

Positionspapier

im Hinblick auf die Überarbeitung der Gruppenfreistellungsverordnung über Vertikalvereinbarungen und der Leitlinien für vertikale Beschränkungen

Stand: 17.05.2019



Die Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung der Europäischen Kommission (Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010, „Vertikal-GVO“) und die entsprechenden Leitlinien gehen in die richtige Richtung und enthalten für Unternehmen wichtige Safe-Harbour-Regelungen. Die Leitlinien konkretisieren zudem die bestehenden Freistellungsmöglichkeiten und vermitteln damit sowohl kleineren als auch größeren Unternehmen über sämtliche Marktstufen hinweg wichtige Rechtsicherheit. Die Vertikal-GVO sollte daher weiterhin aufrechterhalten werden. Um ihre positive Wirkung zu optimieren, sollte die Vertikal-GVO jedoch ebenso wie die entsprechenden Leitlinien an einigen Stellen nachgeschärft, konkretisiert und aktualisiert werden, etwa um der fortschreitenden Digitalisierung Rechnung zu tragen.

Ziel der nachfolgenden Aufzählung ist es, vor dem Hintergrund des nun beginnenden Konsultationsverfahrens der Europäischen Kommission einen ersten Überblick über Aspekte der Vertikal-GVO zu geben, die für den Einzelhandel von Bedeutung sind. Entsprechend dem aktuellen Verfahrensstand ist die Darstellung selbstverständlich nicht abschließend. Wir werden die nachfolgenden Erwägungen vielmehr im weiteren Verlauf vertiefen und ergänzen.

Anwendungsbereich

Gemäß Art. 2 Abs. 4 S.2 lit. a) Vertikal-GVO gilt die Freistellungswirkung – unter engen Voraussetzungen – auch für nicht gegenseitige Vereinbarungen (d. h. Vereinbarungen, welche z. B. die Warenlieferung gegen Geldzahlungen zum Gegenstand haben) zwischen einem Hersteller und einem Händler, selbst wenn diese auf Handelsebene im Wettbewerb stehen. Diese Konstellation ist mittlerweile insbesondere infolge des zunehmenden Direktvertriebs von Herstellern über eigene Onlineshops regelmäßig anzutreffen. Insofern wäre eine Klarstellung wünschenswert, dass auf solche Verhältnisse ausschließlich die Vertikal-GVO Anwendung findet, sie also insbesondere auch den Austausch wettbewerblich sensibler Informationen im Rahmen der Umsetzung der Vereinbarung umfasst. Denn es handelt sich in einer Konstellation, in der der Lieferant Kunden direkt beliefert und zugleich an Händler vertreibt, zwischen beiden nicht um ein klassisches horizontales Wettbewerbsverhältnis. Dieses ist vielmehr geprägt von der vertikalen Beziehung. Es wirkt daher z. B. gekünstelt und ist mit Ineffizienzen verbunden, wenn der Händler sich in einem solchen Verhältnis bei Aktionen mit dem Lieferanten nicht im erforderlichen Umfang austauschen darf, um eine Mengenplanung zu gewährleisten. Daher wäre es wünschenswert, wenn in den Vertikal-LL klar festgehalten wird, dass Art. 101 AEUV auf diese Mischverhältnisse in horizontaler Hinsicht keine Anwendung findet, sondern vielmehr eine solche Beziehung, wenn die Marktanteile



eingehalten werden und sonst keine unzulässige Beschränkung nach der Vertikal-GVO bzw. den LL vorliegt, voll von der Vertikal-GVO profitiert.

Förderung von Verkaufsanstrengungen

Nach Rdnr. 52 d) der Leitlinien der EU-Kommission für vertikale Beschränkungen dürfen Anbieter mit dem Abnehmer feste Gebühren vereinbaren, um dessen Online- und Offline-Verkaufsanstrengungen zu unterstützen. Allerdings ist diese Möglichkeit angesichts der vielfältigen Handelslandschaft häufig nicht praktikabel. So kann und will (mangels Anreizwirkung) der Anbieter die Verkaufsanstrengung insbesondere nicht durch einen für alle Abnehmer einheitlichen Festbetrag unterstützen. Es wäre beispielsweise ein identischer Zuschuss zur Beteiligung an hohen Miet- und Personalkosten für einen Abnehmer in teuren Großstadtlagen mit spezialisiertem Angebot unter Umständen nicht mehr als ein Tropfen auf den heißen Stein, während er für einen Abnehmer mit breitem Sortiment in günstigen ländlichen Gebieten vollkommen außer Verhältnis zu den tatsächlichen Kosten stünde. Die Folge wären erhebliche Fehlanreize und Verzerrungen. Nicht zuletzt wären erhebliche Mitnahmeeffekte zu befürchten. Bei der Bezifferung der festen Gebühr muss daher zwingend die individuelle Kostenstruktur berücksichtigt werden. Dies ist einem Hersteller jedoch in der Praxis für die Vielzahl individueller Abnehmer oder sogar Verkaufsstätten kaum flächendeckend möglich, erst recht nicht mit vertretbarem Aufwand. Zugleich ist für eine sachgerechte Ausgestaltung aus Sicht des Anbieters aber unerlässlich, auch den Umsatz zu berücksichtigen, den ein Abnehmer in seinen Verkaufsstätten mit den Produkten des Anbieters erzielt. Ein solcher (variabler) Umsatzbezug ist jedoch derzeit nach den Leitlinien – anders als die fixen Zuschüsse – gerade nicht zulässig. Dabei bleibt unberücksichtigt, dass der Anbieter kaum gewillt sein wird, entsprechende (fixe) finanzielle Zugeständnisse zu machen, wenn dies nicht in angemessenem Umfang dem Vertrieb seiner eigenen Produkte zugutekommt.

Entsprechend der ständigen Entscheidungspraxis ist daher klarzustellen, dass zur Förderung des stationären Einzelhandels auch variable Gebühren oder Rabatte zulässig sind, sofern deckungsgleiche oder äquivalente Verkaufsanstrengungen im Online- und Offline-Handel entsprechend berücksichtigt werden. Dies darf generell nicht dazu führen, dass in der Praxis ein Vertriebskanal einseitig begünstigt wird. Zugleich muss es Herstellern möglich sein, auch Verkaufsanstrengungen des Handels zu honorieren, für die in einzelnen Verkaufskanälen de facto kein Äquivalent existiert (z. B. das Look-and-feel-Erlebnis im stationären Einzelhandel), ohne dass dies ohne Weiteres als unzulässiges Doppelpreissystem angesehen wird.



Mindestpreise

Nach Rn. 225 der Vertikal-LL ist in Ausnahmefällen die Vorgabe eines (zeitlich begrenzten) Mindestverkaufspreises zulässig. Dies betrifft einerseits Produktneueinführungen und andererseits Sonderangebotskampagnen in einem Franchise- oder vergleichbaren Vertriebssystem. Lieferanten versuchen teilweise unter Berufung auf die Sonderregelung für Produktneueinführungen, bei regelmäßigen Produktneuheiten einen Mindestpreis für eine längere Dauer durchzusetzen. Insofern wären Klarstellungen in den Vertikal-LL begrüßenswert, die den Anwendungsbereich der Ausnahme für Mindestpreise begrenzen und Anforderungen an die „Schaffungshöhe“ bei Neuprodukten und/oder die zeitliche Dauer solcher Mindestpreise – z. B. mit einer Begrenzung auf maximal 6 Wochen – weiter schärfen.

Datenaustausch zwischen Händlern und Herstellern mit eigenem Direktvertrieb

Die Übermittlung von Vertriebsdaten der Handelsebene (bspw. zu Absätzen oder Lagerbeständen) gewinnt zunehmend an Bedeutung. Die Kommission hat in ihrem Abschlussbericht zur Sektoruntersuchung (Rn. 56) angedeutet, dass der Austausch wettbewerbslich sensibler Daten, etwa über Preise und verkaufte Mengen zwischen Herstellern mit eigenen Verkaufstätigkeiten und ihren Einzelhändlern, wettbewerbsrechtliche Bedenken aufwerfen kann, wenn die gleichen Akteure in direktem Wettbewerb beim Verkauf bestimmter Produkte und Dienstleistungen stehen. Grundsätzlich kann ein Datenaustausch zwischen Hersteller und Einzelhändler aber auch wettbewerbsfördernde Auswirkungen haben (z. B. Verbesserung der Sortimentsplanung, Produktion und Warensteuerung). Insofern wäre es aus Gründen der Rechtssicherheit zu begrüßen, wenn die Kommission in den Vertikal-LL nähere Ausführungen zu ihrer Schadenstheorie machen würde, damit der Einzelhandel nachvollziehen kann, in welchen Konstellationen die Kommission beim Datenaustausch im Rahmen eines dualen Vertriebs Wettbewerbsbedenken hat (und was mögliche Abhilfemaßnahmen des Herstellers wären).

Pauschale Plattformverbote

Im Zusammenhang mit den Ausführungen unter Rdnr. 54 ff. der Vertikal-LL ist klarzustellen, dass pauschale Plattformverbote auch innerhalb eines selektiven Vertriebssystems immer



eine unzulässige Kundengruppenbeschränkung gemäß Art. 4 c) Vertikal-GVO darstellen. Dies ist erforderlich, weil viele kleinere Händler den Zugang zum Kunden im Internet in der Praxis nur über Plattformen finden. Kriterien, die bestimmte Vertriebswege diskriminieren, müssen aber auch innerhalb selektiver Vertriebssysteme verboten bleiben. Konkrete Vorgaben für den Plattformvertrieb dürfen daher nur zulässig sein, soweit sie den Plattformvertrieb nicht pauschal ausschließen.

Ausschluss von Vertriebsbahnen

Auch außerhalb zulässiger selektiver Vertriebssysteme versuchen Lieferanten regelmäßig, ihren Abnehmern den Weitervertrieb von Produkten über bestimmte Vertriebskanäle zu untersagen. In diesem Bereich wäre daher eine weitere Klarstellung wünschenswert. So sollte insbesondere ausdrücklich betont werden, dass der Anbieter dem Abnehmer außerhalb eines in zulässiger Weise errichteten selektiven Vertriebssystems die Nutzung einer bestimmten Vertriebsbahn grundsätzlich ebenso wenig untersagen kann, wie die Weiterveräußerung an Nutzer bestimmter Vertriebsbahnen. Dies kann z. B. relevant werden, wenn ein Hersteller von Sportschuhen versucht, den Vertrieb einzelner Produkte auf den modeorientierten Bekleidungshandel zu beschränken und gleichzeitig im Sportartikelhandel zu verbieten.

Nutzung des Internets als Vertriebskanal

Die Regelung der Rdnr. 56 der Vertikal-LL, nach der vertikale Einschränkungen zur Nutzung des Internets für den Vertrieb als Kernbeschränkungen gelten, muss unbedingt uneingeschränkt aufrechterhalten werden. Derzeit versuchen insbesondere Hersteller von Markenprodukten auf verschiedene Weise, dem Handel den Vertrieb über das Internet – z. B. durch Online-Shops – zu untersagen. Der Handel muss aber seine Vertriebsentscheidungen autonom treffen können, da er auch das Vertriebsrisiko trägt. Nur weil andere Vertriebskanäle zur Verfügung stehen, bedeutet dies nicht, dass der Vertriebskanal „Internet“ ausgeschlossen werden kann. Ebenso muss es ihm möglich sein, auf Marktentwicklungen zu reagieren und sein Geschäftsmodell fortwährend anzupassen. Gleichzeitig soll nicht in Frage gestellt werden, dass Hersteller die Möglichkeit haben müssen, spezifische Verkaufsanstrengungen in einem Vertriebskanal zu honorieren (s. o.). Dies gilt insbesondere für die Anerkennung der Leistungen im stationären Einzelhandel durch den Hersteller auch durch umsatzbezogene Unterstützung. Ebenso sollten Hersteller unter engen Voraussetzungen innerhalb von selektiven Vertriebssystemen erfüllbare Qualitätsanforderungen an die Internetnutzung im Allgemeinen und die Plattformen im Besonderen stellen dürfen, so-



weit diese Vorgaben die Nutzung dieser Vertriebswege nicht de facto pauschal ausschließen. Daneben sollte die nach der Vertikal-GVO vorgesehene Möglichkeit, als Kriterium für die Aufnahme in ein selektives Vertriebssystem zu verlangen, dass ein Händler über einen oder mehrere physische Verkaufspunkte oder Ausstellungsräume verfügt (vgl. Rdnr. 54 der Vertikal-LL), zwar beibehalten werden. In diesem Zusammenhang ist jedoch gleichzeitig klarzustellen, dass darüber hinausgehende qualitative Kriterien den an die Zulässigkeit selektiver Vertriebssysteme gestellten Anforderungen entsprechen müssen. Die Anforderung, dass es Abnehmern grundsätzlich möglich sein muss, das Internet als Vertriebskanal zu nutzen, steht dabei einer Differenzierung der Kriterien für reine Online-Händler auf der einen und stationäre Einzelhändler bzw. Hybridhändler auf der anderen Seite – in Übereinstimmung mit den vorgenannten Erwägungen – nicht entgegen. Schließlich erscheinen weitergehende Erläuterungen im Lichte der zwischenzeitlichen Entscheidungspraxis wünschenswert.

Rechtfertigung selektiver Vertriebssysteme

Zu Recht sind nach Rdnr. 175 der Vertikal-LL selektive Vertriebssysteme nur zulässig, wenn sie wegen der Beschaffenheit des Produkts erforderlich sind. Wegen der neueren EuGH-Rechtsprechung ist klarzustellen, dass weder das Image noch das Prestige einer Ware Bestandteil der Produktbeschaffenheit sind. Produktimage und -prestige dürfen daher (allein) kein hinreichendes Kriterium sein, um ein selektives Vertriebssystem zu legitimieren. Anderenfalls würde die Entscheidung über die Zulässigkeit selektiver Vertriebssysteme und der damit verbundenen Kundengruppen- und Gebietsbeschränkungen de facto in die Hand der Hersteller gelegt. Zumindest ist daher sicherzustellen, dass die Markenindustrie keinen generellen und willkürlichen Einfluss auf die Vertriebsentscheidungen des Einzelhandels nehmen kann. Es muss in den Leitlinien sichergestellt werden, dass die EuGH-Rechtsprechung in der Rechtssache Coty nicht über den Bereich „echter“ Luxuswaren hinaus auch noch auf sämtliche (hochwertige) Markenprodukte angewandt wird. Unter Bezugnahme u. a. auf nationalen Entscheidungen, die in der Folge zu Coty ergangen sind, z. B. die Entscheidung des OLG Hamburg in der Rechtssache Aloe2Go, sollte klargestellt werden, dass keine Erweiterung der Zulässigkeit über den Bereich der Luxuswaren hinaus erfolgen soll. Es ist angezeigt, eine Trennlinie zwischen Luxuswaren und sonstigen (hochwertigen) Waren zu ziehen, z. B. in Form einer Wertgrenze oder durch Heranziehen qualitativer Kriterien, die ein Luxusgut ausmachen. Denkbar wäre hier, auf den Einsatz (i) hochwertiger Stoffe (Inhaltsstoffe, Zutaten, Materialien) oder (ii) die Stückzahl der verkauften Produkte abzustellen (Annahme: Ein Luxusprodukt zeichnet sich auch durch eine gewisse Limitierung der Auflage bzw. des Vorhandensein des Produktes aus). Eine klare Definition von „Luxus“-



Produkten ist für diesen Fall erforderlich, um in der Praxis eine rechtssichere Abgrenzung zu hochwertigen Markenprodukten zu ermöglichen. Ansonsten droht das Kriterium, in Verbindung mit der interpretationsbedürftigen Rechtsprechung des EuGH als Einfallstor für eine Aufweichung des eng umgrenzten Anwendungsbereiches selektiver Vertriebssysteme zulasten des Wettbewerbs missbraucht zu werden.

Handelsvertreter

Die Rdnr. 12 ff. der Vertikal-LL führen aus, unter welchen Voraussetzungen Art. 101 AEUV auf Handelsvertreterverhältnisse Anwendung findet. Für die Praxis sind diese Erläuterungen äußerst wertvoll. Es wäre wünschenswert, auch in der Vertikal-GVO selbst klarzustellen, dass im Rahmen eines Handelsvertreter- oder Kommissionsverhältnisses weitergehende Möglichkeiten für den Anbieter bestehen, im Interesse einer einheitlichen Geschäftsstrategie dem Abnehmer bestimmte Vorgaben zu machen, sofern das Handelsvertreterverhältnis die in den Rdnr. 12 ff. der Vertikal-LL dargestellte Risikoverteilung widerspiegelt. Überdies wäre eine Klarstellung wünschenswert, dass die Regelung in Art. 2 Abs. 4 Vertikal-GVO auch in diesem Zusammenhang Anwendung findet. Dies ist insbesondere vor dem Hintergrund des zunehmenden Online-Direktvertriebs relevant. In diesem Zusammenhang sollte ebenso klargestellt werden, unter welchen Voraussetzungen der parallele Direktvertrieb durch einen Geschäftsherrn zulässig ist, der nicht selbst Hersteller der betreffenden Produkte ist, wie auch die Konstellation berücksichtigt werden, wenn der Handelsvertreter neben den Vertragswaren weitere Artikel im Sortiment führt (eigenverantwortlich oder ebenfalls als Handelsvertreter).

Listungsgebühren und Werbekostenzuschüsse

Unter Rdnr. 207 der Vertikal-LL werden die Effizienzvorteile von Listungsgebühren erläutert. Die zutreffenden Ausführungen sollten ergänzt werden. Es ist deutlicher als bisher klarzustellen, dass die Listung neuer Waren für den Händler mit erheblichen Kosten – z. B. für die Listung des Lieferanten, Vergabe einer Lieferantenummer, Restrukturierung von Logistikabläufen, Änderung der Platzvergabe auf den Regalen etc. – verbunden ist und daher vereinbart wird, um die mit der Listung verbundenen Risiken („Flop-Produkt“) zwischen den Vertragsparteien angemessen zu verteilen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass innovative Produkte unter diesen Voraussetzungen leichter den Zugang zum Verbraucher finden und dies primär im Interesse des Herstellers liegt. Auch weil dieser wegen seiner überlegenen Marktkenntnis die Erfolgchancen eines neuen Produkts besser beurteilen kann als ein Händler mit vielen tausend Produkten im Sortiment, ist die Vereinbarung von Listungsge-



bühren sachgerecht. Sie dient ebenso dem Verbraucher, dem damit ein breiteres und innovativeres Sortiment angeboten werden kann. Neben den Listungsgebühren ist auch auf die Effizienzvorteile von Werbekostenzuschüssen einzugehen. Diese tragen wie die Listungsgebühren nicht unwesentlich zu einer funktionierenden Lebensmittellieferkette und einer sicheren Versorgung der Verbraucher bei. Werbekostenzuschüsse helfen insbesondere Lieferanten aus dem KMU-Bereich, die Bekanntheit der von ihnen hergestellten Produkte beim Verbraucher zu verbessern, und wirken damit bestehenden Konzentrationstendenzen entgegen. Der Verbrauchernutzen von Listungsgebühren und Werbekostenzuschüssen muss daher weiter ausdrücklich anerkannt werden. Einschränkungen sind unbedingt zu vermeiden.

Zulässigkeit von Wettbewerbsverboten

Gemäß Art. 5 Abs. 1 lit. a) Vertikal-GVO sind Wettbewerbsverbote zulässig, die für eine Dauer von nicht mehr als fünf Jahren vereinbart werden. Darüber hinaus stellt Abs. 2 klar, dass in bestimmten Konstellationen auch eine längere Laufzeit zulässig ist. Die Ausnahme berücksichtigt in zutreffender Weise, dass „von einem Anbieter normalerweise nicht erwartet werden kann, dass er den Verkauf konkurrierender Produkte in/auf seinen eigenen Räumlichkeiten und Grundstücken zulässt“ (vgl. Rdnr. 67 der Vertikal-LL). Die Verengung des Anwendungsbereiches der Ausnahmenvorschrift auf eine Eigentümerstellung ist jedoch nicht sachgerecht. Grundlage kann die (bereits geregelte) Konstellation sein, dass der Anbieter die Verfügungsgewalt über die Immobilie innehat und diese freiwillig an den Abnehmer weitergibt, etwa als Hauptmieter im Rahmen eines Untermietverhältnisses oder vergleichbarer Konstellationen (z. B. Pacht). Darüber hinaus sollte die Ausnahmenvorschrift aber ebenso auf Konstellationen erstreckt werden, in denen eine vergleichbare Interessenlage besteht. Dies gilt z. B. für das Verhältnis zwischen Darlehensgeber und Darlehensnehmer: Unterstützt der Anbieter den Geschäftsbetrieb des Abnehmers durch die Gewährung eines Darlehens, so kann er zu Recht erwarten, dass der Abnehmer den gewonnenen Handlungsspielraum nicht zum Nachteil des Anbieters nutzt.

Preiskoordinierung in Verbundgruppen

Nach Rdnr. 225 der Vertikal-LL sind feste Weiterverkaufspreise in einem Vertriebssystem mit einheitlichen Vertriebsmethoden (z. B. Verbundgruppen) zur Koordination kurzfristiger Sonderangebotskampagnen zulässig. Wegen der besonderen, aus der Digitalisierung des Wirtschaftslebens folgenden Herausforderungen müssen darüber hinaus für Verbundgruppen zumindest für den Online-Handel Möglichkeiten geschaffen werden, innerhalb der Ver-



bundgruppe Preise für den Verkauf über einen einheitlichen Online-Shop zu koordinieren, selbst wenn die Mitglieder der Verbundgruppe nicht gesellschaftsrechtlich verflochten sind, keiner gemeinsamen Beherrschung unterliegen und/oder keinen gemeinsamen Marktauftritt haben.

Spannengarantie

Es sollte klar geregelt werden, dass Lieferant und Händler erwartete Umsätze und Margen thematisieren und entsprechende Informationen austauschen dürfen. Auf dieser Grundlage sollte darüber hinaus klargestellt werden, dass der Handel an den Lieferanten auch eine erwartete Zielmarge kommunizieren darf und mit diesem eine Ausgleichszahlung vereinbaren kann, wenn der erwartete Umsatz bzw. die erwartete Marge nicht erreicht werden.

Die Forderung einer solchen Ausgleichszahlung führt in der Praxis nicht dazu, dass Lieferant und Händler den Verkaufspreis binden. Vielmehr bleibt der Händler immer frei in der Gestaltung seines Verkaufspreises. Die Ausgleichszahlung bezieht sich nämlich auf den Einkaufs- und nicht auf den Verkaufspreis.

In Anlehnung an das Hinweispapier des Bundeskartellamtes (Hinweise zum Preisbindungsverbot im Bereich des stationären Lebensmitteleinzelhandels, Juli 2017) sollte daher klargestellt werden, dass die Ausgleichsforderung für sich genommen keinen hinreichenden Schluss auf eine kartellrechtswidrige Vereinbarung über die Verkaufspreise des Händlers zulässt.

Vereinigungen von Einzelhändlern

Nach Rdnr. 29 der Vertikal-LL fallen vertikale Vereinbarungen zwischen einer Unternehmensvereinigung und ihren Mitgliedern oder zwischen einer solchen Vereinigung und Anbietern unter die GVO, sofern bestimmte Schwellenwerte nicht überschritten sind. Der Anwendungsbereich der Regelung ist zu eng. Die Entwicklungen der vergangenen Jahre haben vielmehr gezeigt, dass branchenübergreifend auch Einzelhändler mit deutlich höheren Umsätzen allein nicht überlebensfähig sind. Auch für diese Händler ist die Kooperation im Rahmen von Unternehmensvereinigungen daher unbedingt erforderlich. Die Mitgliedschaft in einer Unternehmensvereinigung führt entsprechend in aller Regel auch oberhalb der bisherigen Schwellen zu einer Förderung des Wettbewerbs. Die bisherige Umsatzschwelle von 50 Mio. EUR sollte daher deutlich angehoben werden. Gleiches gilt für den Anteil von 15 Prozent am Gesamtumsatz im Fall einer Überschreitung der erstgenannten Schwelle.