr. 19/65/EWG auf die Kommission übertragen hat.

Subsidiarität

Da Vermutungen zur Wettbewerbskonformität vertikaler Vereinbarungen den gesamten Binnenmarkt betreffen, können sie nur durch eine EU-Regelung aufgestellt werden.

Verhältnismäßigkeit

Die durch die GVO und die Leitlinien aufgestellten Regelungen gehen in ihrer Eingriffstiefe nicht über das nötige Maß hinaus.

Vereinbarkeit mit EU-Recht

Die Zulässigkeit von Qualitätsanforderungen im Internethandel (Leitlinien Rn. 54) deckt sich mit der Rechtsprechung des EuGH im Markenrecht (EuGH, Urteil vom 23. April 2009, Copad./Dior, Rs. C-59/08). Ein Markeninhaber kann danach Händlern, die zu einem selektiven Vertriebssystem gehören, Warenverkäufe an Discounter untersagen, wenn diese das Prestige der Waren schädigen.

Vereinbarkeit mit deutschem Recht

**Der Bundesgerichtshof hält es für zulässig, den über das Internet getätigten Teil der Gesamtverkäufe prozentual zu begrenzen** (BGH, Urteil vom 4. November 2003 – KZR 2/02), **während die Leitlinien eine gegenteilige Vermutung aufstellen** (Rn. 52).

Das Oberlandesgericht München (Urteil vom 2. Juli 2009, Az: U (K) 4842/08) hat entschieden, dass der „vollständige Ausschluss“ von Internetverkäufen rechtswidrig sei. Die generelle Untersagung des Vertriebs über Internet-Auktionsplattformen wie Ebay sei dagegen ebenso wie Qualitätsanforderungen an den Internethandel im Rahmen selektiver Vertriebssysteme rechtmäßig. Eine Beschränkung des Kundenkreises (Art. 4 lit. b GVO) liege nicht vor, weil die Kunden über andere Internet-Vertriebsformen erreichbar seien. In einem noch nicht rechtskräftigen Urteil entschied dagegen das Landgericht Berlin (Urteil vom 5. August 2008, Az: 16 O 287/08), dass eine generelle Untersagung des Vertriebs über Ebay nicht zulässig sei. Vielmehr sei eine Untersagung nur möglich, wenn Qualitätsstandards des Warenanbieters missachtet werden. Auch nach den Leitlinien gilt es im Rahmen selektiver Vertriebssysteme als wettbewerbskonform, den Internethandel von der Erfüllung bestimmter Qualitätsanforderungen abhängig zu machen. Ob dies den Vertrieb über Auktionsplattformen ausschließt, ergibt sich aus den Leitlinien hingegen nicht.

## Mögliche zukünftige Folgemaßnahmen der EU

Nicht erkennbar.

## Zusammenfassung der Bewertung

Die vorgeschlagene GVO erhöht die Rechtssicherheit und entlastet Wettbewerbsbehörden von Einzelfallüberprüfungen. Für die Unbedenklichkeitsvermutung ist die Heranziehung der Marktanteile beider Marktseiten sachgerecht. Die Unterscheidung zwischen bedenklichen aktiven und unbedenklichen passiven Online-Verkäufen ist grundsätzlich sinnvoll, in ihrer konkreten Ausprägung aber nicht immer nachvollziehbar. Zu kritisieren ist, dass ungeklärt bleibt, ob Verkäufe über Online-Auktionsplattformen verboten werden dürfen.