

Arne Neubauer

Internetvertrieb im Kartellrecht

Eine kritische Auseinandersetzung mit
herstellereitigen Vertriebsbeschränkungen

21

**Schriften zum Medien-, Urheber-
und Wirtschaftsrecht**

Hrsg. v. Georgios Gounalakis

PL ACADEMIC
RESEARCH

Einleitung

Die überragende Bedeutung des Internets als Vertriebsweg ist längst anerkannt. Vorbei sind die Zeiten, in denen lediglich auf das Potenzial des Internets für den Handel verwiesen wurde.¹ Der Internetvertrieb hat neben dem klassischen Verkauf über Ladengeschäfte seinen festen Platz eingenommen. Dabei stehen die Ziele von Markenherstellern, die den stationären Vertrieb als den zentralen Faktor für ein positives Image ihrer Marke sehen, im offenen Widerstreit mit den Verkaufsstrategien der Händler, die die unbegrenzte Reichweite des Internets als Absatzweg für sich nutzen wollen. Den Herstellerinteressen stehen daneben auch die Interessen der Verbraucher an niedrigen Preisen und einer großen Produktauswahl gegenüber. Zudem bietet der Internetvertrieb eine große Chance für die Verwirklichung eines gemeinsamen europäischen Binnenmarkts. Beschränkungen des Online-Handles können diesem Ziel entgegenwirken. Obwohl es das erklärte Ziel der EU-Kommission ist, durch einen länderübergreifenden Handel für einen ständigen Wettbewerbsdruck zu sorgen,² ist es dem europäischen Gesetzgeber bis heute nicht gelungen, im Kartellrecht eine klare Position zum Internetvertrieb zu finden.

Nahezu alle Produkte durchlaufen auf dem Weg zum Verbraucher eine Distributionskette, innerhalb der sich die Hersteller unabhängiger Händler bedienen. Dabei liegt es im Interesse der Hersteller, mittels vertraglicher Gestaltung effiziente Vertriebswege zu schaffen und somit sicherzustellen, dass die Produkte nach den Anforderungen des Marktes und den Bedürfnissen der Verbraucher beworben und vertrieben werden. Allerdings kann die Gestaltung von Vertriebsverträgen auch den Wettbewerb zwischen den Marken sowie den markeninternen Wettbewerb einschränken. Insbesondere bei Exklusivitätsvereinbarungen besteht in diesem Zusammenhang zudem die Gefahr der Marktabschottung. Aber auch selektive sowie offene Vertriebsvereinbarungen können zu spürbaren Wettbewerbsbeschränkungen führen.

1 So noch *Mayr*, Internetvertrieb und EG-Kartellrecht, 2006, S. 33.

2 Siehe dazu Mitteilung der *Kommission*, Ein kohärenter Rahmen zur Stärkung des Vertrauens in den digitalen Binnenmarkt für elektronischen Handel und Online-Dienste („Digitaler Binnenmarkt“), 11.1.2012, KOM(2011) 942 endg.

Die derzeitigen kartellrechtlichen Regelungen zum Internetvertrieb sind fest an die traditionellen Vertriebskonzepte des Selektiv- und Alleinvertriebs gekoppelt. Dadurch wird es den Herstellern erleichtert, den Vertrieb über das Internet zu beschränken und den Händlern spiegelbildlich erschwert, diesen Vertriebsweg mit seinen vielfältigen Möglichkeiten zu nutzen. Vertragliche Beschränkungen des Internetvertriebs werden von den Herstellern in aller Regel damit begründet, dass dieser Vertriebsweg dem Ansehen der Marke schade und für eine Erosion der Ladengeschäfte Sorge. Diese Argumente müssen kritisch beleuchtet werden. Denn es dürfte häufig in erster Linie der intensive Preiswettbewerb im Internet sein, dem sich die Markenhersteller nicht stellen wollen.

Die Abgrenzung zwischen freien, effizienzsteigernden Beschränkungen und verbotenen Vertriebsbeschränkungen ohne überwiegenden Effizienzgewinn richtet sich nach Artikel 101 des EU-Arbeitsweisevertrags (AEUV). Die kartellrechtliche Prüfung erfolgt dabei stets in drei Schritten. Zunächst stellt sich die Frage, ob eine Vertriebsvereinbarung gegen das Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV verstößt. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH werden bestimmte Vertriebsbeschränkungen gar nicht erst vom Kartellverbot erfasst. Soweit das Verbot jedoch greift, können vertikale Wettbewerbsbeschränkungen von der – im Zentrum dieser Arbeit stehenden – Gruppenfreistellung durch die Vertikal-GVO³ profitieren. Allerdings finden sich in der Vertikal-GVO keinerlei Bezüge zum Online-Vertrieb. Nur in den begleitenden, unverbindlichen Vertikal-Leitlinien⁴ äußert sich die Kommission zum Internetvertrieb. Diese stehen jedoch teilweise im Widerspruch zur Vertikal-GVO. Scheidet eine Gruppenfreistellung aus, bleibt für Hersteller die Möglichkeit einer Einzelfreistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV. Diesen drei Prüfungsschritten – Kartellverbot, Gruppenfreistellung, Einzelfreistellung – folgt auch diese Arbeit.

Für rein nationale Sachverhalte richtet sich die kartellrechtliche Beurteilung nach § 1 GWB. In aller Regel haben Vertriebsvereinbarungen jedoch grenzüberschreitenden Bezug. Nach § 2 Abs. 2 Satz 1 GWB gilt die Vertikal-GVO zudem auch für Freistellungen nach deutschem Recht. Aus Gründen der Vereinfachung wird daher ausschließlich auf den EU-Arbeitsweisevertrag Bezug genommen.

Da die Möglichkeiten und kartellrechtlichen Grenzen der Beschränkung des Internetvertriebs bislang nicht abschließend geklärt sind, untersucht diese Arbeit die gängigen Klauseln, die Hersteller ihren Händlern zur Beschränkung des

3 Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der *Kommission* vom 20.4.2010, ABl. 2010 L 102/1.

4 Mitteilung der *Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen („Leitlinien“), ABl. 2010 C 130/1.

Online-Verkaufs regelmäßig auferlegen. Dabei werden zwei Ziele verfolgt: Zum einen soll die gegenwärtige Rechtslage umfassend dargestellt werden. Zum anderen erfolgt eine kritische Auseinandersetzung mit dem rechtlichen Status quo, wobei auch Vorschläge zur Änderung der bestehenden Regeln gemacht werden.

Der Verfasser ist der Ansicht, dass der Internetvertrieb weiter geöffnet werden muss und fordert dazu ein klares Bekenntnis der Kommission. Die gegenwärtigen Vorgaben der Kommission sind wettbewerbsfeindlich und schaden sowohl Händlern als auch Verbrauchern. Zudem basieren sie auf einem Konzept, das sich lange vor der Erfindung des Internets etabliert hat und somit nicht mehr an das aktuelle Marktumfeld angepasst ist. Der Kommission ist es nicht gelungen, für einen intensiven Wettbewerbs im Internet zu sorgen. So konterkariert sie ihr eigenes Konzept zur Etablierung eines digitalen Binnenmarkts.

A. Gang der Untersuchung

Nach einer kurzen Einführung in die Grundlagen des Themas Internetvertrieb im Kartellrecht, setzt sich die Arbeit im ersten Kapitel mit Totalverboten des Internetvertriebs auseinander. Sodann werden die kontrovers diskutierte Verbote des Vertriebs über Online-Handelsplattformen wie eBay und Amazon untersucht. Die Frage, ob Hersteller ihre Händler verpflichten können, ein stationäres Ladengeschäft zu unterhalten (Brick-Store-Klausel), steht im Mittelpunkt des dritten Kapitels.

Kapitel vier widmet sich der bei Herstellern beliebten, in der Literatur gleichwohl kaum diskutierten Klausel, nach der die Händler ihre Produkte im Internet nicht günstiger als im Ladengeschäft verkaufen dürfen. Qualitative Vorgaben für den Internetvertrieb stehen im Blickpunkt des fünften Kapitels. Thema des letzten Kapitels ist eine kritische Auseinandersetzung mit der von der Kommission für den Alleinvertrieb gewählten Abgrenzung zwischen aktivem und passivem Verkauf im Internetvertrieb. Ausblick und Zusammenfassung schließen die Arbeit ab.

B. Grundlagen des Internetvertriebs

Diese Arbeit befasst sich ausschließlich mit dem Vertriebskartellrecht, d.h. mit Absprachen im Vertikalverhältnis zwischen Herstellern und Händlern. Die Freistellung wettbewerbsbeschränkender Vertriebsvereinbarungen wird maßgeblich durch die Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung VO 330/2010 geregelt. Nach dieser werden diejenigen „Gruppen“ von Vereinbarungen freigestellt, die die Voraussetzungen der Verordnung erfüllen. Innerhalb der Vertikal-GVO müssen die

Marktanteile der beteiligten Unternehmen unter 30 % liegen. Zudem darf die Vertriebsvereinbarung keine der in Art. 4 aufgelisteten Kernbeschränkungen erfüllen. Eines formalen Rechtsakts bedarf die Gruppenfreistellung nicht.

Das Prinzip der Selbstbewertung gilt seit der Verabschiedung der VO 1/2003⁵ auch für Einzelfreistellungen. Dies kommt Unternehmen zugute, die entweder die Marktanteilsschwellen der Vertikal-GVO überschreiten, oder eine Klausel, die den Tatbestand einer Kernbeschränkung erfüllt, dennoch durchsetzen wollen. Nach Art. 2 VO 1/2003 liegt die Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV – der Grundlage sowohl der Vertikal-GVO als auch der VO 1/2003 ist – allerdings bei den Unternehmen. Innerhalb des Anwendungsbereichs der Vertikal-GVO müssen die Parteien lediglich nachweisen, dass die Vereinbarung unter ebenjene Verordnung fällt.⁶ Die Vertikal-GVO gilt für alle Vertriebsvereinbarungen, unabhängig vom zugrunde liegenden Vertriebssystem. Dennoch muss innerhalb der Vertikal-GVO sowie bei der Prüfung von Art. 101 Abs. 1 AEUV regelmäßig nach der Art des Vertriebssystems differenziert werden.

I. Begriff des Selektivvertriebs

Gerade unter Herstellern hochwertiger Produkte sind selektive Vertriebssysteme weit verbreitet. Im Selektivvertrieb verpflichten sich die Hersteller, ihre Produkte nur an Händler zu verkaufen, die anhand festgelegter Merkmale ausgewählt werden. Die Händler verpflichten sich ihrerseits, nicht an sog. Systemaußenseiter zu verkaufen (Art. 1 Abs. 1 lit. e Vertikal-GVO). Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH fallen sog. rein qualitative selektive Vertriebssysteme in der Regel schon nicht unter Art. 101 Abs. 1 AEUV.⁷ Das gilt auch für Klauseln, die den Internetvertrieb betreffen.⁸ Daher erfolgt die Prüfung der Wettbewerbsbeschränkung bei selektiven Vertriebsvereinbarungen besonders ausführlich.

II. Offener Vertrieb

Mit offenem bzw. nicht-selektivem Vertrieb werden jene Vertriebssysteme bezeichnet, in denen die Hersteller ihre Händler nicht nach festgelegten Kriterien

5 Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16.12.2002, ABl. L 1 vom 4.1.2003.

6 *Schultze/Pautke/Wagner*, Vertikal-GVO, 2011, Rn. 21.

7 Seit *EuGH*, Urt. v. 25.10.1977 – 26/76, Slg. 1977, 1875 (1905), NJW 1978, 480 – Metro; dazu näher unten Kap. 2 B I.

8 *EuGH*, Urt. v. 13.10.2011 – C-439/09, Slg. 2011, I-9419, Ziff. 41, MMR 2012, 50 – Pierre Fabre.

auswählen. Vielmehr wird die Entscheidung, ob ein Händler beliefert wird, stets von Fall zu Fall getroffen. Das hält die Hersteller nicht davon ab, die Händler nur unter der Voraussetzung zu beliefern, dass diese weitgehend vom Internetvertrieb absehen und sie über die Vertriebsvereinbarung entsprechend zu verpflichten. Eine Privilegierung offener Vertriebssysteme innerhalb des Kartellverbots ist nach der bisherigen Rechtsprechung nicht vorgesehen.

III. Allein- bzw. Exklusivvertrieb

Auch die in Alleinvertriebsvereinbarungen typischerweise enthaltenen Gebietsbeschränkungen wurden bisher bei der Prüfung der Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht privilegiert. Bei Alleinvertriebs- bzw. exklusiven Vertriebsverträgen steht die Verpflichtung des Herstellers im Mittelpunkt, in einem bestimmten Gebiet nur einen Händler zu beliefern. Im Gegenzug verpflichtet sich der Händler in aller Regel zu besonderen Werbemaßnahmen und Servicedienstleistungen. Innerhalb der Vertikal-GVO wird der Alleinvertrieb besonders geschützt (Art. 4 lit. b Ziff. i).⁹

⁹ Vgl. hierzu ausführlich unten Kap. 6.