

Anpassung der Vertikal-GVO an die Anforderungen des Online-Handels

Dr. Anna Wolf-Posch, Wien*

Die zunehmende Bedeutung des Online-Handels stellt das Vertriebskartellrecht vor neue Herausforderungen. Die Überarbeitung der Vertikal-GVO und der Vertikal-LL durch die Europäische Kommission bietet eine wertvolle Möglichkeit, die Vertikal-GVO und die Vertikal-LL an die neuen Herausforderungen anzupassen. Klärungsbedürftig erscheint insbesondere die Haltung der Kommission zu von Plattformen verwendeten Bestpreisklauseln, Drittplattformverboten und dem Verbot der Nutzung von Preisvergleichssoftware. Dabei geht es nicht zuletzt um die Frage, ob diese Beschränkungen Kernbeschränkungen gemäß Art. 4 Vertikal-GVO darstellen. Die Autorin spricht sich darüber hinaus für Querverweise auf aktuelle EU-Gesetzgebung zum Ver-

Wolf-Posch: Anpassung der Vertikal-GVO an die Anforderungen des Online-Handels (NZKart 2019, 209)

210 ▲▼

tikalvertrieb außerhalb des Kartellrechts (Geoblocking-VO und die zu erwartende Plattform-VO und UTP-Richtlinie) und die Wiedereinführung einer ex-ante Konsultationsmöglichkeit für bisher nicht entschiedene Auslegungsfragen im Zusammenhang mit der Vertikal-GVO aus.

I. Einleitung

Die Europäische Kommission („Kommission“) hat am 4. Februar 2019 die öffentliche Konsultation („Konsultation“) zur Überarbeitung der Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen („Vertikal-GVO“)¹ eröffnet. Die Konsultation ist Teil der im Oktober 2018 begonnenen Evaluierung der Vertikal-GVO. Der Kommission geht es darum, Erkenntnisse über die Funktionsweise der Vertikal-GVO und der Leitlinien für vertikale Vereinbarungen („Vertikal-LL“)² zu gewinnen. Dabei geht es vor allem darum, die Vertikal-GVO und die Vertikal-LL durch Stakeholder-Feedback zu optimieren und an die Anforderungen des sich ständig weiter entwickelnden Online-Vertriebs anzupassen.³

Die Kommission hat bereits vom 8.11.2018 bis zum 6.12.2018 eine Konsultation zum Fahrplan durchgeführt.⁴ In diesem Zusammenhang haben 24 Stakeholder (überwiegend Verbände, aber auch einige Unternehmen⁵) Stellungnahmen eingereicht, die von der Kommission auf ihrer Internetseite veröffentlicht wurden.⁶

Mit der am 4.2.2019 eröffneten Konsultation bittet die Kommission folgende Interessengruppen um Feedback: Unternehmen mit Geschäftstätigkeiten in der Europäischen Union inklusive Lieferanten von Waren und Dienstleistungen, Vertriebsgesellschaften und Einzelhändler und Plattformvermittler im elektronischen Handel, Anwaltskanzleien, die im Zusammenhang mit der Vertikal-GVO beraten, Branchen- und Verbraucherverbände und Wissenschaftler mit Schwerpunkt EU-Wettbewerbsrecht.⁷ Die Konsultation endet am 27.5.2019. Ihre Dauer beträgt damit ca. 15 Wochen.

Die Kommission hat für die Konsultation einen umfangreichen Fragebogen veröffentlicht, der nach Registrierung im European Commission Authentication Service („ECAS“) heruntergeladen werden kann.⁸ Im Wege einer Notenvergabe von 1 (sehr gering), 2 (gering), 3 (angemessen), DN (bei Nichtwissen) bis NA (nicht zutreffend) können Teilnehmer einzelne Abschnitte der Vertikal-GVO und der Vertikal-LL bewerten. Insgesamt geht der Fragebogen die einzelnen Paragraphen und Absätze der Vertikal-GVO fast Schritt für Schritt durch. Zum Beispiel wird getestet, ob die 30%-Schwelle ihrer Aufgabe gerecht wird, nur diejenigen Verhaltensweisen von der Anwendung des Art. 101 Abs. 1 AEUV auszunehmen, bei denen mit ausreichender Sicherheit davon ausgegangen werden kann, dass sie keine wettbewerbsbeschränkende Wirkung entfalten, ob die Liste der Kernbeschränkungen in Art. 4 Vertikal-GVO aus Sicht des Rechtsanwenders erweitert, gekürzt oder ganz abgeschafft werden sollte und wie mit Wettbewerbsverboten i. S. v. Art. 5 Vertikal-GVO umzugehen ist.⁹ Die Kommission fragt auch nach der (1) Kosten-Nutzen-Rechnung, (2) fortgesetzten Relevanz, (3) Kohärenz und (4) EU-Mehrwert der Vertikal-GVO und der Vertikal-LL. Im Einklang mit der Zielsetzung der Kommission, die Vertikal-GVO an die Anforderungen des Digitalvertriebs anzupassen, enthält der Fragebogen auch Fragen zur Modernisierung der Vertikal-GVO im Hinblick auf den Online-Handel.¹⁰

Die Kommission wird die Antworten auf die Konsultation veröffentlichen. Wer sich an der Konsultation beteiligt, kann wählen zwischen einer anonymen Veröffentlichung, in der die personenbezogenen Daten (Name des Teilnehmers, Name und Größe der Organisation, Kennnummer im Transparenzregister) nicht veröffentlicht werden und einer öffentlichen Fassung, in der diese Daten enthalten sind.¹¹ Nicht vorgesehen ist die Veröffentlichung einer nicht-vertraulichen, von Geschäftsgeheimnissen bereinigten Fassung. Unternehmen sollten daher von vornherein darauf verzichten, vertrauliche Informationen in die Antwort auf den Fragebogen aufzunehmen oder in die zusammen mit dem Fragebogen eingereichten Unterlagen aufzunehmen oder diese von Anfang an teilweise schwärzen (also auch der Kommission gegenüber geschwärzt einreichen).

II. Anpassung der Vertikal-GVO und der Vertikal-LL an die Anforderungen des Online-Vertriebs

Die Überarbeitung bietet eine gute Gelegenheit, die Vertikal-GVO und die Vertikal-LL an die Anforderungen des Online-Vertriebs anzupassen. In dem Zusammenhang erscheinen insbesondere folgende Ergänzungen ratsam:

1. Klärung der Rechtsmeinung der Kommission zu Bestpreisklauseln

Ein präzentes Thema der letzten Jahre war die kartellrechtliche Einordnung von Bestpreisklauseln, die die Online-Hotelbuchungsplattformen HRS, Expedia und Booking den an den Plattformen teilnehmenden Hotels auferlegt hatten. Die Bestpreisklauseln wurden in verschiedenen Mitgliedstaaten, darunter Deutschland, Österreich, Frankreich, Schweden, Italien, Schweiz, UK wettbewerbsbehördlich untersucht. Die wettbewerbsrechtliche Einordnung der Klauseln ging dabei auseinander: Das BKartA sah in den in den allgemeinen

Wolf-Posch: Anpassung der Vertikal-GVO an die Anforderungen des Online-Handels (NZKart 2019, 209)

211 ▲▼

Geschäftsbedingungen („AGB“) der HRS-Hotel Reservation Service Robert Ragge GmbH („HRS“) vorgesehenen Bestpreisklauseln eine mögliche Kernbeschränkung gemäß Art. 4 a Vertikal-GVO, mit dem Ergebnis, dass die Klauseln nicht freistellungsfähig gewesen wären. Das BKartA musste die Frage letztlich nicht entscheiden, weil der Marktanteil von HRS auf dem Markt für die Erbringung von Vermittlungsdienstleistungen der Hotelportale über 30% lag und eine Freistellung aufgrund Überschreitens der in Art. 3 Abs. 1 Vertikal-GVO dargelegten Marktanteilschwelle daher ohnehin nicht in Betracht kam.¹²

Auch ging das BKartA davon aus, dass nicht nur die von HRS den Hotels auferlegte Beschränkung, ihre Zimmer auf keiner anderen Plattform preiswerter anzubieten, einen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV darstellte, sondern auch die Beschränkung, die Zimmer auf der hoteleigenen Webseite nicht preiswerter anzubieten. Im Settlement der italienischen, französischen und schwedischen Behörden mit Booking wurde Booking

dagegen die Möglichkeit eingeräumt, mit den teilnehmenden Hotels zu vereinbaren, die Zimmer auf der hoteleigenen Internetseite nicht preiswerter anzubieten.¹³

Unklar war auch, ob von Online-Plattformen mit auf der Plattform tätigen Hotels vereinbarte Bestpreisklauseln vertikale Vereinbarungen gemäß Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 a Vertikal-GVO darstellen und die Vertikal-GVO überhaupt auf derartige Klauseln anwendbar sein kann. Das wäre nicht der Fall, wenn es am inneren Zusammenhang zwischen dem Austauschverhältnis und der beschränkenden Vereinbarung fehlt. Bestpreisklausel regeln die Konditionen beim Absatz von Hotelzimmern, nicht aber die Bedingungen für den Bezug von Vermittlungsdienstleistungen durch die Hotelplattform und wirken damit auf der Ebene zwischen Hotelunternehmen und Endverbrauchern.¹⁴ Von der Einordnung hängt ab, ob die Vertikal-GVO auf von Intermediären Anbietern und Abnehmern gegenüber auferlegte Beschränkungen Anwendung findet. Würde man die Vertikal-GVO für nicht anwendbar halten, würden für von Intermediären auferlegte Beschränkungen deutlich strengere kartellrechtliche Regeln gelten als für vergleichbare, im direkten Verhältnis zwischen Anbieter und Abnehmer auferlegten Beschränkungen – was nicht sachgerecht erscheint.

Die Überarbeitung der Vertikal-LL bietet eine gute Gelegenheit für die Kommission, zur kartellrechtlichen Behandlung von Bestpreisklauseln Stellung zu nehmen, insbesondere, ob und unter welchen Voraussetzungen es sich aus ihrer Sicht um eine Kernbeschränkung gemäß Art. 4 a Vertikal-GVO handelt und wie sie die Beschränkung der Möglichkeit des Hotels, Zimmer auf der eigenen Internetseite zu einem günstigeren Preis als auf der Online-Plattform anzubieten, kartellrechtlich einordnen würde. Prädestiniert für die Klarstellung wäre Rn. 48 der Vertikal-LL, in dem die Kommission bereits auf Auslegungsfragen im Zusammenhang mit Art. 4 a Vertikal-GVO eingeht.

Darüber hinaus besteht ein Bedürfnis für eine Anpassung von Art. 2 Vertikal-GVO und eine Klarstellung, dass die Vertikal-GVO auf Intermediäre unter den gleichen Voraussetzungen Anwendung findet (vor allem Nichtüberschreiten der 30%-Marktanteilschwelle) wie auf Anbieter und Abnehmer der über die Plattform vertriebenen Waren oder Dienstleistungen.

2. Behandlung von Online-Plattformverboten

Durch die „Coty-Entscheidung“ des Europäischen Gerichtshofs („EuGH“) vom 6.12.2017 wurden einige Fragen geklärt, aber auch einige neue Fragen aufgeworfen.¹⁵ Bei Coty ging es um Beschränkungen im Zusammenhang mit dem selektiven Vertrieb von Luxuskosmetika auf der Grundlage eines Depotvertrags. Parfümerie Akzente vertrieb die Luxuskosmetika von Coty als autorisierter Einzelhändler über physische Verkaufsstätten, im eigenen Internet-Shop und über die Verkaufsplattform „amazon.de“.¹⁶ Die von Coty mit autorisierten Einzelhändlern abgeschlossene Zusatzvereinbarung sah vor, dass die Händler grundsätzlich berechtigt sind, Coty-Kosmetika über das Internet zu vertreiben, sofern das Internetgeschäft ein „elektronisches Schaufenster des autorisierten Ladengeschäfts“ darstellt und der Luxuscharakter der Produkte gewahrt bleibt. Die Zusatzvereinbarung schloss die Verwendung einer anderen Geschäftsbezeichnung und die erkennbare Einschaltung eines Drittunternehmens aus, das nicht autorisierter Depositär von Coty Prestige ist. Als sich Parfümerie Akzente weigerte, die Zusatzvereinbarung zu unterzeichnen, erhob Coty Germany Klage und beantragte, Parfümerie Akzente den Vertrieb Kosmetik über die Plattform „amazon.de“ zu untersagen. Das erstinstanzliche Gericht wies die Klage von Coty Germany am 31.7.2014 ab, unter anderem mit der Begründung, die vertragliche Beschränkung des Vertriebs über das Internet verstoße gegen das Kartellverbot (§ 1 GWB/Art. 101 Abs. 1 AEUV).¹⁷ Das OLG Frankfurt setzte das Berufungsverfahren gegen die erstinstanzliche Entscheidung aus und legte dem EuGH unter anderem folgende Fragen zur Vorabentscheidung vor:

1. Kann es einen mit Art. 101 Abs. 1 AEUV vereinbaren Bestandteil des Wettbewerbs darstellen, wenn den auf der Einzelhandelsstufe tätigen Mitgliedern eines selektiven Vertriebssystems pauschal verboten wird, bei Internetverkäufen nach außen erkennbar Drittunternehmen einzuschalten, ohne dass es darauf ankommt, ob im konkreten Fall die legitimen Qualitätsanforderungen des Herstellers verfehlt werden?
2. Ist Art. 4 b Vertikal-GVO dahingehend auszulegen, dass ein den auf der Einzelhandelsstufe tätigen Mitgliedern des selektiven Vertriebssystems auferlegtes Verbot, bei Internetverkäufen nach außen erkennbar Drittunternehmen einzuschalten, eine bezweckte Beschränkung der Kundengruppe des Einzelhändlers darstellt?
3. Ist Art. 4 c Vertikal-GVO dahingehend auszulegen, dass ein den auf der Einzelhandelsstufe tätigen Mitgliedern eines selektiven Vertriebssystems auferlegtes Verbot, bei Internetverkäufen nach außen erkennbar Drittunterneh-

Wolf-Posch: Anpassung der Vertikal-GVO an die Anforderungen des Online-Handels (NZKart 2019, 209)

212 ▲
▼

men einzuschalten, eine bezweckte Beschränkung des passiven Verkaufs an Endverbraucher darstellt?

Der EuGH kam zu dem Ergebnis, dass Art. 101 Abs. 1 AEUV dem Drittplattformverbot im konkreten Fall nicht entgegensteht. Das Drittplattformverbot gewährleistete Coty die Bindung der Waren im Internethandel an den autorisierten Händler und stellte damit eine im Rahmen eines selektiven Vertriebssystems schlüssige Beschränkung dar. Das selektive Vertriebssystem wiederum war aus Sicht des EuGH ein geeignetes Mittel, das Luxusimage der Waren sicherzustellen. Der EuGH wies auch darauf hin, dass das Drittplattformverbot von Coty sicherstellt, dass die Waren in einer Umgebung verkauft wurden, die den Qualitätsanforderungen von Coty entspricht.¹⁸ Mangels Vertragsbeziehung zum Provider der Drittplattform hätte der Hersteller keine Möglichkeit, die Erfüllung der Qualitätsanforderungen durch die Drittplattform sicherzustellen. Der Vertrieb der Waren über die Drittplattform sei daher für den Hersteller mit dem Risiko der Verschlechterung der Qualität des Vertriebs seiner Waren verbunden. Der EuGH berücksichtigte auch, dass Drittplattformen wie Amazon.de Verkaufsplattformen für Waren aller Art sind und dass der Verkauf über eine solche allgemeine Plattform dem Luxusmerkmal der von Coty hergestellten Waren nicht förderlich ist.¹⁹ Die Beschränkungen waren aus Sicht des EuGH ausreichend differenziert und gingen nicht über das für die Zielerreichung der Förderung und des Schutzes des Markenimages Erforderliche hinaus. Insbesondere blieb es den Händlern unbenommen, ihre Waren über das Internet zu vertreiben. Das Verbot bezog sich nur auf den nach außen hin erkennbaren Vertrieb über Drittplattformen.²⁰

Der EuGH beschäftigte sich auch mit der Frage, ob das in Rede stehende Drittplattformverbot eine Kernbeschränkung im Sinne einer Beschränkung der Kundengruppe (Art. 4 b Vertikal-GVO) oder des passiven Verkaufs an Endverbraucher (Art. 4 c Vertikal-GVO) darstellte und damit keiner Freistellung durch die Vertikal-GVO zugänglich war. Eine Kernbeschränkung gemäß Art. 4 b Vertikal-GVO kam schon deshalb nicht in Betracht, weil aus Sicht des EuGH Kunden, die Waren über Online-Plattformen kaufen, keine abgrenzbare Kundengruppe sind. Darüber hinaus waren die Beschränkungen aus Sicht des EuGH ausreichend differenziert und stellten deshalb keine Kernbeschränkung nach Art. 4 b oder 4 c Vertikal-GVO dar. So wurde weder der Vertrieb über das Internet insgesamt ausgeschlossen, noch sah der Vertrag von Coty mit Parfümerie Akzente ein generelles Verbot des Vertriebs über Drittplattformen vor (verboten war nur der nach außen hin erkennbare Vertrieb über Drittplattformen). Schließlich blieb es den Händlern freigestellt, die von ihnen vertriebenen Produkte über Online-Suchmaschinen zu bewerben. Das Angebot des Händlers war daher trotz der auferlegten Beschränkungen für alle Kundengruppen und auch für Endverbraucher im Internet auffindbar.²¹

Sowohl das BKartA als auch Mitarbeiter der Kommission nahmen zur „Coty-Entscheidung“ des EuGH Stellung – und interpretierten sie in wesentlichen Punkten unterschiedlich: Das BKartA führte in einem Beitrag in seiner Schriftenreihe „Wettbewerb und Verbraucherschutz in der digitalen Wirtschaft“ aus, die Einschätzungen des EuGH in „Coty“ zum Passivverkaufsverbot gemäß Art. 4 c Vertikal-GVO seien auf den deutschen Markt nicht ohne weiteres übertragbar, weil der Verkauf von Waren über Drittplattformen und Preisvergleichsseiten in Deutschland einen wesentlich höheren Stellenwert habe als in anderen EU-Mitgliedstaaten.²² In der Tat geht aus der Sektoruntersuchung der Kommission zum

Online-Vertrieb hervor, dass der Verkauf über Drittplattformen in Deutschland besonders große Bedeutung hat und 62% der Einzelhändler Drittplattformen für den Vertrieb ihrer Waren nutzen.²³ Das BKartA leitet aus der Verbreitung des Vertriebs über Drittplattformen in Deutschland offensichtlich ab, dass Drittplattformverbote (auch bei gleichzeitiger Ermöglichung der Bewerbung von Produkten über Internetsuchmaschinen oder Preisvergleichsplattformen) die Auffindbarkeit des Händlers, zumindest in einem Markt, in dem Drittplattformen ein wesentliches Vertriebsmittel darstellen, derart reduzieren, dass von einer Beschränkung des passiven Verkaufs an Endverbraucher im Sinne des Art. 4 c Vertikal-GVO auszugehen ist.

Ein namentlich nicht genannter Mitarbeiter der Kommission ging dagegen in der Online-Publikation der Kommission „Competition policy brief“ davon aus, „Coty“ zufolge seien Drittplattformverbote keine Kernbeschränkungen gemäß Art. 4 b und c Vertikal-GVO. Bei Nichtüberschreiten der 30%-Marktanteilsschwelle seien Drittplattformverbote deshalb regelmäßig von der Anwendung von Art. 101 Abs. 1 AEUV freigestellt.²⁴ Die Beiträge im Competition policy brief geben ausdrücklich die Rechtsansichten des Autors wieder, nicht der Kommission. Umso mehr stellt sich die Frage, ob die Kommission die „Coty-Entscheidung“ ähnlich wie das BKartA oder dahingehend interpretiert, dass Drittplattformverbote keine Kernbeschränkungen gemäß Art. 4 b und c Vertikal-GVO darstellen. Denklogisch dürfte zumindest eine Kernbeschränkung gemäß Art. 4 b Vertikal-GVO ausscheiden – so anscheinend auch das BKartA – weil die Einschätzung des EuGH, dass Kunden, die ihre Waren über Drittplattformen kaufen gegenüber den übrigen online einkaufenden Kunden keine abgrenzbare Kundengruppe darstellen, unabhängig von der Bedeutung des Verkaufs über Drittplattformen auf dem jeweiligen Territorium gelten dürfte.²⁵

Aufgrund der unterschiedlichen Reaktionen des BKartA und Mitarbeitern der Kommission auf die „Coty-Entscheidung“ des EuGH besteht weiterhin Rechtsunsicherheit, ob und unter welchen Voraussetzungen Drittplattformverbote Kernbeschränkungen gemäß Art. 4 Vertikal-GVO darstellen. Die Überarbeitung der Vertikal-GVO bietet eine wertvolle Mög-

Wolf-Posch: Anpassung der Vertikal-GVO an die Anforderungen des Online-Handels (NZKart 2019, 209)

213 ▲
▼

lichkeit, hier Klarheit zu schaffen. In Betracht kommt zum Beispiel eine Ergänzung der Rn. 52 ff. der Vertikal-LL.

Bei der Gelegenheit sollte auch Stellung genommen werden zu der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Drittplattformverbote für den Verkauf (hochwertiger) Markenprodukte aus Sicht der Kommission Wettbewerbsbeschränkungen gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV darstellen und, falls eine Wettbewerbsbeschränkung angenommen wird, auf welche Merkmale die Kommission besonders achten wird bei der Prüfung, ob das Drittplattformverbot im jeweiligen Einzelfall gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV gerechtfertigt ist. Dabei geht es auch um die ebenfalls umstrittene Frage, ob die Ausführungen der „Coty-Entscheidung“ zu Art. 101 Abs. 1 AEUV nur auf Beschränkungen im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Luxusprodukten anwendbar sind oder gleichermaßen auf Markenprodukte unterhalb der Luxusschwelle.²⁶

3. Behandlung des Verbots der Nutzung von Preisvergleichsplattformen

Auch die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Verbot der Unterstützung von Preisvergleichsmaschinen als Beschränkung des passiven Verkaufs an Endverbraucher und damit als Kernbeschränkung gemäß Art. 4 c Vertikal-GVO zu werten ist, ist bislang von der Kommission nicht entschieden worden.

In der „Asics-Entscheidung“ des deutschen Bundesgerichtshofs („BGH“) vom 12.12.2017 wurde das von Asics ihren Händlern gegenüber auferlegte Verbot, Preisvergleichsplattformen zu nutzen, als Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV qualifiziert. ASICS' Vertriebssystem 1.0 sah ein allgemeines Verbot der Unterstützung von Preisvergleichsmaschinen vor, unabhängig von der Ausgestaltung der konkreten Preisvergleichsplattform. Den Händlern wurde zusätzlich die Verwendung des Markenzeichens von ASICS auf Internetseiten Dritter untersagt. Der BGH ging davon aus, dass durch die Beschränkungen die Auffindbarkeit des Händlers im Internet wesentlich reduziert wurde. Er wertete jede der genannten Beschränkungen für sich als Kernbeschränkung gemäß Art. 4 c Vertikal-GVO. In dem Zusammenhang setzte sich der BGH nicht nur mit der kurz zuvor ergangenen „Coty-Entscheidung“ auseinander (die „Coty-Entscheidung“ betraf vergleichsweise differenzierte Klauseln), sondern auch mit dem Abschlussbericht zur E-Commerce-Sektoruntersuchung der Kommission und dem dazugehörigen Arbeitspapier.²⁷ Die Kommission spricht dort an, dass ein Verbot der Nutzung von Preissuchmaschinen, das nicht an Qualitätskriterien anknüpft, die effektive Nutzung des Internets beschränken und auf eine Beschränkung des passiven Verkaufs nach Art. 4 b oder c Vertikal-GVO hinauslaufen könnte. Demgegenüber könnten Beschränkungen, die auf qualitative Kriterien gestützt werden, von der Vertikal-GVO gedeckt sein. Die Einordnung des Verbots der Nutzung von Preisvergleichsmaschinen als Kernbeschränkung gemäß Art. 4 b Vertikal-GVO dürfte nach der „Coty-Entscheidung“ des EuGH obsolet geworden sein. Die Ausführungen des EuGH, dass Kunden, die über Drittplattformen einkaufen, gegenüber anderen, im Internet einkaufenden Kunden keine abgrenzbare Kundengruppe darstellen, dürfte sich auf Kunden von Preisvergleichsmaschinen übertragen lassen. Auch hier dürfte es sich nicht um eine von anderen, im Internet einkaufenden Kunden abgrenzbare Kundengruppe handeln. Interessant ist aber die Frage, ob die Kommission das pauschale Verbot der Nutzung von Preisvergleichsmaschinen als Kernbeschränkung gemäß Art. 4 c Vertikal-GVO wertet und wie sie das Verbot der Nutzung von Preisvergleichsmaschinen nun letztlich behandelt, wenn es an qualitative Kriterien anknüpft. Auch für diese Klarstellung eignet sich eine Ergänzung der Rn. 52 ff. der Vertikal-LL.

4. Andere EU-Gesetzgebung zum Vertikalvertrieb

In der EU entwickelt sich eine stetig zunehmende Gesetzgebung zum Vertikalvertrieb von Waren und Dienstleistungen außerhalb des Kartellrechts. Beispiele sind die am 3.12.2018 in Kraft getretene Geoblocking-Verordnung („Geoblocking-VO“)²⁸, die voraussichtlich 2019 in Kraft tretende Plattform-Verordnung („Plattform-VO“)²⁹ und die wahrscheinlich ebenfalls 2019 in Kraft tretende UTP-Richtlinie („UTP-Richtlinie“³⁰). Aus dieser Gesetzgebung (bzw., im Fall der Richtlinie, ihrer nationalen Implementierung) ergeben sich zusätzliche Pflichten bei der Teilnahme an der vertikalen Vertriebskette im Online- und Offline-Vertrieb. Für den Rechtsanwender wird die relevante Legistik zunehmend unübersichtlich. Gleichzeitig setzt eine effiziente Rechtsanwendung einen Überblick über die für den jeweiligen Marktteilnehmer geltenden Regeln voraus. Aus Sicht der Unternehmen ist die Frage, ob eine Regelung dem Kartellrecht zuzuordnen ist oder zu einem anderen Rechtsbereich gehört, von untergeordneter Bedeutung. Unternehmen wollen mit möglichst wenig Aufwand wissen, welche Regeln sie zu beachten haben. Das ist im Einklang mit den Zielen einer effizienten, praxistauglichen Gesetzgebung. Die Überarbeitung der Vertikal-LL bietet eine gute Möglichkeit, durch Querverweise zumindest auf die oben genannten Regelungen klarzustellen, welche zusätzlichen Regeln der Rechtsanwender jeweils zu beachten hat bzw. ihn noch einmal auf die Existenz zusätzlicher Verordnungen und Richtlinien hinzuweisen.

Zum Beispiel könnte ein Hinweis in die Vertikal-LL eingefügt werden, dass zwar die Vertikal-GVO nur auf vertikale Vereinbarungen Anwendung findet, mit der Geoblocking-VO aber zusätzlich Regeln für das unilaterale Verhalten von Anbietern von Waren und Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Zugang zu Online-Benutzeroberflächen, dem Zugang zu ihren Waren und Dienstleistungen, den passiven Verkauf und die Nichtdiskriminierung beim Bezahlvorgang geschaffen wurden.³¹

5. Stärkere Rolle der Kommission bei der Auslegung der Regeln zum Vertikalvertrieb

trieb eingenommen. Das hing auch damit zusammen, dass die Kommission in diesem Bereich lange untätig war. Aus Sicht der Rechtsanwender besteht ein Interesse an einer einheitlichen Auslegung der für sie geltenden kartellrechtlichen Regeln innerhalb der Europäischen Union. Eine unterschiedliche Entscheidungspraxis zum Vertikalvertrieb in verschiedenen europäischen Mitgliedstaaten und Unklarheit über die Rechtsansicht der Kommission sind für Unternehmen mit zusätzlichem Aufwand und Kosten verbunden. Die Unternehmen müssen sich mit abweichender Entscheidungspraxis in verschiedenen Mitgliedstaaten auseinandersetzen, verstärkt rechtliche Beratung in Anspruch nehmen und ihren Vertrieb an die unterschiedlichen nationalen Anforderungen anpassen. Letztlich setzt sich gerade bei einer strengeren Entscheidungspraxis einer Wettbewerbsbehörde eines großen Mitgliedstaates wie Deutschland letztlich die Entscheidungspraxis dieser Behörde durch – unabhängig davon, ob diese Auslegung die richtige Auslegung ist. Gerade in einem so stark grenzüberschreitenden Wirtschaftsbereich wie dem Online-Vertrieb ist die unterschiedliche Anwendung der für den Vertikalvertrieb geltenden Regeln mit dem gemeinsamen Markt schwer vereinbar.

Deshalb wäre es sicherlich zu begrüßen, wenn die Kommission die Vertikal-LL in Bezug auf die wesentlichen Fragen zum Online-Vertrieb in kürzeren Abständen überarbeiten würde. Die aktuellen Vertikal-LL datieren von 2010. In einem sich schnell fortentwickelnden Bereich wie dem Online-Vertrieb, in dem sich innerhalb eines kurzen Zeitraums von wenigen Jahren neue Rechtsfragen stellen, ist eine Überarbeitung der Vertikal-LL alle fünf Jahre sinnvoll. Das kann auch unabhängig von einer Überarbeitung der Vertikal-GVO geschehen. Sinnvoll ist auch, wenn die Kommission von ihrem Recht, *amicus curiae* Stellungnahmen in nationalen Gerichtsverfahren einzureichen, zukünftig stärker Gebrauch macht. Zusätzlich ist es sinnvoll, wenn die Kommission die Möglichkeit einer Ex-ante-Konsultation zu bisher ungeklärten Auslegungsfragen der Vertikal-GVO (wieder) einführt.

III. Ausblick

Der Online-Vertrieb hat neue Anforderungen auch für das Kartellvertriebsrecht geschaffen. Die Überarbeitung der Vertikal-GVO und der Vertikal-LL soll diese modernisieren und an die neuen Herausforderungen anpassen. Wünschenswert sind insbesondere Klarstellungen der kartellrechtlichen Einordnung von zwischen Internetplattformen und Anbietern von Waren und Dienstleistungen vereinbarten Bestpreisklauseln sowie der kartellrechtlichen Einordnung von Drittplattformverboten und dem Verbot der Nutzung von Preisvergleichsplattformen. Darüber hinaus bietet es sich an, in die Vertikal-LL Querverweise auf die neuere EU-Gesetzgebung zum Vertikalvertrieb außerhalb des Kartellrechts (insbesondere die Geoblocking-VO und die zukünftige Plattform-VO und UTP-Richtlinie) einzufügen, um die ganzheitliche Anwendung der für den Vertikalvertrieb geltenden Regeln zu erleichtern. Auch sollten die Vertikal-LL in kürzeren Abständen überarbeitet werden – idealerweise alle fünf Jahre – unabhängig von der Überarbeitung der Vertikal-GVO. Schließlich wäre es zu begrüßen, wenn die Kommission für bisher ungeklärte Fragen im Zusammenhang mit der Anwendung der Vertikal-GVO, insbesondere im Zusammenhang mit dem Online-Vertrieb, eine ex-ante Konsultation ermöglicht. Der Online-Handel wird den Vertrieb von Waren und Dienstleistungen in den kommenden Jahren grundlegend verändern und neue Fragestellungen für das Vertriebskartellrecht aufwerfen. Dessen Effizienz und Nutzen für die Marktteilnehmer hängt stark davon ab, dass es regelmäßig an die neuen Herausforderungen der Digitalisierung angepasst wird.

* Die Autorin ist Partnerin bei Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati Rechtsanwälte GmbH in Wien, Österreich. Alle in diesem Artikel vertretenen Ansichten sind Ansichten der Autorin und geben nicht die Rechtsauffassung der Kanzlei wieder.

- 1 Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. L 102 vom 23.4.2010, S. 1-7.
- 2 Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. C 130 vom 19.5.2010, S. 1-46.
- 3 Vgl. Öffentliche Konsultation, EU-Wettbewerbsregeln für vertikale Vereinbarungen – Bewertung, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/ares-2018-5068981_de.
- 4 Fahrplan für Bewertung und Eignungsprüfung – Ares(2018)5722104, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/ares-2018-5068981_de. Die Kommission führt auf ihrer Internetseite zum Gesetzgebungsprozess aus, dass Fahrpläne „zur Festlegung des Geltungsbereichs für wichtige neue Rechtsvorschriften oder Strategien, die Bewertung einer bestehenden Rechtsvorschrift oder Strategie oder zur Eignungsprüfung mehrerer bestehender oder miteinander verbundener Rechtsvorschriften oder Strategien verwendet werden“. Fahrpläne erläutern die zu lösenden Probleme, die Zielsetzung, Konsultationsstrategie und den Grund für das Tätigwerden der Kommission. Vgl. https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law_de#how-their-scope-is-defined.
- 5 Zum Beispiel EuroCommerce (Belgium), ebay Inc. (Sweden), Central, European Franchise Federation (Niederlande) oder der Zentralverband Deutsches Kraftfahrzeuggewerbe e. V. (Germany).
- 6 Europäische Kommission, Feedback received on: EU competition rules on vertical agreements – evaluation, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/ares-2018-5068981/feedback_de?size=10&p_id=327092.
- 7 Europäische Kommission, Öffentliche Konsultation, EU-Wettbewerbsregeln für vertikale Vereinbarungen – Bewertung, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/ares-2018-5068981/public-consultation_de.
- 8 Fragebogen für die Öffentlichkeit zur Bewertung der Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen im Jahr 2018, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/ares-2018-5068981/public-consultation_de („Fragebogen“). Zusätzlich empfiehlt die Kommission Organisationen und Unternehmen, die an der Konsultation teilnehmen, sich im Transparenzregister der Europäischen Union zu registrieren.
- 9 Fragebogen, S. 5.
- 10 Zum Beispiel Fragebogen, S. 8.
- 11 Fragebogen, S. 3.
- 12 Vgl. BKartA, Verf. v. 20.12.2013, B9-66/10, Rn. 237. Siehe auch *Wolf-Posch*, Neue Entwicklungen zu Bestpreisklauseln von Online-Hotelportalen, ÖZK 2015, 100 ff.
- 13 Vgl. Booking.com's Commitments offered to the Swedish Competition Authority, Rn. 2.1, abrufbar unter: http://www.konkurrensverket.se/globalassets/english/news/13-0596_annex1-booking-coms_commitment.pdf; I779 – Booking's commitments to Italian Antitrust Authority on the prices offered by the partner hotels, abrufbar unter: <http://en.agcm.it/en/media/detail?id=696ff548-ba9d-42f9-bef6-01acbe3bd2f3>; Autorité de la Concurrence, Décision n° 15-D-06 du 21 avril 2015 sur les pratiques mises en oeuvre par les sociétés Booking.com B.V., Booking.com France SAS et Booking.com Customer Service France SAS dans le secteur de la réservation hôtelière en ligne, abrufbar unter: <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/15d06.pdf>.
- 14 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 9.1.2015, VI-Kart 1/14 (V), Rn. 164 f. Vgl. auch *Tamke*, WuW 2015, 22 m. w. N. und *Wolf-Posch*, Neue Entwicklungen zu Bestpreisklauseln von Online-Hotelportalen, ÖZK 2015, 101.
- 15 EuGH, Urt. v. 6.12.2017, C-230/16 – *Coty*, ECLI: EU:C:2017:941.
- 16 EuGH, Urt. v. 6.12.2017, C-230/16 – *Coty*, ECLI: EU:C:2017:941, Rn. 9.
- 17 Vgl. EuGH, Urt. v. 6.12.2017, C-230/16 – *Coty*, ECLI: EU:C:2017:941, Rn. 15 ff.
- 18 EuGH, Urt. v. 6.12.2017, C-230/16 – *Coty*, ECLI: EU:C:2017:941, Rn. 46.
- 19 EuGH, Urt. v. 6.12.2017, C-230/16 – *Coty*, ECLI: EU:C:2017:941, Rn. 47 ff.
- 20 EuGH, Urt. v. 6.12.2017, C-230/16 – *Coty*, ECLI: EU:C:2017:941, Rn. 52.

- 21 EuGH, Urt. v. 6.12.2017, C-230/16 – *Coty*, ECLI: EU:C:2017:941, Rn. 66 ff.
- 22 BKartA, Wettbewerbsbeschränkungen im Internetvertrieb nach *Coty* und *Asics* – wie geht es weiter?, Schriftenreihe „Wettbewerb und Verbraucherschutz in der digitalen Wirtschaft“, Oktober 2018, abrufbar unter: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Schriftenreihe_Digitales_4.pdf?_blob=publicationsFile&v=2, S. 5.
- 23 Final report on the E-commerce Sector Inquiry, COM(2017) 229 final. So auch Europäische Kommission, EU competition rules and marketplace bans: Where do we stand after the *Coty* judgment? Competition policy brief, April 2018, abrufbar unter: <http://ec.europa.eu/competition/publications/cpb/2018/kdak18001enn.pdf>, S. 1.
- 24 EU competition rules and marketplace bans: Where do we stand after the *Coty* judgment?, Competition policy brief, April 2018, abrufbar unter: <http://ec.europa.eu/competition/publications/cpb/2018/kdak18001enn.pdf>, S. 4.
- 25 BKartA, Wettbewerbsbeschränkungen im Internetvertrieb nach *Coty* und *Asics* – wie geht es weiter?, Schriftenreihe „Wettbewerb und Verbraucherschutz in der digitalen Wirtschaft“, Oktober 2018, abrufbar unter: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Schriftenreihe_Digitales_4.pdf?_blob=publicationsFile&v=2, S. 5.
- 26 Das wirft wiederum die Frage auf, wie Luxuswaren zu definieren sind. Der EuGH musste sich dieser Frage nicht stellen, weil der Luxuscharakter der betroffenen Produkte von den Vorlagefragen vorgegeben wurde.
- 27 BGH, Beschl. v. 12.12.2017, KVZ 41/17, NZKart 2018, 97. Vgl. Europäische Kommission, Staff Working Document Accompanying the document Report from the Commission to the Council and the European Parliament – Final report on the E-commerce Sector Inquiry, 10.5.2017, COM(2017) 229 final, Rn. 542 ff.
- 28 Verordnung (EU) 2018/302 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28.2.2018 über Maßnahmen gegen ungerechtfertigtes Geoblocking und andere Formen der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit, des Wohnsitzes oder des Ortes der Niederlassung des Kunden innerhalb des Binnenmarkts und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 2006/2004 und (EU) 2017/2394 sowie der Richtlinie 2009/22/EG, ABl. L 60 I v. 2.3.2018, S. 1-15.
- 29 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten, COM/2018/238 final – 2018/0112 (COD).
- 30 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Handelspraktiken in den Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen der Lebensmittelversorgungskette, COM/2018/173 final – 2018/0082 (COD).
- 31 Vgl. Art. 3 ff. Geoblocking-VO.