

Langen · Bunte

# Kartellrecht

Kommentar

Band 2  
Europäisches Kartellrecht

13. Auflage

Herausgegeben von

**Prof. Dr. Hermann-Josef Bunte**

Universitätsprofessor a.D., Richter am Hanseatischen Oberlandesgericht a.D.,  
Rechtsanwalt in Bielefeld

Bearbeitet von

Christian Bahr • Andreas Bardong • Carsten Becker • Joachim Bornkamm • Ellen Braun • Friedrich  
Wenzel Bulst • Hermann-Josef Bunte • Steffen Häfele • Daniela Hengst • Thomas Jestaedt • Thors-  
ten Käseberg • Gunnar Kallfaß • Katharina Krauß • Carsten Lembach • Alexander Lücke • Tobias P.  
Maass • Steffen Nolte • Jörg Nothdurft • Rolf Raum • Markus Röhrig • Hans-Helmut Schneider •  
Eva-Maria Schulze • Marc Schweda • Martin Sura • Christoph Stadler • Jan Tolkmitt •  
Olav Wagner

Leseprobe

Luchterhand Verlag 2018

### **Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek**

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-472-08963-6

Luchterhand Verlag 2018

[www.wolterskluwer.de](http://www.wolterskluwer.de)

[www.heymanns.com](http://www.heymanns.com)

Alle Rechte vorbehalten.

© 2018 Wolters Kluwer Deutschland GmbH, Luxemburger Str. 449, 50939 Köln.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Verlag und Autor übernehmen keine Haftung für inhaltliche oder drucktechnische Fehler.

Umschlagkonzeption: Martina Busch, Grafikdesign, Homburg Kirrberg

Satz: WMTP Wendt-Media Text-Processing GmbH, Birkenau

Druck und Weiterverarbeitung: Williams Lea & Tag GmbH, München

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem und chlorfreiem Papier.

Leseprobe

## Vorwort

60 Jahre Kartellgesetz und EU-Wettbewerbsregeln – 60 Jahre Langen-scher Kommentar zum Kartellrecht. Am 01. 01. 1958 sind das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in Kraft getreten, am gleichen Tag ebenso die Wettbewerbsregeln des damaligen EWG-Vertrages (Art. 85–93 EWGV). Zu diesem Zeitpunkt lag bereits die 1. Auflage des »Langen« als der »Erstling der Erläuterungswerke zum GWB« vor, der später um die Erläuterungen zum europäischen Kartellrecht ergänzt wurde. 60 Jahre später kann nun die 13. Auflage des bewährten Standardwerks als »Erstling« zum neuen Kartellrecht vorgelegt werden. 13 Auflagen, mit denen der Kommentar seit 1958 ein unentbehrliches Hilfsmittel für alle Kartellrechtsjuristen geworden ist, davon 7 Auflagen seit der Übernahme durch den jetzigen Herausgeber vor 23 Jahren und der Benennung als »Langen/Bunte«, sprechen für die allseits anerkannte Qualität des vielzitierten Standardkommentars zum Kartellrecht.

Im Zentrum der 13. Auflage 2017 steht die am 09. 06. 2017 in Kraft getretene 9. GWB-Novelle. Diese hat am »Grundgesetz der Marktwirtschaft« entscheidende Veränderungen vorgenommen. Zusammen mit der Vergaberechtsreform 2016, die die Struktur des Vergaberechts komplett verändert hat und umfassend kommentiert wird, veränderte sich der Umfang des GWB auf jetzt 213 Paragraphen (Bd. 1).

Die 9. GWB-Novelle setzt vor allem die Kartellschadensersatzrichtlinie 2014/104/EU um und erleichtert erheblich die Geltendmachung von Schadensersatz für Kartellgeschädigte. Zudem werden Regelungslücken bei der Bußgeldhaftung durch die Übernahme der europäischen Konzernhaftung und der Haftung von Rechtsnachfolgern für Bußgelder geschlossen, so dass sich Kartellbeteiligte nicht durch Umstrukturierungen oder Vermögensverschiebungen der Bußgeldhaftung entziehen können. Dies soll und wird eine präventive Wirkung entfalten.

Das Kartellrecht wird mit der 9. GWB-Novelle in vielfacher Hinsicht an die zunehmende Digitalisierung der Ökonomie angepasst, z.B. kann ein kartellrechtlich relevanter Markt auch dann vorliegen, wenn kein Geld fließt, wie es bei vielen internetbasierten Angeboten der Fall ist: bei Suchmaschinen, Vergleichsportalen und Informationsdiensten. In der Fusionskontrolle wurde eine transaktionsvolumenbasierende Aufgreifschwelle eingeführt.

Im Missbrauchsrecht und bei der Ministererlaubnis wurde auf Defizite reagiert. Zum Thema »Verbraucherschutz und Bundeskartellamt« wurde ein Recht zur Durchführung von Sektorenuntersuchungen eingeführt sowie eine Beteiligung des Bundeskartellamtes als *amicus curiae* an verbraucherrechtlich relevanten Verfahren.

Im EU-Kartellrecht (Bd. 2) sind dabei selbstverständlich berücksichtigt die neuesten Entwicklungen der Kommissionspraxis und die Rechtsprechung der europäischen Gerichte sowie der neueste Stand der sekundärrechtlichen Vorschriften, Leitlinien und Bekanntmachungen zum Kartellrecht, z.B. die neue Bagatellbekanntmachung und die neue TT-GVO sowie die hierzu ergangenen neuen Leitlinien einschließlich der neuesten Entwicklungen zum Internetvertrieb (Coty Germany) und zu Treuerabatten (Intel).

Im europäischen Kartellrecht liegen die Schwerpunkte ferner auf den aktualisierten Darstellungen der Art. 101 und 102 AEUV, der FKVO sowie der Gruppenfreistellungsverordnungen.

Der Langen/Bunte zeichnet sich aus durch eine umfangreiche Darstellung von Sonderbereichen, in denen für die Anwendung des Kartellrechts Besonderheiten gelten (früher z.T. die sog. Ausnahmebereiche). Zu den bisher dargestellten 9 Sonderbereichen wird als 10. Sonderbereich noch die Entsorgungswirtschaft dargestellt. Ich habe mich als Herausgeber entschlossen, die bisher von mir dargestellten Sonderbereiche an besonders dafür qualifizierte Autoren abzugeben.

Ein junges, aber höchst kompetentes Autorenteam garantiert eine präzise Darstellung. Insgesamt neun Beamte des Bundeskartellamtes, davon fünf Abteilungsleiter, dazu zwei Beamte der EU-Kommission und zwei Referatsleiter des BMWi sowie ein aktueller und ein ehemaliger langjähriger Vorsitzender Richter am BGH und Mitglied des Kartellsenates, ferner zwei im Kartellrecht erfahrene Richter aus Instanzgerichten und acht auf das Kartellrecht spezialisierte Rechtsanwälte bürgen für höchsten Praxisbezug. Den neu eingetretenen Autoren wünsche ich ein gutes und langes Mitwirken am Langen/Bunte.

An der Zielsetzung des Kommentars, ein Kommentar von Praktikern für Praktiker zu sein, hat sich nichts geändert.

Herausgeber und Autoren hoffen, der großen Aufgabe zur Fortführung der Tradition gerecht worden zu sein.

Bielefeld, im Juli 2017

Hermann-Josef Bunte

## Bearbeiterverzeichnis

**Dr. Christian Bahr**

Rechtsanwalt in Düsseldorf

**Dr. Andreas Bardong, LL.M.**

Leitender Regierungsdirektor, Rechtsanwalt,  
EU-Konzernrepräsentant der Daimler AG,  
Brüssel,  
Leitung Financial Intelligence Unit Köln

**Prof. Dr. Carsten Becker**

Direktor beim Bundeskartellamt,  
Vorsitzender der Beschlussabteilung Ver-  
braucherschutz,  
Honorarprofessor Universität Mainz

**Prof. Dr. Dr. h.c. Joachim Bornkamm**

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof  
a.D.,  
Honorarprofessor Universität Freiburg i. Br.

**Dr. Ellen Braun, LL.M.**

Rechtsanwältin in Hamburg

**Dr. Friedrich-Wenzel Bulst LL.M.**

Beamter der Generaldirektion der EU-Kom-  
mission (Member of Cabinet/Kabinetts-  
mitglied)

**Prof. Dr. Hermann-Josef Bunte**

Universitätsprofessor a.D.,  
Richter am Hanseatischen Oberlandesgericht  
a.D.,  
Rechtsanwalt in Bielefeld

**Steffen Häfele, LL.M.**

Oberregierungsrat im Bundeskartellamt,  
Leiter der Markttransparenzstelle für Kraft-  
stoffe,  
Beisitzender der 8. Beschlussabteilung

**Daniela Hengst**

Leitende Regierungsdirektorin beim  
Bundeskartellamt,  
Vorsitzende der 10. Beschlussabteilung

**Dr. Thomas Jestaedt, LL.M.**

Rechtsanwalt in Brüssel

**Dr. Thorsten Käseberg, LL.M.**

Ministerialrat im Bundesministerium für  
Wirtschaft und Energie,  
Leiter des Referats Wettbewerbs- und Ver-  
braucherpolitik

**Dr. Gunnar Kallfaß**

Regierungsdirektor im Bundeskartellamt,  
Referatsleiter deutsches und europäisches  
Kartellrecht

**Dr. Katharina Krauß**

Leitende Regierungsdirektorin im Bundes-  
kartellamt,  
Vorsitzende der 7. Beschlussabteilung

**Carsten Lembach**

Richter am Oberlandesgericht Karlsruhe,  
Mitglied des Kartellsenats

**Dr. Alexander Lücke**

Ministerialrat im Bundesministerium für  
Wirtschaft und Energie,  
Leiter des Referats Freie Berufe/Gewerberecht

**Dr. Tobias P. Maass, LL.M.**

Beamter der Generaldirektion Wettbewerb der  
EU-Kommission (Unit A 1)

**Dr. Steffen Nolte**

Leiter Wirtschafts- und Rechtspolitik, Brüssel

**Jörg Nothdurft**

Direktor beim Bundeskartellamt,  
Abteilungsleiter Prozessführung und Recht

**Dr. Rolf Raum**

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof,  
Mitglied des Kartellsenats

**Dr. Markus Röhrig**

Rechtsanwalt in Brüssel

**Hans-Helmut Schneider**

Leitender Regierungsdirektor im Bundes-  
kartellamt,  
Berichterstatter und stellvertretender  
Vorsitzender der 9. Beschlussabteilung

**Eva-Maria Schulze**

Direktorin beim Bundeskartellamt,  
Vorsitzende der 5. Beschlussabteilung

**Dr. Marc Schweda**

Rechtsanwalt in Hamburg

**Dr. Christoph Stadler**

Rechtsanwalt in Düsseldorf

**Dr. Martin Sura**

Rechtsanwalt in Düsseldorf

**Dr. Jan Tolkmitt**

Vorsitzender Richter am Landgericht  
Hamburg, Lehrbeauftragter an der  
Universität Hamburg

**Dr. Olav Wagner**

Rechtsanwalt in Berlin

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort . . . . .	V
Bearbeiterverzeichnis . . . . .	VII
Im Einzelnen haben bearbeitet. . . . .	IX
Gesamtinhaltsübersicht . . . . .	XIII
Abkürzungsverzeichnis . . . . .	XIX
Literaturverzeichnis . . . . .	XXXI

<b>Einleitung zum EU-Kartellrecht . . . . .</b>	<b>1</b>
---	----------

## **Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) . . . . . 51**

Art. 101	Kartellverbot . . . . .	51
Nach Art. 101	Fallgruppen . . . . .	251
	A. Horizontale Fallgruppen – Grundlagen . . . . .	266
	B. Horizontale Kooperationsformen . . . . .	297
	C. Vertikale Kooperationsformen . . . . .	339
	D. Handelsvertreter-Vertrieb . . . . .	406
	E. Internetvertrieb . . . . .	426
	F. Produktgruppenmanagement . . . . .	457
	G. Vertrieb im Kfz-Sektor. . . . .	465
	H. Kartellrecht und geistiges Eigentum/Lizenzkartellrecht . . . . .	531
	I. Landwirtschaft . . . . .	567
Art. 102	Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. . . . .	575
Art. 103	Erlass von Verordnungen und Richtlinien . . . . .	704
Art. 104	Übergangsbestimmungen . . . . .	714
Art. 105	Wettbewerbsaufsicht. . . . .	718
Art. 106	Öffentliche Unternehmen; Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse . . . . .	722

## **Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln (VO 1/2003) . . . . . 765**

### **Kapitel I. Grundsätze . . . . . 773**

Art. 1	Anwendung der Artikel [101 und 102 AEUV] . . . . .	773
Art. 2	Beweislast . . . . .	783
Art. 3	Verhältnis zwischen den Artikeln [101 und 102 AEUV] und dem einzelstaatlichen Wettbewerbsrecht . . . . .	787

### **Kapitel II. Zuständigkeit . . . . . 796**

Art. 4	Zuständigkeit der Kommission . . . . .	796
Art. 5	Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten . . . . .	797
Art. 6	Zuständigkeit der Gerichte der Mitgliedstaaten . . . . .	803

<b>Kapitel III. Entscheidungen der Kommission</b> . . . . .	807
Vor Art. 7 . . . . .	807
Art. 7 Feststellung und Abstellung von Zuwiderhandlungen . . . . .	808
Art. 8 Einstweilige Maßnahmen . . . . .	828
Art. 9 Verpflichtungszusagen . . . . .	832
Art. 10 Feststellung der Nichtanwendbarkeit. . . . .	843
<b>Kapitel IV. Zusammenarbeit</b> . . . . .	851
Vor Art. 11 . . . . .	851
Art. 11 Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den "Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten . . . . .	859
Art. 12 Informationsaustausch . . . . .	868
Art. 13 Aussetzung und Einstellung des Verfahrens. . . . .	873
Art. 14 Beratender Ausschuss. . . . .	876
Art. 15 Zusammenarbeit mit Gerichten der Mitgliedstaaten . . . . .	883
Art. 16 Einheitliche Anwendung des gemeinschaftlichen "Wettbewerbsrechts. . . . .	890
<b>Kapitel V. Ermittlungsbefugnisse</b> . . . . .	896
Vor Art. 17 . . . . .	896
Art. 17 Untersuchung einzelner Wirtschaftszweige und einzelner Arten von "Vereinbarungen . . . . .	899
Art. 18 Auskunftsverlangen . . . . .	903
Art. 19 Befugnis zur Befragung . . . . .	909
Art. 20 Nachprüfungsbefugnisse der Kommission . . . . .	912
Art. 21 Nachprüfungen in anderen Räumlichkeiten . . . . .	928
Art. 22 Ermittlungen durch Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten. . . . .	933
<b>Kapitel VI. Sanktionen</b> . . . . .	936
Art. 23 Geldbußen . . . . .	936
Art. 24 Zwangsgelder. . . . .	966
<b>Kapitel VII. Verjährung</b> . . . . .	972
Vor Art. 25 . . . . .	972
Art. 25 Verfolgungsverjährung . . . . .	973
Art. 26 Vollstreckungsverjährung . . . . .	975
<b>Kapitel VIII. Anhörungen und Berufsgeheimnis</b> . . . . .	977
Art. 27 Anhörung der Parteien, der Beschwerdeführer und sonstiger Dritter. . . . .	977
Art. 28 Berufsgeheimnis . . . . .	995
<b>Kapitel IX. Freistellungsverordnungen</b> . . . . .	1001
Art. 29 Entzug des Rechtsvorteils in Einzelfällen . . . . .	1001
<b>Kapitel X. Allgemeine Bestimmungen</b> . . . . .	1006
Art. 30 Veröffentlichung von Entscheidungen . . . . .	1006
Art. 31 Nachprüfung durch den Gerichtshof. . . . .	1011
Art. 32 Ausnahmen vom Anwendungsbereich ( <i>aufgehoben</i> ) . . . . .	1014
Art. 33 Erlass von Durchführungsvorschriften. . . . .	1014



<b>Kapitel XI. Übergangs-, Änderungs- und Schlussbestimmungen . . . . .</b>	<b>1016</b>
Art. 34 Übergangsbestimmungen . . . . .	1016
Art. 35 Bestimmung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten . . . . .	1019
Art. 36 Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1017/68 . . . . .	1021
Art. 37 Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 2988/74 . . . . .	1021
Art. 38 Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 4056/86 . . . . .	1022
Art. 39 Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 3975/87 . . . . .	1023
Art. 40 Änderung der Verordnungen 19/65/EWG, (EWG) Nr. 2821/71 und (EWG) Nr. 1534/91 . . . . .	1023
Art. 41 Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 3976/87 . . . . .	1024
Art. 42 Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 479/92 . . . . .	1025
Art. 43 Aufhebung der Verordnungen Nrn. 17 und 141 . . . . .	1025
Art. 44 Berichterstattung über die Anwendung der vorliegenden "Verordnung. . .	1026
Art. 45 Inkrafttreten . . . . .	1027

<b>Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (»EG-Fusionskontrollverordnung«) . . . . .</b>	<b>1029</b>
---	-------------

<b>Einleitung zur FKVO . . . . .</b>	<b>1037</b>
Art. 1 Anwendungsbereich . . . . .	1060
Art. 2 Beurteilung von Zusammenschlüssen . . . . .	1074
Art. 3 Definition des Zusammenschlusses . . . . .	1163
Art. 4 Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 . . . . .	1197
Art. 5 Berechnung des Umsatzes . . . . .	1222
Art. 6 Prüfung der Anmeldung und Einleitung des Verfahrens . . . . .	1242
Art. 7 Aufschub des Vollzugs von Zusammenschlüssen . . . . .	1256
Art. 8 Entscheidungsbefugnisse der Kommission . . . . .	1267
Art. 9 Verweisung an die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten . . . . .	1301
Art. 10 Fristen für die Einleitung des Verfahrens und für "Entscheidungen . . . . .	1319
Art. 11 Auskunftsverlangen . . . . .	1324
Art. 12 Nachprüfungen durch Behörden der Mitgliedstaaten . . . . .	1327
Art. 13 Nachprüfungsbefugnisse der Kommission . . . . .	1328
Art. 14 Geldbußen . . . . .	1329
Art. 15 Zwangsgelder . . . . .	1332
Art. 16 Nachprüfung durch den Gerichtshof . . . . .	1333
Art. 17 Berufsgeheimnis . . . . .	1376
Art. 18 Anhörung Beteiligter und Dritter . . . . .	1379
Art. 19 Verbindung mit den Behörden der Mitgliedstaaten . . . . .	1394
Art. 20 Veröffentlichung von Entscheidungen . . . . .	1402
Art. 21 Anwendung dieser Verordnung und Zuständigkeit . . . . .	1404
Art. 22 Verweisung an die Kommission . . . . .	1413
Art. 23 Durchführungsbestimmungen . . . . .	1427
Art. 24 Beziehungen zu Drittländern . . . . .	1428
Art. 25 Aufhebung . . . . .	1432
Art. 26 Inkrafttreten und Übergangsbestimmungen . . . . .	1432

<b>Systematische Darstellungen</b> . . . . .	1435
Syst. I      Telekommunikation . . . . .	1435
Syst. II      Post . . . . .	1451
Syst. III     Medien . . . . .	1469
Syst. IV     Sport . . . . .	1492
Syst. V      Gesundheitswesen und Krankenhäuser . . . . .	1518
Syst. VI     Verkehr . . . . .	1550
Syst. VII    Kreditwirtschaft . . . . .	1584
Syst. VIII   Versicherungswirtschaft . . . . .	1602
Syst. IX     Energiewirtschaft . . . . .	1649
Syst. X      Entsorgungswirtschaft . . . . .	1708
<b>Textanhang</b> . . . . .	1723
Anhang 1    Verordnung Nr. 330/2010 (Vertikal-GVO) . . . . .	1723
Anhang 2    Verordnung Nr. 461/2010 (Kfz-GVO 2010) . . . . .	1731
Anhang 3    Verordnung Nr. 316/2014 (TT-GVO) . . . . .	1739
Anhang 4    Verordnung Nr. 1217/2010 (F&E-GVO) . . . . .	1749
Anhang 5    Verordnung Nr. 1218/2010 (Spezialisierungs-GVO) . . . . .	1759
Anhang 6    Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung (De-minimis-Bekanntmachung) . . . . .	1765
Anhang 7    Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Abs. 3 EG-Vertrag . . . . .	1769
Anhang 8    Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit . . . . .	1799
Anhang 9    Leitlinien für vertikale Beschränkungen . . . . .	1885
Anhang 10   Leitlinien für Technologietransfer-Vereinbarungen . . . . .	1951
<b>Stichwortverzeichnis</b> . . . . .	2023

mangels »Vereinbarung zwischen Unternehmen« i.S.d. Art. 101 (*EuG*, 15. 09. 2005 »Mercedes-Benz« – Rs. T-325/01, Rn. 83, 102, 119) für die Dauer des Vertragsverhältnisses zulässig sind.

- 758 Bei **nachvertraglichen Wettbewerbsverboten** unterscheidet die Kommission ebenfalls nicht zwischen echten und unechten Handelsvertreterverhältnissen. Nachvertragliche Wettbewerbsverbote zulasten des Handelsvertreters, nach Beendigung des Absatzmittlervertrages nicht in Wettbewerb zu seinem ehemaligen Geschäftsherrn zu treten, fallen nach Auffassung der Kommission unter Art. 101 Abs. 1. Sie sind aber entspr. Art. 5 Buchst. b) Vertikal-GVO bis zu einem Jahr nach Vertragsbeendigung zulässig, soweit der Handelsvertretervertrag in den Anwendungsbereich der GVO fällt und die in Art. 5 Buchst. b) enthaltenen Voraussetzungen erfüllt. Im Gegensatz zur Bewertung von Wettbewerbsverboten zulasten echter Handelsvertreter für die Dauer der Vertragslaufzeit ist die Anwendbarkeit von Art. 101 auf nachvertragliche Wettbewerbsverbote zulasten echter Handelsvertreter **mit der Rspr. vereinbar**. Im Zeitpunkt der Vertragsbeendigung zwischen Geschäftsherrn und Vertreter **entfällt die Eingliederung** des Vertreters und damit die »Einseitigkeit« des Verhaltens des Geschäftsherrn ggü. seinem bisherigen Handelsvertreter. Ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot stellt daher regelmäßig eine Vereinbarung zwischen Unternehmen i.S.d. Art. 101 dar. Insoweit besteht auch Einklang zwischen der Auffassung der Kommission und der deutschen Rechtspraxis (*Lange*, EWS 2001, 18, 22): auch nach deutschem Recht muss der Handelsvertreter grds. frei bleiben, nach Vertragsbeendigung eine Konkurrenzstätigkeit zu seinem bisherigen Geschäftsherrn aufzunehmen (*BGH*, 28. 11. 1993, NJW 1993, 1786).
- 759 Die Kommission unterscheidet i.Ü. nicht zwischen echten oder unechten Handelsvertretern, wenn diese für **horizontale Absprachen** oder Verhaltensweisen von Herstellern instrumentalisiert werden. Das ist etwa der Fall, wenn mehrere Geschäftsherren dieselben Vertreter einsetzen und in Form kollusiven Zusammenwirkens andere Unternehmen vom Vertrieb über die von ihnen eingeschalteten Handelsvertreter ausschließen (Rn. 20 LL). In diesem Fall können echte wie oder unechte Handelsvertreterverhältnisse gleichermaßen unter Art. 101 Abs. 1 fallen. Dasselbe soll gelten, wenn eine Mehrzahl von Geschäftsherren dieselben Vertreter benutzen, um ihr Verhalten hinsichtlich ihrer Marketingstrategie abzustimmen oder vertrauliche Marktinformationen auszutauschen. Maßgebend ist daher nicht die Natur des Vertreterverhältnisses, sondern der Umstand, dass die Handelsvertreter als Instrument für horizontale Kartellabsprachen der als Geschäftsherren beteiligten, konkurrierenden Unternehmen eingesetzt werden (*Kommission*, 18. 09. 1980 »IMA Statuut«, ABl. 1980 L 318/1; 11. 05. 1973 »Kali und Salz«, ABl. 1973, L 217/3 ff.; 02. 01. 1973 »Zucker«, ABl. 1973 L 140/17; 19. 12. 1984 »Aluminium-Einfuhren«, ABl. 1985 L 92/1). Bei dieser Bewertung bedient sich die Kommission im Ergebnis selbst des **Eingliederungskriteriums**, über das die Rspr. ihrer eigenen Logik folgend zum selben (und überzeugenden) Ergebnis kommen würde.

## E. Internetvertrieb

### I. Überblick

#### 1. Vertriebs- und rechtspolitische Bedeutung

- 760 Internetvertrieb und elektronischer Handel sind von wachsender Bedeutung. Das Umsatzvolumen, das in der EU mit Internetvertrieb von Waren und Dienstleistungen generiert wurde, ist seit 2000 rd. 22 % pro Jahr EU-weit gewachsen. In Deutschland liegt der Anteil am Gesamtumsatz im Einzelhandel, der über Internetvertrieb erzielt wird, in 2016 bereits rd. 13 % (*Bundesverband E-Commerce und Versandhandel*, Pressemitteilung v. 21. 02. 2017). Das **Umsatzwachstumspotential** beim Internetvertrieb liegt damit weiterhin deutlich über dem herkömmlicher Vertriebskanäle (*Robertson*, 2012 E.C.L.R. 132 m.w.N.).
- 761 Bei ihrer Wettbewerbspolitik gegenüber vertikalen Bindungen setzt die EU-Kommission einen besonderen Schwerpunkt auf den Internetvertrieb. Denn er generiert **Verbrauchervorteile**, die sich vor allem aus einem verstärkten Preiswettbewerb und einer breiteren Produktauswahl er-

geben. Zudem erlaubt der Internetvertrieb grenzüberschreitende *Online*-Verkäufe und trägt so zur **Binnenmarktintegration** bei (Mitteilung der Kommission COM [2015] 192 final, 6. 5. 2015 »Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa«, S. 4; *Grünbuch*, Kap. II, Rn. 70 ff.). Deshalb hat die EU-Kommission 2015 eine »**Strategie für einen digitalen Binnenmarkt**« vorgestellt, um Verbrauchern und Unternehmen besseren Zugang zu Waren und Dienstleistungen zu verschaffen (Mitteilung der Kommission COM [2015] 192 final, 6. 5. 2015 »Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa«).

Der Internetvertrieb eröffnet allerdings auch neue Möglichkeiten für Wettbewerbsbeschränkungen durch Abstimmung und Kontrolle. Bestandteil der digitalen Binnenmarktstrategie der EU-Kommission ist deshalb neben zahlreichen Legislativvorschlägen auch eine **Sektoruntersuchung zum elektronischen Handel**, die wettbewerbsbeschränkende Geschäftspraktiken im Internetvertrieb beleuchtet (Abschlussbericht der EU-Kommission über die Sektoruntersuchung zum elektronischen Handel, COM [2017] 229 final, 10. 5. 2017 und Commission Staff Working Document SWD [2017] 154 final, 10. 5. 2017; s. auch *BKartA*, 10. 10. 2013, »Vertikale Beschränkungen in der Internetökonomie«, S. 4 ff.). Demnach stehen beim Verkauf von **Waren** über das Internet Preisvorgaben durch Lieferanten (z.B. Preisparitäts-, Meistbegünstigungs- und Doppelpreisklauseln) und Beschränkungen des Absatzmittlers für den Verkauf über Online-Marktplätze oder Vergleichssuchmaschinen (z.B. Plattformverbote) sowie Beschränkungen für grenzüberschreitende Verkäufe im Vordergrund. Beim Verkauf **digitaler Inhalte** stehen indessen Urheberrechtslizenzen im Vordergrund, weil in mehr als 60 % der Fälle die Anbieter den Rechteinhaber durch »Geo-Blocking« in ihren Lizenzvereinbarungen auf das Gebiet eines einzigen Mitgliedstaates beschränken, wodurch der grenzüberschreitende Handel im Binnenmarkt betroffen ist. 762

#### a) **Digitale Inhalte und Waren: »echter« und »unechter« Internetvertrieb**

Der Begriff des »Internetvertriebs« ist schillernd. Die Kommission umschreibt ihn in Rn. 51–54, 56, 64 LL als »*Online* – Verkäufe«. *Online*-Verkäufe können jedoch auf unterschiedlichste Weise abgewickelt werden. Soweit die Lieferung oder Dienstleistung als digitale Inhalte (»*digital content*«) unmittelbar per Datentransfer oder *Download* nicht körperlicher Daten aus dem Internet erfolgt, wird dies hier als »**echter Internetvertrieb**« bezeichnet. Dies betrifft sog. »digitale Inhalte«, z.B. das Herunterladen von Software, Software – *Updates*, Apps, Musikstücken, Videofilmen oder Computerspielen, *Online*-Buchungen von (Pauschal)reisen, Flugtickets, Hotelübernachtungen, Tickets für Veranstaltungen oder Fahrkarten, produktbezogener Informationsbezug über Datenbanken und *Online*-Publikationen, *Online*-Banking. 763

Erfolgt der Vertragsabschluss indes per Mausclick im Internet, während das Produkt oder unkörperliche Daten auf physischen Informationsträgern »in der Box« als Waren oder Verbrauchsgüter auf herkömmlichem Postwege ausgeliefert werden, wird dies hier als »**unechter Internetvertrieb**« bezeichnet. Um »unechten« Internetvertrieb handelt es sich auch in den praktisch häufigen Fällen, wenn der Mausclick selbst keinen Vertragsabschluss zur Folge hat, sondern als *invitatio ad offerendum* die Aufforderung des Kunden an den Händler darstellt, ein Angebot abzugeben und der Vertrag i.Ü. auf herkömmliche Weise schriftlich, telefonisch oder persönlich abgeschlossen und abgewickelt wird. Der unechte Internetvertrieb weist daher Parallelen zum herkömmlichen **Verbandhandel** auf. 764

Beim »unechten« **Internetvertrieb** ist der Anwendungsbereich der Vertikal-GVO zweifellos eröffnet, weil er stets den Vertrieb körperlicher Waren zum Gegenstand hat. Das gilt gem. Art. 2 Abs. 3 auch für den Fall, dass unkörperliche Daten verkauft werden, soweit es sich dabei um urheberrechtlich geschützte Standardsoftware **auf körperlichen Datenträgern** handelt, an der dem Absatzmittler kein Urheberrecht an der geschützten Software eingeräumt wird (Software »in der Box«). Diese Fälle sind wie der Vertrieb von Waren zu behandeln (Rn. 41 LL, z.B. CD, DVD). Bei Softwareüberlassungs- und Softwarevertriebsverträgen dieser Art hat der Absatzmittler lediglich das Recht, Kopien der Software weiterzuverkaufen oder allenfalls eine einfache Nutzungs- lizenz an der urheberrechtlich geschützten Software. Ein Lizenzverhältnis kommt in den meisten 765

Fällen nur zwischen dem Endkunden und dem Hersteller als Rechteinhaber zu Stande (sog. Schutzhüllenverträge oder *Shrink Wrap*-Lizenzen), indem der Endnutzer mit Entfernung des die Software umgebenden Siegels konkludent oder explizit den Bestimmungen der Lizenzvereinbarung zustimmt. Zwischen Lieferant und Absatzmittler kann auch ein Lizenzverhältnis bestehen, soweit dies dem Bezug, Verkauf oder Weiterverkauf der Software als Hauptgegenstand der Vereinbarung deutlich untergeordnet ist. Die Kommission stützt ihre Entscheidung, urheberrechtlich geschützte Informationsträger als Ware i.S.d. GVO zu behandeln, auf das Merkmal der »Weitergabe ohne Lizenz« durch den Händler (Rn. 41 S. 1 LL).

- 766 Der »echte« Internetvertrieb zeichnet sich hingegen dadurch aus, dass nicht-körperliche Daten und Inhalte (sog. »*digital content*«) unmittelbar *online per Datentransfer*, d.h. per *Streaming* oder *Download*, über das Internet verkauft werden, d.h. es kommt kein körperlicher Informationsträger zum Einsatz. Inhalte, an denen keine **geistigen Eigentumsrechte** bestehen, sind stets als »Ware« i.S.d. Vertikal-GVO zu bewerten, so dass entsprechende Vertriebsbindungen den Rechtsvorteil der Gruppenfreistellung genießen, wenn die Voraussetzungen der Vertikal-GVO im Übrigen erfüllt sind (*Schultze/Pautke/Wagener*, Rn. 421).

aa) Urheberrechtlich geschützte Inhalte

- 767 Für den »echten« Internetvertrieb urheberrechtlich geschützter Inhalte (»**digital content**«), an denen geistige Eigentumsrechte bestehen (z.B. Musikstücke, Filme, Spiele) gilt nach hier vertretener Auffassung, dass für die Zwecke der Vertikal-GVO zur kartellrechtlichen Beurteilung von Vertriebsbindungen die unkörperlichen Musikstücke, Filme, Spiele u.a. selbst die »Ware« i.S.d. Art. 1 Abs. 1 Buchst. a) und damit Hauptgegenstand des Vertrags sind. Sie werden lediglich mittels Urheberrechtslizenzierung geliefert, die gegenüber dem Hauptgegenstand des Bezugs, Verkaufs oder Weiterverkaufs der Inhalte deutlich untergeordnet ist. Auch wenn die Kommission dies im Rahmen der Überarbeitung ihrer LL 2010 nicht klargestellt hat, ist kein sachlicher Grund erkennbar, den echten Internetvertrieb solcher Inhalte anders zu bewerten, als den unechten Internetvertrieb solcher Inhalte mittels Lieferung körperlicher Datenträger »in der Box« (Rn. 41 LL mit dem Bsp. Software) oder mittels Vertrieb solcher Datenträger über stationäre Ladenlokale.

bb) Urheberrechtlich geschützte Software

- 768 Der »echte« Internetvertrieb von Software unmittelbar per Datentransfer oder *Download* kann **Abgrenzungsfragen zur Technologietransfer-GVO** aufwerfen. Das betrifft allerdings gem. Art. 2 Abs. 3 nur urheberrechtlich geschützte Software. Software, an der keine geistigen Eigentumsrechte bestehen, ist stets als »Ware« i.S.d. Vertikal-GVO zu bewerten, so dass entsprechende Vertriebsbindungen den Rechtsvorteil der Gruppenfreistellung genießen, wenn die Voraussetzungen der Vertikal-GVO erfüllt sind (*Schultze/Pautke/Wagener*, Rn. 421).

- 769 Die unkörperliche Überlassung urheberrechtlich geschützter Software fällt grds. unter die Technologietransfer-GVO als *lex specialis* gegenüber der Vertikal-GVO, soweit Art. 2 Abs. 3 Vertikal-GVO die Verweisung in Art. 2 Abs. 5 auf die TT-GVO nicht verschließt (s. Rdn. 362 ff.). Der **Anwendungsbereich** der TT-GVO ist indes nur eröffnet, wenn die Lizenzierung der Softwareurheberrechte der Produktion von Vertragsprodukten dient und die Lizenz Hauptgegenstand der Vereinbarung ist. Dazu zählen z.B. die Überlassung von **Individualsoftware**, der Vertrieb in der Lizenzkette oder die Überlassung von Masterkopien zwecks Herstellung und Verkauf gezogener Kopien (sog. »*Golden Disk*«, *Schultze/Pautke/Wagener*, Rn. 425). Sind die Voraussetzungen der Technologietransfer-GVO nicht erfüllt, ist unklar, ob der »echte« Internetvertrieb urheberrechtlich geschützter Softwareprodukte, die unmittelbar *online per Datentransfer* und *Download* im Internet vertrieben werden, von der Vertikal-GVO erfasst wird. Die LL 2010 geben auch auf diese Frage keine Antwort.

- 770 Lizenzverträge über **Standardsoftware** mit Endnutzern (»Enduser License Agreements« – EULA) haben zwar urheberrechtlich betrachtet die Lizenzierung der Softwareurheberrechte zum Gegen-

stand. Für die Zwecke der Vertikal-GVO ist der Hauptgegenstand des Vertrags nach hier vertretener Auffassung jedoch die damit verbundene Dienstleistung, die der Anbieter und Absatzmittler dem Kunden gegenüber lediglich mittels Softwarelizenzierung erbringt. Mit anderen Worten: die Softwarelizenzierung ist nur das Mittel zum Zweck, dem Endkunden eine bestimmte Dienstleistung oder Ware zugänglich zu machen: So hat z.B. eine App zum Herunterladen bestimmter Inhalte nicht den Lizenzvertrag selbst, sondern die damit abrufbare Dienstleistung zum Hauptgegenstand. Auch im Fall der Standardsoftware ist kein sachlicher Grund erkennbar, den echten Internetvertrieb von Software anders zu bewerten, als den unechten Internetvertrieb derselben Software mittels Lieferung körperlicher Datenträger »in der Box« (Rn. 41 LL) oder mittels Vertrieb solcher Datenträger über stationäre Ladenlokale.

Soweit also die TT-GVO mangels Herstellung bestimmter Endprodukte als *lex specialis* nicht anwendbar ist, stellt die unkörperliche Überlassung urheberrechtlich geschützter Standardsoftware an Endnutzer per Datentransfer oder *Download* über das Internet nach hier vertretener Auffassung für die Zwecke der Vertikal-GVO eine »**Dienstleistung**« gem. **Art. 1 Abs. 1 Buchst. a)** dar (ähnliches Ergebnis: *Schultzel/Pautke/Wagener*, Rn. 429: »Prüfung Legalausnahme Art. 101 Abs. 3 unter Heranziehung der Wertungen der TT-GVO«; *IM/Ellger*, Art. 2 Rn. 76 a.E.: »vertriebsbezogener Technologietransfer als Schwerpunkt«). 771

#### b) Internetplattformen, »Affiliate Marketing«, Banner und Links

**Internetplattformen** stellen einen wesentlichen Absatzkanal im Internet dar (Abschlussbericht der EU-Kommission über die Sektoruntersuchung zum elektronischen Handel, COM [2017] 229 final, 10. 5. 2017, *Commission Working Document* zu COM [2017] 229 final, Rz. 442 ff.). In Abhängigkeit von der Ausgestaltung des vereinbarten Vertriebssystems können Plattformen es dem Hersteller, Lieferanten oder Absatzmittler ermöglichen, die **Reichweite** seines Angebots in sachlicher und räumlicher Weise zu erweitern, sein Vertragsgebiet zu vergrößern und die **Auffindbarkeit** seines Online-Angebots zu verbessern. Für den Endkunden verbessern Internetplattformen die **Angebots-transparenz** und erhöhen den **Preissenkungsdruck** im *intra*-brand Wettbewerb innerhalb desselben Vertriebssystems oder im *inter*-brand Wettbewerb zwischen konkurrierenden Marken unterschiedlicher Hersteller (*BKartA*, Beschl. v. 26. 8. 2015, B2 – 98/11 »Asics«, Rn. 14 ff.). 772

In der Regel handelt es sich bei einer Internetplattformen um ein vom Hersteller, Lieferant oder Absatzmittler verschiedenes **Drittunternehmen**, das seine Online-Plattform eigenständig am Markt betreibt und als unabhängiger Akteur am Markt auftritt. Drittplattformanbieter sind daher häufig Intermediäre oder Vertriebsmittler. Sie sind als Handelsvertreter oder Wiederverkäufer in Form von Online-Marktplätzen, Buchungsplattformen, Such- oder Preisvergleichsmaschinen im Internet tätig. In der Sektoruntersuchung der EU-Kommission gaben rund 30 % aller Händler an, ihre Waren zusätzlich zu ihrer eigenen Händlerwebsite auch über Online-Marktplätze zu verkaufen (Abschlussbericht der EU-Kommission über die Sektoruntersuchung zum elektronischen Handel, COM [2017] 229 final, 10. 5. 2017, Rz. 38 ff. und Commission Staff Working Document SWD [2017] 154 final, 10. 5. 2017, Rz. 447). 773

Nutzt ein Hersteller, Lieferant oder Händler hingegen seine **eigene (Händler)Website**, um sowohl seine Aktiv- oder Passivverkäufe zu optimieren, ist dies von der Nutzung einer Plattform von Drittanbietern zu unterscheiden. Hier treffen der Hersteller, Lieferant oder Absatzmittler selbst eigenunternehmerische Maßnahmen, um ihre Waren oder Dienstleistungen als Online-Verkäufe über das Internet zu vertreiben. Das ist in rund 90 % der Fälle von Händlern offenbar der Fall (Sektoruntersuchung Abschlussbericht COM [2017] 229 final, 10. 5. 2017, Rz. 39; Commission Staff Working Document [2017] 154 final, 10. 5. 2017, Rz. 447). Mit Hilfe einer eigenen Website betreiben diese Händler entweder selbst ein Internet-Portal oder eine bloße *Website* als *Online*-Verkaufshop. Oder sie lassen sie mittels dritter Dienstleister betreiben. Um die Reichweite und die Auffindbarkeit ihres Produkts oder ihrer Dienstleistung für ihre eigene Website im Internet zu erhöhen, verwenden sie häufig zusätzliche Vermittler im Internet, sog. »**Affiliates**«. Deren Dienstleistung, das sog. »**Affiliate Marketing**«, besteht allerdings vornehmlich darin, die Internet-Wer- 774

bemittelt an relevanten Stellen im Internet optimal, zielgruppenorientiert und im passenden Umfeld – etwa mit Hilfe von *Cookies* – zu platzieren.

- 775 In diesem Zusammenhang werden Hersteller, Lieferanten und Absatzmittler gleichermaßen als »**Merchand**« bezeichnet. Dieser Begriff findet häufig undifferenziert und ohne Rücksicht darauf Verwendung, dass diese Parteien, soweit sie das Internet als Vertriebskanal nutzen, auf unterschiedlichen Wirtschaftsstufen tätig sind. Diese undifferenzierte Begriffsverwendung führt deshalb zuweilen zur Verwirrung, wenn kartellrechtliche Fragen und die Vertragsgestaltung eine klare Abgrenzung der Rolle, Funktion und Aufgabe solcher Merchands erfordern, um ihre wirtschaftliche Handlungsfreiheit sauber definieren zu können.
- 776 An der Schnittstelle zwischen *Merchant* (sei es in der Form des Herstellers, Lieferanten oder ihrer Absatzmittler und Vertriebssystemmitglieder) auf der einen Seite und dem *Affiliate* auf anderen Seite sind häufig sog. *Affiliate Netzwerke* oder Systembetreiber tätig, die für die Bereitstellung und Administration der Technik sowie für die finanzielle Abwicklung zuständig sind. Das »*affiliate marketing*« erfolgt dann durch Verlinkung der beteiligten Partnerwebsites oder mit Hilfe gezielter Internetwerbung, etwa durch Platzierung z.B. von *Banner*, *Links*, *Meta-Tags* oder *Cookies* auf geeigneten Internet – Werbeportalen, Plattformen oder Websites Dritter. Mit *keyword advertising* können bestimmte Werbemittel auf den Webseiten von Endkunden darüber hinaus gezielt und abhängig von den individuellen Schlüsselwörtern der Kunden angezeigt werden.
- 777 Die Vergütung von *Affiliates* erfolgt meist auf Provisionsbasis, z.B. auf Basis der Zahl erfolgter Mausklicks auf das Werbemittel (z.B. *Banner*) oder der Übermittlung von Kundenkontakten, die sich durch das Abrufen oder Aufsuchen bestimmter Websites, Portale oder Plattformen oder anhand der Anforderung von Werbematerial ergeben können (sog. *Leads*). Vertriebsrechtlich bedeutsam sind indes Provisionszahlungen, die auf Basis konkret generierter Verkaufs- oder Werbeumsätze erfolgen (*pay per sale* oder *cost per order*). Hat eine Dienstleistungsvereinbarung über »*affiliate marketing*« zwischen *Merchant* und *Affiliate* ein provisionspflichtiges Verkaufsgeschäft zum Gegenstand, handelt es sich gem. Art. 2 Abs. 1 um eine Vereinbarung zwischen zwei Unternehmen, von denen jedes zwecks Durchführung des Weiterverkaufs auf einer unterschiedlichen Vertriebsstufe tätig ist (*b2b – business to business*).
- 778 Der *Affiliate* ist also vom Hersteller oder Lieferanten selbst oder von deren Absatzmittlern oder Systemmitgliedern zumindest meist als Verkaufsagent unterbeauftragt. Im Fall des Internetvertriebs treten *Affiliates* daher häufig als weitere, **eigenständige Marktbeteiligte** und Absatzmittler auf, die entweder zum formalen Mitglied eines bestehenden Vertriebssystems gezählt werden können oder außerhalb eines solchen Vertriebssystems stehen können. Dies ist für die Abgrenzung, ob ein vertragliches **Plattformverbot** zulässig ist oder nicht von entscheidender Bedeutung. Bei der Vertragsgestaltung von Vertriebsverträgen sollte deshalb die ihnen zugedachte Funktion und Rolle geregelt werden. Sofern das Rechtsverhältnis eines *Affiliates* zu einem *Merchant* – unabhängig von dessen Wirtschaftsstufe – etwa dem eines echten Handelsvertretervertrags entspricht, sind enthaltene Vertriebsbindungen kartellrechtsneutral und fallen nicht unter Art. 101 Abs. 1. Andernfalls sind solche Vertragsbeziehungen, soweit sie Bindungen zu Lasten eines beteiligten Vertragspartners enthalten, freistellungsbedürftig.

## 2. Das Trittbrettfahrer – Problem

- 779 Die strukturellen Unterschiede zwischen Vertrieb im Internet oder über physische Ladenlokale haben zur Folge, dass für einen reinen Versandhändler, der ausschließlich über das Internet anbietet (sog. »*Pure-Online*«), **unterschiedliche Kalkulationsprämissen** gelten, als für Händler, die ihr Sortiment in einem physischen Ladenlokal mit Publikumsverkehr anbieten (sog. »Stationärhändler mit *Online-Geschäft*«): muss der Betreiber eines Ladenlokals in einer teuren Fußgängerzone bei einem Wareneinkaufspreis von 100 seine Ware z.B. zu einem Wiederverkaufspreis von 120 veräußern, um nach Abzug z.B. von Lohn-, Miet- und Betriebskosten noch Gewinn zu machen, kann ein reiner Internethändler denselben Gewinn ggf. mit einem Wiederverkaufspreis von 104

erzielen. Oder umgekehrt: verkauft der reine Internethändler ebenfalls zu 120, macht er gegenüber dem Händler mit stationärem Ladenlokal einen ungleich höheren Gewinn (vgl. *Ellis*, [2006] 5 J.I.T.L.P.S. 22). Ein weiteres, praktisch bedeutsames Problem von Trittbrettfahrern besteht bei beratungsintensiven Produkten, wenn Kunden vor ihrer Kaufentscheidung zwar einen Händler aufsuchen, der Verkaufsberatung anbietet, dann aber die Ware bei einem anderen Händler einkaufen, der diese Beratung gar nicht anbietet und deshalb seine Ware zu einem günstiger kalkulierten Preis verkaufen kann (Rn. 225 S. 6 LL). Lässt sich ein Endkunde hingegen die Ware nach Hause schicken, um sich innerhalb der Widerrufsfrist für oder gegen den Kauf der Ware zu entscheiden, so ist der Händler, der online vertreibt, ebenfalls mit besonderen Kosten belastet.

Die strukturellen Unterschiede zwischen Internetvertrieb und Vertrieb über stationäre Ladenlokale bergen das Potential, dass sich ein Internethändler unlautere Wettbewerbsvorteile im *intra-brand* Wettbewerb mit anderen Systemmitgliedern verschafft. Z.B. kann er an einem preisgünstigen Standort ein stationäres Ladenlokal nur zu dem Zweck gründen, Zugang zum Vertriebsnetz für prestige- und margenträchtige Waren zu erhalten, und beschränkt sich dann darauf, die Waren nahezu ausschließlich im Internet zu vertreiben (sog. »Hybrid-Händler«, s. *Dreyer/Lemberg*, BB 2012, S. 2005). Wenngleich diese Risiken bereits beim Versandhandel als **Trittbrettfahrer-Problem** bekannt waren (Rn. 107 Buchst. a LL), verstärken die hohe Innovationsgeschwindigkeit, der schnelle technische Wandel und die hohen Verbrauchererwartungen das Trittbrettfahrer-Problem beim Internetvertrieb. Diese Vertriebsform zeichnet sich deshalb durch eine **hohe wettbewerbspolitische Komplexität** aus. Sie ergibt sich aus dem Spannungsfeld, das sein dynamisches Wachstumspotential, seine Bedeutung für die Binnenmarktintegration, der schnelle technische Wandel und das ausgeprägte Risiko der Trittbrettfahrerei gemeinsam bilden.

## II. Regelungsansatz der Kommission

### 1. Internetvertrieb als Passivverkauf

Trotz dieses Spannungsfelds hat die Kommission bei der Überarbeitung der Vertikal-GVO 330/2010 und den LL 2010 daran festgehalten, für *Online-Verkäufe keine Sonderregelungen in der GVO* zu treffen. Das ist konsequent und richtig. Denn seit dem Grünbuch, das die Grundlage für die Wettbewerbspolitik im Bereich vertikaler Bindungen bildet, hat sich die Kommission auf das Konzept einer umfassenden »Schirm« – GVO festgelegt, die unabhängig vom jeweiligen Vertragstyp gilt. Die Bewertung vertikaler Beschränkungen des Internetvertriebs findet sich deshalb ausschließlich in den LL (Rn. 51–54, 56, 64), die **keine Rechtssatzqualität**, sondern lediglich faktische Bindungswirkung entfalten. Als Verwaltungsgrundsätze dienen sie der Selbstbindung der Kommission und präjudizieren nicht die Rechtsauffassung von Gerichten und nationalen Behörden (Rn. 4 LL, s. Rdn. 608 ff.).

Nutzt ein Absatzmittler das Internet zu Vertriebszwecken, stellt dies nach Auffassung von EuGH und Kommission eine **Form des Passivverkaufs** dar (s. Rn. 52 S. 3 LL; Presseerklärungen, IP/01/713 v. 17. 05. 2001 »Yves Saint Laurent«; IP/02/916 v. 24. 06. 2002 »B&W Loudspeakers«; *EuGH*, 13. 10. 2011 »Pierre Fabre« Rs. C-439/09). Die Unterbindung solcher Verkäufe stellt stets eine unzulässige **Gebiets- oder Kundenkreisbeschränkung** i.S.v. Art. 4 Buchst. b und c) dar. Enthält ein Vertriebsvertrag solche Beschränkungen des Internetvertriebs, verliert er nach dem **Alles-oder-Nichts-Prinzip** den Rechtsvorteil der Gruppenfreistellung und ist nur unter besonders engen Voraussetzungen einzelfreistellungsfähig. Während der Gerichtshof diesen Ansatz mit der Warenverkehrsfreiheit begründet (Rn. 44), verfolgt die Kommission das Ziel der vertieften Binnenmarktintegration, indem sie den Internetvertrieb weitgehend von Bindungen freihält, um ihm größtmögliche Entfaltungsmöglichkeiten zu geben.

Methodisch verfolgt die Kommission bei der Bewertung des Internetvertriebs in ihren LL allerdings einen Ansatz, den sie seit dem Grünbuch zu vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen 1997 aufgeben wollte. Sie folgt in den LL nicht dem Grundsatz der Vertikal-GVO, wonach *»erlaubt ist, was nicht verboten ist«*. Sie macht vielmehr detaillierte Vorgaben, was im Einzelnen erlaubt ist.



Wenngleich die LL nur faktische Bindungswirkung haben, schaffen sie für die Vertragspraxis einen gewissen Standardisierungs- und Regulierungsdruck, der mit den »weißen Listen« zulässiger Klauseln in früheren GVOen vergleichbar ist. Da der vorgegebene Rahmen zwangsläufig lückenhaft ist, rechtssystematische Inkonsistenzen enthält und zuweilen wettbewerbspolitisch zweifelhafte Rechtsfolgen schafft, ist im Zusammenhang mit der kartellrechtlichen Regelung des Internetvertriebs wieder von einem »Zwangsjackeneffekt« die Rede (*Robertson*, 2012 E.C.L.R. 183 Fn. 42 m.w.N.).

## 2. Prämisse: kein reiner Internetvertrieb

### a) Pflicht zum Betrieb eines Ladenlokals

- 784 Eine wichtige Vorfrage ist, ob der Lieferant seinem Absatzmittler den **reinen Internetvertrieb** untersagen darf (»Pure Online«), ohne ein stationäres Ladenlokal zu betreiben. In der Vergangenheit war es nach Kommissionspraxis und deutscher Rspr. nur im Falle des Selektivvertriebs zulässig, dass ein Lieferant seinen Systemmitgliedern verbietet, die Vertragswaren per Versandhandel zu vertreiben (*Kommission*, 16. 12. 1991 »Yves Saint Laurent«, ABl. 1992 L 12/24; 21. 12. 1993 »Grundig II«, ABl. 1994 L 20/15; 10. 07. 1985 »Grundig I«, ABl. 1985 L 233/1; *BGH*, 12. 05. 1998 »Depotkosmetik«, WuW/E DE-R 206, 210).
- 785 Diese Einschränkung ist in den LL 2010 entfallen. Nach Auffassung der Kommission ist es **unabhängig von der Vertriebsform** zulässig, dass der Lieferant seinem Absatzmittler verbietet, die Waren oder Dienstleistungen ausschließlich über das Internet zu vertreiben, so dass ausschließlicher Internetvertrieb vertraglich untersagt werden kann (*IM/Ellger*, Art. 4 Rn. 56; *Dethof*, ZWeR 2012, 516; *Dreyer/Lemberg*, BB 2012, S. 2007). Damit reflektieren die LL richtigerweise den Umstand, dass Art. 101 Abs. 1 für sich betrachtet keine zivilrechtliche Belieferungspflicht begründet. Diese Frage bleibt dem nationalen Kartellrecht vorbehalten, in Deutschland etwa nach Maßgabe von §§ 19, 20 GWB.
- 786 Reiner Internetvertrieb kann zulässiger Weise ausgeschlossen werden, indem der Lieferant von seinen Absatzmittlern verlangt, »dass sie über einen oder mehrere physische Verkaufspunkte oder Ausstellungsräume verfügen, wenn sie Mitglied des Vertriebsystems werden wollen« (Rn. 54 S. 3 i.V.m. 52 Buchst. c LL, sog. »**Brick-store Klausel**«, *Seeliger/Klaufs*, GWR 2010, 233). Das ist insbesondere, aber nicht nur für den Selektivvertrieb von Bedeutung (Rn. 54 S. 2 und 3 LL). Auf diese Weise können Hersteller und Lieferanten sicherstellen, dass der Endkunde die Möglichkeit behält, die Waren in einem stationären Ladenlokal haptisch zu erleben und deren Eigenschaften oder Wertanmutung unmittelbar zu erfahren.
- 787 Das vertragliche Instrument, den Absatzmittler zum Betrieb eines stationären Ladenlokals zu verpflichten, ist eine **Standortklausel** gem. Art. 4 Buchst. b und c) Halbs. 2 (s. bereits *Nolte*, in: *Langen/Bunte*, 11. Aufl.; *Pischel*, GRUR 2008, 1066, 1070; *SJM/Klotz*, Art. 101 – Liefer- und Bezugsvereinbarungen, Rn. 105; a.A. *Jaeger*, MMR 2004, 536, 539 f.). Die Klausel kann auch beinhalten, dass der ausschließliche Internetvertrieb aus einer räumlich getrennten oder selbstständig organisierten Einheit eines Online-Shops untersagt wird (*Bauer*, WRP 2003, 243, 247; *SJM/Klotz*, Art. 101 – Liefer- und Bezugsvereinbarungen, Rn. 105; *Wirtz*, WuW 2003, 1039, 1041; *Ohrtmann*, CR 2004, 295, 298). Die Pflicht, physische Ladenlokale zu betreiben, kann der Lieferant dem Absatzmittler auch nachträglich auferlegen (Rn. 54 S. 4 LL).
- 788 Standortklauseln dienen dem Platzschutz der Systemmitglieder vor besonders aggressiven Formen des **Aktivverkaufs** durch andere Systemmitglieder, beim Internetvertrieb etwa durch ausschließliche *Online*-Verkäufe. Deshalb stellen Standortklauseln stets eine Vertikalbeschränkung gem. Art. 4 Buchst. b und c) und keine bloße Qualitätsanforderung dar, die je nach den Umständen **gruppenfreigestellt oder einzelfreistellungsbedürftig** ist. Unternehmen mit Marktanteilen oberhalb der 30 % Schwellen müssen daher den Effizienznachweis nach Art. 101 Abs. 3 führen, dass ihre Standortklausel zum Schutz umfangreicher vertragsspezifischer Investitionen der Vertrags Händler erforderlich ist (Rn. 185 LL), wozu insbes. die Vermeidung von Trittbrettfahrer-Effekten

zählt. Die Kommission behandelt Standortklauseln beim Internetvertrieb in Rn. 54 S. 3 LL hingegen als »**Qualitätsanforderung**«. Als bloße Qualitätsanforderung fällt eine Standortklausel im Rahmen rein qualitativen Selektivvertriebs allerdings schon gar nicht unter Art. 101 Abs. 1 (s. *Vögel*, JECLP 2012, 276).

Allerdings muss der Hersteller nachweisen können, dass sich das Erfordernis mindestens eines physischen Ladenlokals **durch die Beschaffenheit der Vertragswaren rechtfertigen** lässt. Diese Anforderung leitet sich daraus ab, dass die Kommission eine solche Standortklausel (auch) als Qualitätsanforderung einstuft (Rn. 54 LL). Andernfalls droht der Entzug der Gruppenfreistellung (Rn. 176, 188 LL; *Dethof*, ZWeR 2012, 516). 789

### b) Keine Belieferungspflicht reiner Internethändler, §§ 19, 20 GWB

Der Lieferant hat das Recht, zur Aufrechterhaltung seines Vertriebssystems den reinen Internetvertrieb zu untersagen. Daraus folgt ein **sachlich gerechtfertigter Grund** gem. § 20 GWB, die Belieferung reiner Internet-Händler und ihre Aufnahme in das Händlernetz zu verweigern (h.M., *BGH*, 04. 11. 2003, WuW/E DE-R 1203 »Depotkosmetik im Internet«; *Schultze/Pautke/Wagener*, Rn. 771; *Pischel*, GRUR 2008, 1066, 1070; *Becker/Pfeiffer*, ZWeR 2004, 268; *Beeser-Wiesmann*, BGH EWiR § 20 GWB 2/04 S. 917; *Trube*, WRP 2004, 861; *Wirtz*, WuW 2003, 1039 ff.; *Bauer*, WRP 2003, 243 ff. m.w.N.; kritisch *Jaeger*, MMR 2004, 536, 537 ff.). Dies gilt auch für den Fall, dass ein Händler bei Vertragsabschluss oder nachträglich seine Vertragspflicht nicht erfüllt, eines oder mehrere stationäre Ladenlokale zu betreiben (Rn. 54 S. 3 i.V.m. 52 Buchst. c LL). 790

Die Grundsätze gem. § 20 GWB finden auch dann Anwendung, wenn Art. 101 aufgrund der Beeinträchtigung des **zwischenstaatlichen Handels** berührt ist und die Vertikal-GVO unmittelbar gilt (*Nolte*, WRP 2005, 1124; *Wirtz*, WuW 2003, 1039, 1044). Zivilrechtlicher Rechtsschutz gegen Verletzungen von Art. 101 ist Sache des nationalen Rechts (*EuGH*, 20. 09. 2001 »Courage«, Slg. 2001, I-6297 Rn. 29; *EuG*, 18. 09. 1992 »Automec II«, Slg. 1992, II-2223, Rn. 50). Die Ablehnung einer Belieferung oder Aufnahme in ein Selektivvertriebsnetz begehrenden Händlers wird als **einseitige Maßnahme** des Lieferanten im europäischen Recht von Art. 102 erfasst. Gem. Art. 3 Abs. 2 VO (EG) 1/2003 kann die Rechtsfolge einseitiger Maßnahmen im nationalen Recht auch strenger geregelt werden, das parallel zum europäischen KartR Anwendung findet. 791

Ist der zwischenstaatliche Handel zwar nicht beeinträchtigt, ergibt sich jedoch aus dem allgemeinen Gebot der **Einheit der Rechtsordnung** sowie konkret aus der dynamischen Verweisung in § 2 Abs. 2 GWB auf die Vertikal-GVO als integraler Bestandteil des deutschen KartR, dass Belieferungskriterien, die im Einklang mit Art. 101 Abs. 3 und der VO 330/2010 stehen, auch im Rahmen von § 20 GWB als Rechtfertigungsgrund zu bewerten sind (*Becker/Pfeiffer*, ZWeR 2004, 268, 279 f.; *Harte-Bavendamm/Kreutzmann*, WRP 2003, 682, 691). Dies hat der BGH in »Depotkosmetik im Internet« so berücksichtigt und praktiziert. 792

Die hier dargestellten Grundsätze zur Verweigerung der Belieferung reiner Internet-Händler oder ihrer Aufnahme in das Händlernetz gem. § 20 GWB gelten für den Vertrieb **aller Waren und Dienstleistungen**. Eine Differenzierung in Abhängigkeit von den betroffenen Waren (Luxusgüter oder Gebrauchsgüter), Dienstleistungen, Branchen oder Vertriebsformen ist mit der Natur der Vertikal-GVO als Schirm-GVO nicht zu vereinbaren (*Ohrtmann*, CR 2004, 295, 298; s. Rdn. 287 ff.). Die Frage eines ggf. zu berücksichtigenden Kontrahierungszwangs wegen sortimentsbedingter Abhängigkeit oder Spitzengruppenabhängigkeit vom Lieferanten stellt sich dabei vornehmlich – aber nicht ausschließlich – bei selektiven Vertriebssystemen.

### 3. Qualitätsanforderungen

#### a) Allgemeine Anforderungen

Der Lieferant darf **Qualitätsanforderungen** aufstellen, die der Absatzmittler für Vertriebs- und Werbemaßnahmen im Internet erfüllen muss. Der Lieferant darf damit allerdings nur die Art, 793

aber nicht den Umfang des Internetvertriebs bestimmen. Er kann sich insbes. einen Genehmigungsvorbehalt ausbedingen, um die Verkaufsaktivitäten seiner Absatzmittler im Internet nachträglich oder vorab mit Hilfe von Qualitätsanforderungen steuern zu können (*Hülsen*, ZVertR 2012, 305). So darf er dem Absatzmittler Qualitätsanforderungen »genauso wie für Ladenlokale, den Versandhandel oder Werbe- und Verkaufsförderungsmaßnahmen« vorgeben (Rn. 54 S. 1 LL). Sie müssen allerdings »im Einklang mit dem Vertriebsmodell des Lieferanten« stehen (Rn. 52c LL). Je höher die Qualitätsanforderungen an den Vertrieb über stationäre Ladenlokale liegen, desto höher dürfen auch die Qualitätsvorgaben an den Internetvertrieb ausfallen (*Schultze/Pautke/Wagner*, Rn. 766).

Die Vorgabe von Qualitätskriterien ist für **alle Vertriebsformen** zulässig, hat jedoch für den Selektivvertrieb besondere praktische Bedeutung (Rn. 54 S. 2 LL, s. Rdn. 509 ff.). Nach hier vertretener Auffassung ist die Grenze zulässiger Qualitätsvorgaben – abgesehen vom unzulässigen Totalverbot – entlang derjenigen Grenzen zu definieren, die die **Kernbeschränkung des Passivverkaufs** zieht. Die Grenzen dieser Kernbeschränkung sind überschritten, wenn die Vorgaben zu einem prohibitiv hohen Aufwand führen, der den Internetvertrieb für den Absatzmittler objektiv unzumutbar macht und ihn damit vom Internetvertrieb abhält. Auf einen Äquivalenz- oder Konsistenztest, wie z.T. in der Literatur erörtert (*Schultze/Pautke/Wagner*, Rn. 766 m.w.N.) kommt es nach hier vertretener Auffassung nicht an. Denn der Test ist nicht nur unpräzise (*Polley*, CR 2010, 625, 630). Er senkt auch die Schwelle, unterhalb der eine Qualitätsvorgabe für Internethändler unzulässig ist, ohne dass die Vorgabe eine Kernbeschränkung des Passivverkaufs darstellen würde (a.A. *Schultze/Pautke/Wagner*, Rn. 766). Das führt zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit, die dem Zweck der gruppenweisen Freistellung und dem Ziel eines *safe harbors* einer GVO nicht gerecht wird.

- 794 Zu **zulässigen Qualitätsanforderungen** für den Internetvertrieb zählen insbes. die Verpflichtung des Absatzmittlers, stationäre Verkaufspunkte oder Ausstellungsräume zu betreiben (s. Rdn. 767 ff.), das Verbot eines Links auf abwertende Domain-Namen, das Erfordernis eines schnellen Seitenaufbaus, einer leichten Navigationsfähigkeit oder einer Animation des Internetkunden zum Besuch des Ladenlokals. Es können auch technische und kaufmännische Vorgaben gemacht werden, damit der Händler im Internet bestimmte Kundenwünsche und -erwartungen erfüllen kann. Des Weiteren zählen dazu z.B. eine bestimmte Reaktionsgeschwindigkeit der Server oder die Mindestlagerhaltung zur Sicherstellung zügiger Bereitstellungsfristen für die Kundenauslieferung. Zulässig sind auch Vorgaben, die Sortimentsbreite im Internetangebot dem des stationären Ladenlokals anzupassen; dass die auf der Website eingestellten Inhalte mit den Katalogen des Lieferanten korrespondieren; dass die Kosten der Rückgabe eines Produkts übernommen, sichere Zahlungssysteme verwendet oder eine schnelle Auslieferung an die Kunden sichergestellt werden (*OLG Karlsruhe*, Urt. v. 25. 11. 2009 »Schulranzen« 6 U 47/08 Kart Rn. 58 ff.). Zulässig ist auch die vertragliche Vorgabe, dass die Website des Absatzmittlers zusätzlich Links zu den Websites anderer Händler und/oder zum Lieferanten enthält (Rn. 52 Buchst. a LL).

#### b) Selektivvertrieb

- 795 Im Rahmen eines selektiven Vertriebssystems darf der Lieferant seinen Systemmitgliedern die Art des Internetvertriebs mit Hilfe umfangreicher und besonders hoher Qualitätsvorgaben vorschreiben. Die Vorgaben müssen dabei insgesamt gleichwertig mit den Kriterien für Verkäufe in stationären Ladenlokalen sein, wenngleich sie nicht identisch sein müssen (sog. **Äquivalenztest**, Rn. 56 S. 4 f. LL). Die Vorgaben können sich auf Qualitätsanforderungen für die *Online*-Verkäufe selbst sowie für Vertriebs- und Werbemaßnahmen im Internet beziehen (Rn. 54, 56 LL; *Endel/Klein*, S. 82 f.; *Dieselhorst/Luhn*, WRP 2008, 1306, 1308).

#### aa) Äquivalenztest: Ladenlokal und Online-Shop

- 796 Die Vorgaben des Lieferanten für den Internetvertrieb müssen mit den Qualitätsvorgaben für die **stationären Ladenlokale grds. gleichwertig** sein (Rn. 56 S. 4 LL). Allerdings müssen sie nicht

identisch sein. Häufig ist das angesichts des unterschiedlichen Wesens der verschiedenen *On-* und *Offline*-Vertriebskanäle gar nicht möglich. Daher können auch strengere Qualitätsanforderungen für *Online* als für *Offline* Verkäufe vereinbart werden (*Schultze/Pautke/Wagener*, Rn. 766), sofern die Unterschiedlichkeit der *On-* und *Offline*-Vertriebskanäle dies sachlich rechtfertigt (Rn. 56 S. 4 f. LL). Inwieweit Qualitätsanforderungen im Einklang mit dem Vertriebsmodell des Lieferanten stehen, ist im Einzelfall zu bestimmen. Beim Selektivvertrieb ist das vergleichsweise einfach. Hier liefern die Qualitätsanforderungen für stationäre Ladenlokale konkrete Anhaltspunkte, an Hand derer in der Parallelsphäre des Internetvertriebs die Gleichwertigkeit von Qualitätsvorgaben für *Online*-Verkäufe ermittelt und gerechtfertigt werden kann (Rn. 54 S. 4 f. LL). Bei anderen Vertriebssystemen gibt es häufig keine vergleichbar konkreten Anforderungen, die für den Internetvertrieb herangezogen werden können. Dabei kommt es im Rahmen des **Äquivalenztests** darauf an, ob die strengeren Qualitätsanforderungen für den Internetvertrieb dieselben Ziele und Zwecke verfolgen und vergleichbare Ergebnisse erzielen, die mit dem Selektivvertrieb über stationäre Ladenlokale verfolgt, aber im Internetvertrieb eben nicht auf dieselbe Weise erreicht werden (*Hülsen*, ZVertR 2012, 304).

Praktische Bedeutung hat der Äquivalenztest z.B. in Fällen, in denen das **Trittbrettfahrerproblem** des Internetvertriebs zum Tragen kommt. Strengere Qualitätsanforderungen für *Online*-Verkäufe sind demnach zulässig, wenn es für einen nicht zum Vertriebssystem zugelassenen Wiederverkäufer leichter ist, die Waren über das Internet zu erlangen. Das kann z.B. erreicht werden, indem der Lieferant dem Internethändler strengere Mengenbegrenzungen für Verkäufe an Endkunden auferlegt (Rn. 56 S. 7 f. LL). Je höher die Qualitätsanforderungen an den Vertrieb über stationäre Ladenlokale liegen, desto höher dürfen auch die Qualitätsvorgaben an den Internetvertrieb ausfallen (*Schultze/Pautke/Wagener*, Rn. 766). Allerdings dürfen auch hier die Anforderungen sachlich nicht über das hinausgehen, was aufgrund der für den Vertrieb der Waren oder Dienstleistungen konkreten Anforderungen objektiv erforderlich ist. Darüber hinaus sollten sie nicht zu einem prohibitiv hohen Aufwand führen, der den Internetvertrieb für den Absatzmittler objektiv unzumutbar macht, den Absatzmittler vom Internetvertrieb abhält und auf diese Weise eine **Behinderung des Passivverkaufs** begründet (Rn. 56 S. 4 LL; *Haslinger*, WRP 2009, 279, 283).

Handelt es sich um ein rein qualitatives Selektivvertriebssystem, fallen Qualitätsanforderungen schon gar **nicht unter Art. 101 Abs. 1**. Das gilt auch im Rahmen des Internetvertriebs. Rein qualitativer Selektivvertrieb liegt vor, wenn die Beschaffenheit der Waren oder Dienstleistungen diese Vertriebsform rechtfertigt, die Absatzmittler diskriminierungsfrei anhand objektiver Qualitätskriterien ausgewählt sind und diese Kriterien nicht über das erforderliche Maß hinausgehen (s. Rdn. 512 ff. – sog. **einfache Fachhandelsbindung**). Soweit die Beschaffenheit des Produkts den Selektivvertrieb nicht rechtfertigt, fällt der Vertriebsvertrag zwar in den Anwendungsbereich von Art. 101 Abs. 1. Der Vertrag ist dann aber ggf. gruppenfreigestellt oder einzelfreistellungsfähig. Dasselbe gilt für die **qualifizierte Fachhandelsbindung** und die quantitative Selektion (s. Rdn. 514 ff.). Daher können neben Luxusartikeln (z.B. Schmuck, Modeartikel, Kosmetika) und komplexen Konsumgütern (z.B. Kraftfahrzeuge) auch andere Produkte (z.B. Tafelgeschirr, Presseartikel, Schulranzen) zulässiger Weise über Selektivvertrieb verkauft werden (s. *OLG Frankfurt*, Urt. v. 22. 12. 2015 »Funktionsrucksäcke« 11 U 84/14 [Kart]; *OLG Karlsruhe*, Urt. v. 25. 11. 2009 »Schulranzen« 6 U 47/08 Kart Rn. 56).

Selektive Vertriebssysteme bauen häufig auf dem unmittelbaren Kontakt zum Kunden in besonderen Verkaufsräumen auf. Der Kunde soll das Produkt haptisch erleben und die **Wertanmutung, Qualität und Eigenschaften** der Waren unmittelbar und selbst erfahren können. In den meisten Fällen hat der Hersteller Markenprodukte in der Spitzengruppe des Marktes etabliert oder will dorthin vorstoßen. Hierfür sind fachkundige Verkaufsberatung, Lage und Ambiente des Ladenlokals sowie die Präsentation der Ware und das Gesamterlebnis des Kunden von maßgeblicher Bedeutung. So soll z.B. beim Verkauf von Luxusartikeln wie Schmuck, Modeartikel oder Kosmetika das Umfeld eine »Aura des Exklusiven« vermitteln können (*BGH*, 04. 11. 2003 »Depotkosmetik im Internet«, WuW/E DE-R 1203, 1204). Der Kunde soll auch im Internet in eine Markenwelt

eintreten, deren Aufbau und Pflege hohe finanzielle Aufwendungen für Werbung und Ausstattung erfordern.

- 798 Diese Anforderungen kann der Internetvertrieb mit seinen eingeschränkten Möglichkeiten eines »look & feel« bei der Gestaltung einer Website nicht unmittelbar erfüllen. Daher wird z.T. gefordert, dass ein **Totalverbot** des Verkaufs über das Internet zum Schutz des Selektivvertriebs und des Prestigecharakters der vertriebenen Waren und Dienstleistungen zulässig sein müsse (*Bergmann*, ZWeR 2004, 28, 39; *Bauer/de Bronett, Bauer*, Rn. 256; *Vajdal/Gabnström*, ECLR 2000, 94, 104 f.). Ein solches Totalverbot ist indessen unzulässig (s. Rdn. 777 ff.) und nur aus Gründen des Gesundheitsschutzes und der Gefahrenabwehr erlaubt (Rn. 60 S. 2 LL). Ein Totalverbot ist auch angesichts der zunehmenden Bedeutung des Internets als »virtuelles Schaufenster für Komm-Kundengeschäfte im Internet« unter Vertriebsgesichtspunkten nicht angemessen.

Ein dem Versandhandel vergleichbarer, **reiner Internetvertrieb** darf indes vollständig untersagt werden. Damit soll sichergestellt werden, dass der Kunde die Möglichkeit behält, Markenartikel in einem stationären Ladenlokal haptisch zu erleben und deren Wertanmutung unmittelbar zu erfahren. Deshalb kann der Lieferant mit Hilfe einer Standortklausel gem. Art. 4 Buchst. c) Halbs. 2 den Absatzmittler zum Betrieb eines oder mehrerer physischer Ladenlokale mit Publikumsverkehr verpflichten (s. Rn. 54 S. 3 i.V.m. 52 Buchst. c LL) und einen ausschließlichen Internetvertrieb aus einer räumlich getrennten oder selbstständig organisierten Einheit eines Online-Shops untersagen (s. Rdn. 765 ff.).

#### bb) Inhalt und Gestaltung der Händler-Website

- 799 Zu zulässigen Qualitätsanforderungen für den Internetvertrieb in selektiven Vertriebssystemen zählen Vorgaben des Lieferanten für die Website und den Online-Shop des Händlers, die dem Schutz der Identität und des Namens der Betriebsorganisation sowie deren einheitlichen Erscheinungsbild dienen und die Wiedererkennbarkeit von Produkt, Marke und Ambiente sicherstellen, die ggf. dem Erscheinungsbild der stationären Fachgeschäfte des Vertriebssystems entsprechen, sog. »look & feel« (*Lettl*, WRP 2010, 807, 808; *Malec/von Bodungen*, BB 2010, 2338, 2388).
- 800 Praktisch bedeutsame Qualitätsanforderungen in diesem Zusammenhang sind etwa die Vorgabe der Nutzung bestimmter Dienstleister wie z.B. *Affiliate*-System-Betreiber, spezifischer Markenplattformen oder die Verwendung von *corporate identity* Merkmalen, soweit damit für den Absatzmittler keine unverhältnismäßigen Kosten verbunden sind, die ihn gleichsam einem Totalverbot insgesamt vom Internetvertrieb abhalten (*Rösner*, WRP 2010, 1120; *Hülßen*, ZVerT 2012, 306). Die Bindung, Güter nicht in einem Umfeld zu präsentieren, das nicht dem Renommee der Marke entspricht, ist daher zulässig. Zu diesem Zweck kann der Lieferant dem Absatzmittler auch Vorgaben machen, die selektiv gebundenen Waren klar von Konkurrenzprodukten gleichwertiger oder geringwertigerer Qualität abzugrenzen. Dazu zählt auch das Verbot eines Links auf abwertende Domain-Namen.

#### cc) Technische und kaufmännische Vorgaben

- 801 Der Lieferant kann auch technische und kaufmännische Vorgaben machen, damit der Händler im Internet bestimmte Kundenwünsche und -erwartungen erfüllen kann, etwa eine bestimmte Reaktionsgeschwindigkeit der Server, Mindestlagerhaltung zur Sicherstellung zügiger Bereitstellungsfristen für die Kundenauslieferung oder die Einrichtung einer Kundendienst-Hotline (Rn. 56 S. 10 f. LL). Darüber hinaus kann vereinbart werden, dass ein schneller Seitenaufbau sichergestellt und eine leichte Navigation möglich ist oder der Internetkunde zum Besuch des stationären Ladenlokals animiert wird (*LG Mannheim*, GRUR-RR 2008, 253 »Schulranzen«). Dazu kann auch die klare Anbindung an das Ladenlokal des Händlers mit Verweis auf dessen Standort und die dort verfügbare Verkaufsberatung zählen (*Haslinger*, WRP 2009, 279, 282). Zulässig sind auch Vorgaben, die Sortimentstiefe und -breite im Internetangebot dem des stationären Ladenlokals anzupassen, die auf der Website eingestellten Inhalte an die Kataloge des Lieferanten anzupassen, die Waren

technisch und qualitativ hochwertig darzustellen, die Kosten der Rückgabe eines Produkts zu übernehmen, sichere Zahlungssysteme zu verwenden und eine schnelle Auslieferung an die Kunden sicherzustellen (*OLG Karlsruhe*, Urt. v. 25. 11. 2009 »Schulranzen« 6 U 47/08 Kart Rn. 58 ff.).

### III. Schwarze Liste verbotener Klauseln

Das **Spektrum kaufmännischer Steuerungsinstrumente** für Beschränkungen des Internetvertriebs ist groß. Ein zentrales und zulässiges Steuerungsinstrument ist die Auflage, dass der Absatzmittler physische Ladenlokale mit Publikumsverkehr (*brick and mortar shop*) betreibt, damit der Kunde das Produkt haptisch und im markenspezifischen Ambiente des Ladenlokals erleben, die Wertanmutung der Waren unmittelbar erfahren und qualifizierte Verkaufsberatung erhalten kann. Schwieriger abgrenzbar sind hingegen vertragliche Regelungen, die folgende Ziele verfolgen sollen: Kann der Online-Verkauf gänzlich verboten oder das Sortiment für den Vertrieb über das Internet beschränkt werden? Sind Vorgaben zulässig, um Trittbrettfahrer-Effekten zu begegnen? In Betracht kommen z.B. die Festsetzung unterschiedlicher Verkaufs- oder Bezugspreise für Produkte zum Internetvertrieb oder Verkaufsstützungen, Boni oder Skonti oder sonstige Anreizsysteme für Offline-Verkäufe im Ladenlokal wie z.B. die Erzielung bestimmter Mindestumsätze in den Ladenlokalen. 802

Von praktischer Bedeutung ist, ob und inwieweit der Hersteller den Prestigecharakter sowie ein markengerechtes einheitliches Erscheinungsbild für Online-Verkäufe im Internet sicherstellen kann. Hierfür kommt eine Vielzahl denkbarer Maßnahmen in Betracht, die das »*look&feel*« einer Website bestimmen können, etwa Qualität, Sprache und technische Voraussetzungen (z.B. Kundenhotlines), damit die Internet-Websites aller Systemmitglieder gleichermaßen das Umfeld einer »Aura des Exklusiven« vermitteln (*BGH*, 04. 11. 2003 »Depotkosmetik im Internet«, WuW/E DE-R 1203, 1204). Praktisch bedeutsam sind Möglichkeiten, mit denen der Lieferant die Vertriebsaktivitäten seiner Absatzmittler im Internet steuern kann. Dazu zählen neben Nachrüstungsanforderungen oder der Überwachung von Einzeltransaktionen vor allem die Zulässigkeit der Beschränkung einer **Nutzung von Internetplattformen**.

Methodisch verfolgt die Kommission bei der Bewertung verbotener Geschäftspraktiken beim Internetvertrieb in den LL allerdings nicht dem Grundsatz der Vertikal-GVO, wonach »*erlaubt ist, was nicht verboten ist*«, sondern sie macht detaillierte Vorgaben, was im Einzelnen erlaubt ist. Damit schaffen die LL für die Vertragspraxis einen gewissen Standardisierungsdruck, der mit dem »**Zwangsjackeneffekt**« durchaus vergleichbar ist, den die »**weißen Listen**« zulässiger Klauseln in früheren GVOen entfaltet haben (*Robertson*, 2012 E.C.L.R. 183 Fn. 42 m.w.N.).

#### 1. Verbotene Beschränkung des Passivverkaufs

Nutzt ein Absatzmittler das Internet zu Vertriebszwecken, stellt dies nach Auffassung von EuGH und Kommission eine besondere Form des Passivverkaufs dar (s. Rn. 52 S. 3 LL; Presseerklärungen, IP/01/713 v. 17. 05. 2001 »Yves Saint Laurent«; IP/02/916 v. 24. 06. 2002 »B&W Loudspeakers«; *EuGH*, 13. 10. 2011 »Pierre Fabre« Rs. C-439/09). Das bloße Aufsuchen der Website eines Händlers durch einen Endkunden wird hier seit der 10. Aufl. als »virtuelles Komm-Kundengeschäft im Internet« bezeichnet. Die Händler-Website ist sein »**virtuelles Schaufenster**«, um interessierten Internet-Komm-Kunden die eigeninitiierte Anbahnung eines Passivverkaufs zu ermöglichen. Die Unterbindung solcher Verkäufe stellt stets eine Kernbeschränkung der **Gebiets- oder Kundenkreisbeschränkung** i.S.v. Art. 4 Buchst. b und c) dar. Im Fall grenzüberschreitender Transaktionen liegt zugleich eine verbotene **Übergrenzungsgeschäftsbehinderung** im Binnenmarkt vor (*Kommission*, 16. 07. 2003 »Yamaha«, COMP/37.975 Rn. 107 ff.). 803

##### a) Unzulässiges Totalverbot: »Pierre Fabre«

In der Vorabentscheidung »Pierre Fabre« hat der EuGH ein selektives Vertriebssystem beurteilt, über das der Hersteller Kosmetika und Körperpflegemittel vertreibt, die keine Arzneimittel sind. 804

Der Hersteller verlangte von seinen autorisierten Vertriebshändlern – zumeist Apotheken –, dass der Verkauf ausschließlich in einem **physischen Ladenlokal** sowie in Anwesenheit eines diplomierten Pharmazeuten erfolgt. Diese Anforderungen schlossen faktisch sämtliche Verkaufsformen über das Internet aus.

Nach Auffassung des Gerichtshofs bezweckt eine solche Vertragsklausel die **Beschränkung des passiven Verkaufs** an Endverbraucher, die über das Internet kaufen möchten und außerhalb des Vertragsgebiets ansässig sind, das dem Absatzmittler vertraglich zugewiesen ist. In einem solchen Fall stellt das Totalverbot des Internetvertriebs zulasten der Absatzmittler eine »**bezweckte**« **Wettbewerbsbeschränkung** dar (*EuGH*, 13. 10. 2011 »Pierre Fabre« Rs. C-439/09 Rn. 35, 54; *Ellenrieder*, WRP 2012, 141). Im Rahmen von selektiven Vertriebs- oder Franchisesystemen rechtfertigt auch der Schutz des Prestigecharakters von Waren oder Dienstleistungen sowie die Produktnatur zur Wahrung eines qualitätsangemessenen Vertriebs kein vollständiges Verbot des Internetvertriebs, da es stets unverhältnismäßig und daher nicht notwendig ist (*EuGH*, 13. 10. 2011 »Pierre Fabre« Rs. C-439/09 Rn. 45 f.).

Auch wenn die Entscheidung »Pierre Fabre« ein selektives Vertriebssystem zum Gegenstand hat, beansprucht sie aufgrund ihres allgemeinen Ansatzes einer »bezweckten« Wettbewerbsbeschränkung **Geltung für alle Vertriebsformen** (*Dethof*, ZWeR 2012, 514; *Bonacker*, GRUR Prax 2012, 6).

- 805 Nutzt der Absatzmittler zusätzlich zu seinem Ladenlokal eine eigene Internet-Website für seinen Vertrieb, darf die Nutzung der Website nicht der Eröffnung einer neuen Verkaufsstätte an einem anderen Standort gleichgestellt werden. Von einer an sich zulässigen **Standortklausel** mit der Pflicht zum Betrieb eines oder mehrerer stationärer Ladenlokale ist der Fall zu unterscheiden, dass dem Absatzmittler untersagt wird, eine eigene Internet-Website als zusätzliche Vertriebsaktivität zu seinem Ladenlokal zu betreiben. Werden Vertriebsaktivitäten über das Internet der Eröffnung einer neuen Verkaufsstätte an einem anderen Standort gleichgestellt, begründet dies als **Umgehungstatbestand** ein **Totalverbot** für den Internetvertrieb und ist deshalb unzulässig (*EuGH*, 13. 10. 2011 »Pierre Fabre« Rs. C-439/09 Rn. 56; Rn. 57 S. 3 LL).

Ein **Totalverbot** des Internetvertriebs ist nur in **Ausnahmefällen** zulässig.

- 806 Dies ist der Fall, wenn Art und Beschaffenheit des vertriebenen Produkts aus Gründen der **Gefahrenabwehr oder Gesundheitsgefährdung** dies als objektiv notwendig und angemessen rechtfertigen, z.B. Gefahrstoffe, Waffen oder giftige Stoffe. Allerdings fällt ein entsprechendes Verbot dann schon gar nicht unter Art. 101 Abs. 1 (Rn. 60 S. 2 LL; *Dethof*, ZWeR 2012, 515; *Ellenrieder*, WRP 2012, 143). Wenn sich jedoch der Lieferant trotz Gründen der Gefahrenabwehr oder Gesundheitsgefährdung den Internetvertrieb der Produkte **selbst vorbehält**, während seine Absatzmittler nicht dazu berechtigt sein sollen, wird dies als Kernbeschränkung zu werten sein, da das Argument der Gefahrenabwehr die Beschränkung des Absatzmittlers nicht trägt. Der Internetvertrieb apotheken- und verschreibungspflichtiger Arzneimittel wird daher unter Berücksichtigung dieser Maßgabe untersagt werden können (s. Schlussanträge des Generalanwalts Ján Mazák v. 3. 3. 2011 i.S. »Pierre Fabre« Rs. C-439/09 Rn. 34 Fn. 25; *Koenig/Müller/Trakowski*, EWS 2000, 97; *Räpple/Königer*, 2000, S. 37 ff.).

Ein Totalverbot ist darüber hinaus zulässig, wenn es sich beim Absatzmittler um einen »**echten**« **Handelsvertreter** handelt oder der Lieferant Eigenvertrieb betreibt. In beiden Fällen ist Art. 101 Abs. 1 nicht berührt. Insbes. dürfen Gebiets- und Kundenkreisbeschränkungen einem »echten« Handelsvertreter stets auferlegt werden, ohne dass Art. 101 Abs. 1 berührt ist (Rn. 18 Buchst. a und b LL, s. Rdn. 731 ff.).

Ein Totalverbot des Internetvertriebs ist darüber hinaus für einen begrenzten Zeitraum von zwei Jahren zulässig, um die Einführung neuer Produkte mit Hilfe eines befristeten Gebietsschutzes sicherstellen zu können (Rn. 61 S. 2 f. LL). Im Falle eines solchen »**echten**« **Markteintritts** dürfen zu diesem Zweck sogar Passivverkäufe – und damit der Internetvertrieb – zeitlich befristet unter-

sagt werden. Denn unter diesen Umständen fällt diese Beschränkung schon gar nicht unter Art. 101 Abs. 1, soweit der Schutz erheblicher Investitionen für die Markterschließung und die Verhinderung von Trittbrettfahrer-Risiken dies rechtfertigt. (krit. *Dethof*, ZWeR 2012, 516).

**Behält** sich der Lieferant oder Hersteller für den Zeitraum eines echten Markteintritts den Internetvertrieb **selbst vor**, ist ein damit verbundenes, auf zwei Jahre befristetes Totalverbot des Internetvertriebs für seine Absatzmittler nach hier vertretener Auffassung ebenfalls zulässig. Denn der vorstoßende oder verstärkte *inter-brand* Wettbewerb, der mit dem Zutritt neuer Marktteilnehmer stets verbunden ist, wiegt den zeitweise eingeschränkten *intra-brand* Wettbewerb im Netz seiner Absatzmittler auf. Im Übrigen sind erhebliche Investitionen eines Herstellers oder Lieferanten ebenso schützenswert, wie die Investitionen der Absatzmittler in den Vertrieb seiner Waren oder Dienstleistungen (*Schultze/Pautke/Wagener*, Rn. 739). Denn ohne den Schutz vorstoßenden Wettbewerbs des Herstellers oder Lieferanten erhielten die Absatzmittler letztlich nicht die Gelegenheit, in den Genuss der Teilhabe an künftigen Vertriebsmargen zu kommen. 807

Es stellt indessen **keinen »echten« Markteintritt** dar, wenn lediglich eine verbesserte oder überarbeitete Version schon bestehender Produkte verkauft wird. Eine solche Vertriebsmaßnahme wird deshalb nicht in den Genuss dieser Ausnahme kommen (*Dreyer/Lemberg*, BB 2012, S. 2007). Dasselbe soll gem. Rn. 62 LL für **Markteinführungstests** oder **gestaffelte Produkteinführungen** gelten. Demnach besteht hierfür ebenfalls keine Möglichkeit zur Beschränkung von Passivverkäufen vor. Dahinter steckt die Erwägung, dass die Händler dabei nicht dieselben Investitionsrisiken eines Markteintritts zu tragen haben. Allerdings stellen solche Maßnahmen i.d.R. **Vorbereitungshandlungen zu einem echten Markteintritt** dar. Da der vorstoßende *inter-brand* Wettbewerb schützenswerter als die zeitweilige Beschränkung des *intra-brand* Wettbewerbs ist, erscheint die Kommissionsauffassung nicht nachvollziehbar. Deshalb sollte nach hier vertretener Auffassung auch die Beschränkung des Internetvertriebs als Passivverkauf für den erforderlichen Zeitraum von Markteinführungstests oder gestaffelten Produkteinführungen zulässig sein. Nur auf diese Weise können sich Händler und Lieferant eine Kalkulationsgrundlage verschaffen, die eine realitätsnahe Wirtschaftlichkeitsanalyse für den Zweijahreszeitraum eines »echten« Markteintritts erlaubt. 808

#### b) Sonstige Kernbeschränkungen

Eine Kernbeschränkung des Passivverkaufs liegt – neben dem Fall eines Totalverbots – auch vor, wenn der Lieferant den Absatzmittler anhält, Kunden aus einem anderen Vertragsgebiet die **Ein-sicht in seine Website** zu verhindern. Denn das »virtuelle Schaufenster« des Absatzmittlers im Internet muss für Internet-Komm-Kunden stets uneingeschränkt zugänglich sein. Dasselbe gilt, wenn der Absatzmittler Kaufinteressenten, die seine Website aufsuchen, auf die Website des Lieferanten selbst oder auf die Websites anderer, gebietszuständiger Absatzmittler des Vertriebssystems weiterleiten muss (Rn. 52a HS. 1 LL). Nicht von dieser Kernbeschränkung erfasst ist indessen eine vertragliche Vorgabe, wonach die Website des Absatzmittlers zusätzlich Links zu Websites anderer Händler und/oder zum Lieferanten enthalten soll. 809

Eine vergleichbare Kernbeschränkung liegt vor, wenn der Absatzmittler verpflichtet wird, die Vertragsanbahnung zu unterbrechen, sobald erkennbar wird, dass der Kunde anhand seiner Kreditkartendaten nicht im Vertragsgebiet des Absatzmittlers ansässig ist (Rn. 52b LL). Als unzulässige Beschränkung ist auch die Pflicht des Absatzmittlers zu werten, den Lieferanten regelmäßig über Lieferungen oder Exporte per Internet innerhalb des EWR **vorab zu informieren**. Dies gilt mangels Anwendbarkeit von Art. 101 Abs. 1 i.d.R. aber nicht, wenn sich diese Pflicht auf Exportlieferungen außerhalb des EWR bezieht (so aber *Kommission*, 16. 07. 2003 »Yamaha«, COMP/37.975 Rn. 107 ff.).

#### c) Grenzen der Steuerungshoheit für den Lieferanten

Der Ansatz von Gerichtshof und Kommission, den Internetvertrieb als Form des Passivverkaufs und sein Verbot als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung einzustufen, greift tief und zivilrechts- 810



gestaltend in die Vertragsfreiheit der Parteien ein. Ohne gesonderte vertragliche Regelung zum Internetvertrieb kann sich ein Händler auf der Grundlage eines Vertriebsvertrags über ein stationäres Ladenlokal grundsätzlich auch **ausschließlich** auf den **reinen Internetvertrieb** konzentrieren (»Pure Online«). Denn auf Grundlage eines einfachen Vertriebsvertrages ist – mit Ausnahme des Handelsvertretervertriebs – jedem Absatzmittler grundsätzlich der Vertrieb über das Internet gestattet, sobald der Hersteller oder Lieferant einen Vertrag zum Vertrieb von Waren oder Dienstleistungen über ein Ladenlokal mit einem Absatzmittler abschließt (*BKartA*, Beschl. v. 26. 8. 2015, B2 – 98/11 »Asics«, Rn. 42; *Haslinger*, WRP 2009, 279, 280). Ohne gesonderte Regelung, wie der Händler die Waren oder Dienstleistungen über das Internet weiterverkaufen kann, verliert der Lieferant somit vollständig seine Steuerungshoheit über den Vertriebskanal Internet (*Nolte*, BB 2014, 1157).

- 811 Deshalb ist es unerlässlich, dass die Vertragsparteien eines herkömmlichen Vertriebsvertrags über stationäre Ladenlokale und Verkaufsstellen stets eine vertragliche Regelung des Internetvertriebs treffen, damit sie den Internetvertrieb ihrer Waren und Dienstleistungen steuern können. Entsprechende **Vertragsstandards** für den Internetvertrieb sollten daher regelmäßig integraler Bestandteil eines Vertriebsvertrags sein (s. dazu *Nolte*, BB 2014, 1157 ff.) oder in einem Vertragsanhang so geregelt werden, dass sie ggf. leicht den neuesten rechtlichen Entwicklungen angepasst werden können. Denn es handelt sich um einen Bereich, der sich durch eine rasante technische Entwicklung und wirtschaftliche Dynamik auszeichnet (*Polley*, CR 2010, 630). Fehlt eine vertragliche (Zusatz)Vereinbarung, die den Internetvertrieb durch den Absatzmittler regelt, ist dieser frei, sein Geschäftsmodell auch ausschließlich auf reinen Internetvertrieb auszurichten, ohne dass der Lieferant diesen Absatzkanal steuern könnte. Das macht es unerlässlich, sowohl **auf Einzel- als auch auf Großhandelsebene** stets eine vertragliche Regelung über den Internetvertrieb zu treffen.

## 2. Sprunglieferungsverbot für Großhändler

- 812 Unklar ist, ob sich ein Großhändler einem gem. Art. 4 Buchst. b) (Ziff. ii) zulässigen vertraglichen Sprunglieferungsverbot entziehen kann, indem er sich des Internetvertriebs bedient (s. Rdn. 541 f.). Denn Sprunglieferungsverbote dürfen einem Großhändler auferlegt werden, um jede Form von **Aktiv- und Passivverkäufen an Endkunden zu unterbinden** (Rn. 5 S. 3 LL). Erfolgt die Vertragsanbahnung des Großhändlers mit Endkunden indes über das Internet, stünde das Sprunglieferungsverbot zulasten des Großhändlers in Widerspruch zur Auffassung der Kommission, dass das Verbot von Internetverkäufen eine unzulässige **Beschränkung von Passivverkäufen** und damit eine Kernbeschränkung darstellt. Eine teleologische Reduktion von Art. 4 Buchst. b) (Ziff. ii) spricht dafür, die Zulässigkeit von Sprunglieferungsverböten beim Internetvertrieb gleichermaßen zum Tragen kommen zu lassen, sodass Art. 4 Buchst. b) (Ziff. ii). auch i.R.d. Internetvertriebs Geltung beansprucht. Daher ist nach hier vertretener Auffassung ein Teilverbot der Internetnutzung zulasten eines Großhändlers zulässig, so dass ihm ein vertragliches Verbot zum Verkauf an Endverbraucher über das Internet – und zwar in Form des Aktiv- wie des Passivverkaufs – untersagt werden darf.

## 3. Umsatz und Absatzvorgaben

- 813 Als Kernbeschränkung betrachtet die Kommission auch die **Begrenzung der Gesamtverkäufe**, die der Absatzmittler über das Internet erzielt (Rn. 52c HS. 1 LL), also fixe Obergrenzen für Absatz- und Umsatzvolumina.

Verkauft ein Absatzmittler allerdings zusätzlich zu den Verkäufen aus seinem physischen Ladenlokal (sog. »Offline-Verkäufe«) Waren über das Internet in einem Umfang, der ggü. dem Warenumsatz über das Ladenlokal erkennbar und zunehmend ins Gewicht fällt, kann er eine Grenze überschreiten, ab der sein physisches Ladenlokal mit Online-Verkäufen zu einem **unzulässigen reinen Internetvertriebs-Standort** wird (*Obtmann*, CR 2004, 295, 298).

Dahinter kann sich auch das **Trittbrettfahrer-Problem** verbergen: das ist der Fall, wenn sich der Händler z.B. mit Gründung eines physischen Ladenlokals pro forma oder zu günstigen Konditionen Zugang zum Vertriebsnetz eines Herstellers hochwertiger Markenwaren schafft und sich dann aber im Wesentlichen darauf beschränkt, nahezu seine gesamten Verkäufe *online* im Internet zu tätigen (sog. »Hybrid-Händler«). Um solchen Trittbrettfahrer-Effekten durch Hybrid-Händler zu begegnen, sind Vorgaben oder Zielvereinbarungen zulässig, die den Händler auf einen bestimmten Mindestumsatz und -absatz über sein physisches Ladenlokal festlegen (Rn. 52 Buchst. c LL; *BGH*, 04. 11. 2003 »Depotkosmetik im Internet«, WuW/E DE-R 1203; *Bauer/deBronett, Bauer*, Rn. 257). Die Mindestumsatz- oder Mindestabsatzmengen können für alle Absatzmittler identisch sein oder können anhand objektiver Kriterien wie die Größe, Umsatzstärke oder geografische Lage (z.B. in Großstädten) des Absatzmittlers individuell festgelegt werden (Rn. 52 Buchst. c LL). Es ist auch zulässig, andere Steuerungsmittel wie Verkaufsboni oder Vergütungen mit derselben Zielrichtung zu vereinbaren.

Ein vertragliches **Verbot des überwiegenden Internethandels** war nach bislang h.M. zulässig (*Pischel*, GRUR 2008, 1066, 1070 m.w.N.). Der BGH bestätigte ein solches Kündigungsrecht des Herstellers, wenn das Mitglied eines Selektivvertriebssystems im stationären Ladenlokal nicht den vereinbarten Mindestumsatz von 50 % erzielt. Hinter diesem Kündigungsrecht steht der Schutz des Prestigecharakters und des Markenimages der Verkaufswaren (*BGH*, 04. 11. 2003 »Depotkosmetik im Internet«, WuW/E DE-R 1203).

Nach Auffassung der Kommission stellt ein vertragliches Verbot des überwiegenden Internethandels indessen eine **Kernbeschränkung** dar, da es stets eine Begrenzung der Gesamtverkäufe des Händlers im Internet zur Folge hat (Rn. 52 Buchst. c LL), so dass ein solches Verbot praktisch nicht freistellungsfähig ist (*Pischel*, GRUR 2010, 974). Demnach ist es lediglich zulässig, den Händler auf bestimmte Mindestumsätze und -absätze in seinem physischen Ladenlokal festzulegen. Ob diese einseitige Festlegung wettbewerbspolitisch und ökonomisch gerechtfertigt ist oder zu einer regulatorischen Diskriminierung unterschiedlicher Vertriebsformen führt, muss in richterlicher und behördlicher Rechtsfortbildung auf nationaler und europäischer Ebene beantwortet werden. Nach hier vertretener Auffassung hat eine Effizienzeinrede gem. Art. 101 Abs. 3 für ein vertragliches Verbot dieser Art im Rahmen einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise umso mehr Erfolgsaussichten, je schwerwiegender die Gefährdung der vertragsspezifischen Investitionen ist, die die betroffenen Systemmitglieder durch Trittbrettfahrer in Kauf nehmen müssen. Hinzu kommt, dass die LL keine Rechtssatzqualität, sondern nur faktische Bindungswirkung entfalten, die weder den Gerichtshof noch die nationalen Gerichte und Behörden präjudizieren (Rn. 4 LL, s. Rdn. 608 ff.).

Ist ein Lieferant selbst mit Eigenvertrieb – z.B. Filialen und Niederlassungen – auf dem Endkundenmarkt als Wettbewerber zu seinen Händlern tätig (sog. »dualer Vertrieb«) und verlangt in diesem Zusammenhang von seinen Händlern Auskunft über Umsatz- und Absatzzahlen, die jeweils mit *Off*- und *Online* Verkäufen erzielt wurden, birgt ein solches Auskunftsersuchen das Risiko eines **vertikal-horizontalen Informationsaustauschs** wettbewerbsensibler Marktdaten. Müssen die Händler bei dualen Vertrieb z.B. konkrete Kundendaten offenlegen, stellt dies eine verbotene horizontale Wettbewerbsbeschränkung dar (*BKartA*, 13. 12. 2011 »Dornbracht«, B5–100/10). Die Gruppenfreistellung vertikaler Bindungen im Rahmen des dualen Vertriebs zwischen Lieferant und Absatzmittler auf unterschiedlichen Wirtschaftsstufen ändert nichts daran, dass ein horizontaler Informationsaustausch zwischen einem auf dem Endkundenmarkt selbst mit Niederlassungen tätigen Lieferanten und seinen auf dieser Marktstufe konkurrierenden Absatzmittlern verboten ist (a.A. *Dreyer/Lemberg*, BB 2012, S. 2007).

#### 4. Verbot der Preisbindung

Für den Internetvertrieb gelten, mit Ausnahme einiger Besonderheiten, die allgemein gültigen Grundsätze hinsichtlich unzulässiger **Verkaufspreisbindungen**. Eine Verkaufspreisbindung liegt vor, wenn der Lieferant Fest- oder Mindestpreise vorschreibt, damit der Absatzmittler ggü. seinen Kunden mit den Preisen nicht nach unten abweicht (s. Rdn. 415 ff.). Solche Vorgaben können

sich unmittelbar auf die Endpreise oder mittelbar auf Preisbestandteile, wie etwa Verpackungs-, Transport- und Lagerkosten, sowie auf alle preisbildenden Faktoren beziehen (z.B. Kundenrabatte). Bei der Frage der Befolgung von **Preisempfehlungen** sind ebenfalls die allgemeinen Grundsätze zu beachten. Dabei ist insbesondere die Abgrenzung zu einseitigen Maßnahmen – etwa bei der Frage der **Druckausübung** – zu berücksichtigen. Hier zieht die Rspr. des EuGH einer restriktiven Praxis der Kommission enge Grenzen (s. Rdn. 435 ff.; vgl. zum deutschen Recht *BGH*, 6. 12. 2013 »UVP für Rucksäcke«, GRUR-RR 2013, 182; *Lettl*, WRP 2013, 1272 ff.). Besonderheiten beim Internetvertrieb sind im Folgenden dargestellt.

a) **Bestpreis- und Meistbegünstigungsklauseln**

- 817 Für den Internetvertrieb nutzen die Lieferanten häufig selbst die Internetplattform oder Suchmaschine eines Drittbetreibers, um ihre Waren und Dienstleistungen an Endkunden auf der Einzelhandelsstufe zu vertreiben. Absatzmittler und »Abnehmer« im Sinne der Vertikal-GVO ist in diesem Fall die Internetplattform (z.B. HRS Portal zur Vermietung von Hotelzimmern oder Amazon, s. *Lohse*, FIW Bd. 257 [2016], 31 ff.). Allerdings werden Internetplattformen häufig auf Provisionsbasis tätig, weil sie lediglich den Geschäftsabschluss im Namen und für Rechnung des Lieferanten mit dem Endkunden vermitteln. Damit sind solche Internetplattformen zivilrechtlich meist als **Handelsvertreter** tätig (*Emde/Valdini*, BB 2016, 899; *Wegner/Johannsen*, Kölner Ktr, Bd. 3, Vertikal-GVO Art. 2 Rn. 5). Da sie jedoch für eine Vielzahl unterschiedlicher Geschäftsherren tätig sind, sind sie nach der Rspr. des EuGH nicht in das Unternehmen des Lieferanten als Auftraggeber eingegliedert, sondern gelten kartellrechtlich als unabhängige Zwischenperson (sog. »**Vielfachvertretung**«, *EuGH*, 01. 10. 1987 »Flämische Reisebüros«, Slg. 1987, 3801). Daher findet unter solchen Umständen das **Kartellverbot** in Art. 101 Abs. 1 Anwendung auf das Rechtsverhältnis zwischen Lieferant und Plattformbetreiber (s. Rdn. 647 f.; 741).
- 818 Als Bestandteil ihres Geschäftsmodells verpflichten die Betreiber solcher Internetplattformen den Lieferanten, dass er den Endkunden beim Geschäftsabschluss über die Internetplattform ein Angebot zu den jeweils günstigsten Preisen und Konditionen unterbreiten solle (*BKartA*, 10. 10. 2013, »Vertikale Beschränkungen in der Internetökonomie«, S. 26 f.). Solche **Preisparitäts- oder Bestpreisklauseln** finden überwiegend in Verträgen zwischen Internethotelportalen und Hotels Anwendung (*Alfter/Hunold*, WuW 2016, 525). Sie beschränken die Unternehmen zwar im vertikalen Binnenverhältnis. Allerdings entfalten sie die vergleichbare Wirkung einer Meistbegünstigungsklausel zu Lasten des Lieferanten (*Lohse*, FIW Bd. 257 [2016], 31, 58 ff.; *Wegner/Johannsen*, Kölner Ktr, Bd. 3, Vertikal-GVO Art. 4 Rn. 15 ff.; *Alfter/Hunold*, WuW 2016, 525), die als solche nach h.M. **gruppenfreistellungsfähig** sind (Rdn. 411 ff.; *Tamke*, WuW 2015, 604).
- 819 **Meistbegünstigungsklauseln zulasten des Lieferanten** (s. Rdn. 411 ff.) verpflichten den Lieferanten ggü. seinem Absatzmittler, hinsichtlich der vertragsgegenständlichen Waren oder Dienstleistungen anderen Absatzmittlern (d.h. i.d.R. anderen Internetplattformen) keine günstigeren als die im Vertrag vereinbarten Preise zu bieten oder dem Abnehmer die jeweils günstigsten Preise zu bieten, die er mit anderen Abnehmern vereinbart hat oder sonst anbietet. Der EuGH hat zur Zulässigkeit solcher Klauseln nicht Stellung genommen und die LL enthalten hierzu keine Aussage, wengleich die Kommission ihnen keine spürbare Wirkung i.S.d. Art. 101 Abs. 1 beimisst (*Kommission*, 16. 10. 2003 »ARGEV«, ABl. 2004 L 75, 95 ff., Rn. 210; *Meyer*, WRP 2004, 1456, 1463).

Der Lieferant verliert zwar die Möglichkeit, verschiedene Preise für verschiedene Absatzwege zu setzen und damit in anderen Absatzkanälen auf unterschiedlich hohe Vertriebskosten oder unterschiedlich starken Wettbewerbsdruck zu reagieren (*BKartA*, 10. 10. 2013, »Vertikale Beschränkungen in der Internetökonomie«, S. 26). Auf diese Weise beeinträchtigen Meistbegünstigungsklauseln aber allenfalls den »**intra-brand**« Wettbewerb und das Binnenverhältnis der beteiligten Vertragsparteien.

Wie in Fällen der Vielfachvertretung von Handelsvertretern beschränkt sich die Frage einer verbotenen Wettbewerbsbeschränkung durch **Bestpreisklauseln** in Verträgen zwischen Hotelportalen und Hotels daher nach hier vertretener Auffassung ausschließlich auf die **horizontale Kollisionswirkung**, die eine Internetplattform für die daran teilnehmenden, konkurrierenden Lieferanten entfalten kann, weil Preisparitätsklauseln jedenfalls einen Preisbezug gegenüber Wettbewerbern herstellen (*BKartA*, 10. 10. 2013, »Vertikale Beschränkungen in der Internetökonomie«, S. 26). Dabei unterscheiden das *BKartA* (Beschluss v. 23. 12. 2015 B 9-121/13 »booking.com«) und das OLG Düsseldorf (Beschluss v. 4. 5. 2016, VI-Kart 1/16 »booking.com«) zwischen »weiten« und »engen« **Bestpreisklauseln**. Nach der »weiten« Bestpreisklausel ist es Hotels vertraglich untersagt, auf anderen Internetportalen niedrigere Preise anzubieten. »Enge« Bestpreisklauseln verbieten es einem Hotel, niedrigere Preise auf den hoteleigenen Websites (oder Metasuchmaschinen) als auf den Buchungsportalen anzubieten (*Alfter/Hunold*, WuW 2016, 525 m.w.Nachw.).

### b) Doppelpreis- und Rabattsysteme

Wird ein Absatzmittler vertraglich verpflichtet, für Waren, die er über das Internet vertreibt, einen höheren Einkaufspreis an den Lieferanten zu entrichten, als für Waren, die er über sein physisches Ladenlokal vertreibt, stellt dies eine verbotene Preisbindung der zweiten Hand dar. Es handelt sich um eine Form des sog. Doppelpreissystems für Waren zum *On-* und *Offline-*Verkauf (Rn. 64 S. 1, 52 d HS. 1 LL, »*dual pricing*«). Die Spaltung von Preisbestandteilen danach, welchen Umsatz der Absatzmittler im stationären Geschäft oder im *Online-*Geschäft über das Internet erzielt oder welche Leistungen – etwa Beratung – er erbringt, kann dazu eingesetzt werden, den Internetvertrieb des Absatzmittlers einzudämmen (*Mäger/von Schreitter*, NZKart 2015, 64). Unzulässige Preisvorgaben können sich unmittelbar auf die Endpreise oder mittelbar auf Preisbestandteile, wie etwa Verpackungs-, Transport- und Lagerkosten, sowie auf alle preisbildenden Faktoren beziehen.

In der Praxis des Internetvertriebs wird eine solche Preisspaltung nach *On-* und *Offline-*Verkäufen meist mit Hilfe **umsatzabhängiger Rabatte** durchgesetzt, die der Lieferant dem Absatzmittler ausschließlich oder mit bevorzugten Konditionen für *Offline-*Verkäufe im stationären Ladenlokal einräumt. Vorgaben, die in Form von Rabatten, Rabattsystemen oder sonstigen Maßnahmen zur Spaltung von Preisbestandteilen vereinbart werden, sind besonders geeignet, ein Doppelpreissystem zu verschleiern (*Mäger/von Schreitter*, NZKart 2015, 64 f.). Praktische Bedeutung haben sog. »**Funktionsrabatte**«, mit denen nur stationäre Händler für die Übernahme bestimmter verkaufsfördernder Maßnahmen wie Beratung, Warenpräsentation oder Werkstattangebote gegenüber *Online* Händlern kostenorientiert vergütet werden. Eine vergleichbare Praxis besteht in sog. »**Leistungsrabatten**«, wodurch Händler mit stationärem Ladenlokal höhere Rabatte als *Online-*Händler erzielen sollen (z.B. *BKartA* Fallberichte, 5. 12. 2013 »Gardena«, B 5-144/13; 23. 12. 2013 »BSH Bosch Siemens Hausgeräte«, B 7-11/13; 13. 12. 2011 »Dornbracht« B 5-100/10; vgl. *Rinne/Kolb*, NZKart 2015, 377 m.w.Nachw.; *Eufinger*, MMR 2015, 151; kritisch: *Gayk*, Wettbewerbsprobleme im Internet [2015], S. 62 f.).

Eine vergleichbare Preisspaltung kann auch mit der Vorgabe von **Margen** erzielt werden, die der Absatzmittler seinen Kunden auf ein vorgegebenes Preisniveau gewähren darf. Dazu können auch Händlermargen und -rabatte zählen, die mit Hilfe von Skonti oder Boni oder sonstiger finanzieller Instrumente als Druckmittel oder als Anreiz eingesetzt oder vereinbart werden (z.B. Abzüge bei Nichteinhaltung, Aufschläge bei Einhaltung der Preisdisziplin, etwa durch rückwirkende ausgleichende Boni in Form von *kickback* Zahlungen, z.B. *BKartA*, 18. 6. 2010 »Garmin«, B5-100/09; *Kommission*, 22. 12. 1972 »CIMBEL« 1972 ABl. L 303/24; *EuGH*, 29. 10. 1980 »Fedetab«, Slg. 1980, 3125). Sonstige Formen der Nachlassgewährung oder Aufwendererstattung (etwa für Werbung), wenn der Absatzmittler ein bestimmtes Preisniveau einhält, können auch im Rahmen des Internetvertriebs eingesetzt werden, um ein Doppelpreissystem durchzusetzen.

Zur Verkaufspreisfestsetzung kann auch schon die vorbehaltlose Anwesenheit des Lieferanten bei **Händlerverbandstagen** führen. Das ist der Fall, wenn die Händler sich unzulässiger Weise

über eine Preis- oder Rabattstrategie (z.B. Aktion gegen »Preis- oder Rabattschleuderei oder **Veramschung von Markenware im Internet**«) abstimmen und der Lieferant selbst über Eigenvertrieb – z.B. mit Filialen und Niederlassungen auf dem Endkundenmarkt – in dualem Vertrieb als Wettbewerber zu seinen Händlern tätig ist. Nimmt der Lieferant an Sitzungen von Händlerverbänden teil, die offensichtlich wettbewerbswidrige Zwecke verfolgen, und gelingt ihm kein Distanzierungsbeweis, kann allein seine Teilnahme ein verbotenes vertikal-horizontales Preiskartell darstellen (*EuG*, 15. 09. 2005 »Mercedes-Benz« – Rs. T-325/01, Rn. 202 ff. m.w.N., Rdn. 417).

c) Zulässige Preismaßnahmen

- 824 In drei eng definierten Ausnahmen darf der Hersteller oder Lieferant jedoch vom Händler für Waren, die zum *Online*-Verkauf vorgesehen sind, einen höheren Einkaufspreis verlangen, als für Waren zum *Offline*-Verkauf.

Das ist erstens der Fall, wenn die **Online-Verkäufe mit erheblich höheren Kosten** für den Lieferanten verbunden sind als für *Offline* verkaufte Produkte über ein stationäres Ladengeschäft. Dem Lieferant muss sich auf diese Weise allerdings einen echten Mehraufwand abgelten lassen (*Schulze/Pautke/Wagener*, Rn. 762). *Online*-Verkäufe können dem Lieferanten erheblich höheren Kosten verursachen, wenn die Warenlieferung üblicherweise auch damit verbunden ist, dass der Absatzmittler dem Endkunden werks- oder dienstvertragsähnliche Leistungen anbieten und erbringen muss, etwa **Installation, Montage, Wartung, Instandsetzung oder Verkaufsberatung**. Übernimmt der Absatzmittler diese Leistungen – meist im Zusammenhang mit Verkäufen aus dem physischen Ladenlokal –, reduziert sich für den Lieferanten oder Hersteller erfahrungsgemäß das Risiko direkter Kundenbeschwerden und Haftungsansprüche. Aufgrund der unterschiedlichen Bedeutung der Vertriebskanäle *offline* über Ladenlokale (brick-stores) oder *online* über das Internet wird das grds. Verbot eines Doppelpreissystems für nicht sachgerecht erachtet (*Seeliger/Klaus*, GWR 2010, 233)

Denn der Internetvertrieb von Waren zeichnet sich dadurch aus, dass sich die Kundenbeziehung des Internethändlers meist auf den reinen *Online*-Verkauf beschränkt. Gibt der Wareneinkauf über das Internet Anlass zu Kundenbeschwerden, Haftungsansprüchen oder Fragen der vertraglichen Erfüllung und Gewährleistung, wendet sich der Kunde in der überwiegenden Zahl der Fälle nicht an den Internethändler, sondern direkt an den Hersteller. Unter diesen Umständen können auf den Lieferanten oder Hersteller erhebliche Mehrkosten zukommen, die er in seiner **Preiskalkulation** an den Internetvertrieb seiner Absatzmittler **umlegen** kann (Rn. 64 S. 2 ff. LL). Die praktische Bedeutung dieser zulässigen Ausnahme einer Doppelpreisbindung wird indes im Einzelfall davon abhängen, inwieweit der Hersteller solche höheren Kosten prognostizieren und nachweisen kann.

- 825 Eine zweite Ausnahme vom Doppelpreisbindungsverbot sind **umsatzunabhängige Festzuschüsse**, die der Lieferant seinen Händlern für Verkäufe aus dem physischen Ladenlokal gewährt (Rn. 52 Buchst. d) LL), weil davon auszugehen ist, dass sie den Händlern die Hoheit über die Wahl ihrer Vertriebskanäle belassen (*BKartA*, 10. 10. 2013, »Vertikale Beschränkungen in der Internetökonomie«, S. 21). Diese Ausnahme dürfte allerdings nur beschränkte praktische Bedeutung erlangen (kritisch *Rinne/Kolb*, NZKart 2015, 381; *Gayk*, Wettbewerbsprobleme im Internet [2015], S. 59 f.). Zum einen hat ein umsatzunabhängiger Festzuschuss einen starken regulatorischen Eingriff mit hohem Administrativaufwand zur Folge: er muss anhand objektiver Faktoren wirtschaftlich vernünftig und diskriminierungsfrei bestimmt werden. Faktoren dafür können z.B. sein: Lohnkosten für Mitarbeiter im Ladenlokal, Verkäuferschulungen, ortsübliche Öffnungszeiten für den Publikumsverkehr (z.B. zulässige Höchstarbeitszeiten, Gewerbeaufsicht), Laden- und Sortimentsfläche, Lagerhaltung, Standortlage sowie Miet- und Betriebskosten (z.B. Innenstadt- oder Randlage). Insbesondere bei grenzüberschreitenden Vertriebsnetzen in unterschiedlichen Ländern wird die Bestimmung eines Festzuschusses nur mit hohem Aufwand zu leisten sein. Oder der Festzuschuss erfolgt anhand konkreter Verkaufsfälle, was ebenfalls zu hohem Administrativaufwand für die Beteiligten führt. Vor dem Hintergrund dieser praktischen Schwierigkeiten er-

schließt sich die wettbewerbspolitische Steuerungsfunktion von Festzuschüssen nicht, zumal – die kommt erschwerend hinzu – alle Mitglieder eines Vertriebssystems gleichermaßen in diesen Genuss kommen. Damit lindern Festzuschüsse jedenfalls nicht das praktisch bedeutsame Trittbrettfahrer – Problem des Internetvertriebs, etwa durch sog. Hybrid-Händler (s. Rdn. 760 f.).

Eine dritte Ausnahme gilt für die **Einführung neuer Produkte**. Unter diesen Umständen kann ein Doppelpreisystem mit Fest- und Mindestpreisbindung für *Online* oder *Offline* – Verkäufe ausnahmsweise zulässig sein (Rn. 225 LL). Diese Ausnahme ist mit der Aufhebung des Verbots von Aktiv- und Passivverkäufen **beim Markteintritt** vergleichbar und ist auf begrenzte Zeit, d.h. während der Produkteinführungsphase, zulässig (s. Rdn. 460 f.). Der Verkauf einer verbesserten oder überarbeiteten Version schon bestehender Produkte dürfte indessen nicht in den Genuss dieser Ausnahme kommen (*Dreyer/Lemberg*, BB 2012, S. 2007). 826

Ausnahmsweise zulässige Doppelpreisbindungen zwecks Produktneueinführung, Gewährung von Festzuschüssen sowie zwecks kalkulatorischer Berücksichtigung unterschiedlicher Kosten von *Online*-Verkäufen für den Lieferanten sind **gruppenfreigestellt**, soweit die beteiligten Unternehmen unterhalb der maßgeblichen 30 % Schwellen liegen. Dabei sind die Grenzen zur unzulässigen Kernbeschränkung des Passivverkaufs sorgfältig zu berücksichtigen. In diesem Zusammenhang berücksichtigt die Kommission, inwieweit die Preisspaltung den Absatzmittler beschränkt, über das Internet mehr und andere Kunden zu erreichen, Rn. 64 S. 5 LL.

#### d) Sonderfall Trittbrettfahrer

Darüber hinaus kann eine **Fest- und Mindestpreisbindung ausnahmsweise zulässig** sein, um ein Trittbrettfahrerproblem (*free riding*) wirksam zu unterbinden (Rn. 225 S. 5 ff. i.V.m. 107 Buchst. a LL; *Rinne/Kolb*, NZKart 2015, 380). Diese Ausnahme gilt im Zusammenhang mit verkaufsfördernden Maßnahmen sowie für den Vertrieb von Produkten, die eine **intensive Kunden- und Verkaufsberatung** erfordern, hochwertig, relativ neu oder technisch kompliziert sind und ein hohes Markenprestige genießen (sog. Erfahrungsgüter oder komplizierte Produkte, Rn. 225 S. 5 LL). Um eine Preisbindung zur Verhinderung von Trittbrettfahreffekten bei beratungsintensiven Produkten zu rechtfertigen, muss der Lieferant nachweisen, dass das Angebot einer Beratung vor dem Verkauf den Kunden insgesamt zu Gute kommt und die Preisbindung nicht nur ein Mittel, sondern auch einen Anreiz darstellt, dass Einzelhändler vom Trittbrettfahren absehen und selbst Kundenberatung anbieten (Rn. 225 S. 8 LL). Zudem muss der Lieferant nachweisen, dass die Preisbindung zur Erreichung dieses Ziels gem. Art. 101 Abs. 3 »unerlässlich« ist (Rn. 125 LL). 827

Beim Internetvertrieb ist das Trittbrettfahrerproblem besonders stark ausgeprägt (s. Rdn. 760 ff.). 828 Aber die ausnahmsweise zulässige Fest- und Mindestpreisbindung zur Verhinderung von Trittbrettfahreffekten kommt hier nicht zum Tragen: soll ein Nachweis geführt werden, die Preisbindung sei »unerlässlich«, kann dem entgegengehalten werden, dass der Vertrieb über stationäre Ladenlokale, zu dem ein Händler stets verpflichtet werden kann, gegenüber der Preisbindung die »deutlich weniger restriktive Alternative« darstellt (Rn. 125 S. 4 LL), weil der Vertrieb über Ladenlokale stets mit dem Erfordernis verbunden werden kann, geschultes Personal einzustellen und Beratungsleistungen zu erbringen (*Simon*, EWS 2010, 501). Es liegt auf der Hand, dass Trittbrettfahreffekte dadurch nicht wirksam reduziert werden, da insbes. das Problem sog. Hybridhändler (s. Rdn. 761) nicht behoben ist, die »geschultes Personal« abseits teurer Großzentren lediglich pro forma einstellen können. Was die Möglichkeiten im Rahmen des Internetvertriebs betrifft, Trittbrettfahrerprobleme bei beratungsintensiven Produkten mit Hilfe von Preismaßnahmen zu verhindern, enthalten die LL insoweit einen Zirkelschluss.

Dass es praktisch unmöglich erscheint, das Unerlässlichkeitskriterium zu überwinden, wird auch am Beispiel der Unzulässigkeit eines Doppelpreisystems deutlich (Rn. 64 S. 1, 52 d HS. 1 LL, »*dual pricing*«). Um Unterschiede bei der Preiskalkulation zu kompensieren, erlaubt die Kommission ausschließlich Festzuschüsse, die der Lieferant seinen Händlern mit stationärem Ladenlokal zahlen kann. Andere Formen des Doppelpreisystems sind – mit wenigen Ausnahmen (s.

Rdn. 805 ff.) – verboten. Wenn aber schon ein Doppelpreissystem unzulässig ist, dann ist es erst recht nicht nachvollziehbar, unter welchen Umständen ein Nachweis geführt werden kann, dass eine Fest- und Mindestpreisbindung demgegenüber die »deutlich weniger restriktive Alternative« und deshalb unerlässlich sei, um dem Trittbrettfahrerproblem beim Internetvertrieb zu begegnen.

- 829 Die vermeintliche Ausnahme in Rn. 225 S. 4 LL läuft damit **praktisch ins Leere**. Ob dies sachgerecht ist, kann bezweifelt werden. Es wird zu sehen sein, ob die unzulängliche Berücksichtigung des praktisch bedeutsamen Trittbrettfahrerproblems beim Internetvertrieb langfristig eher wettbewerbsschädigende als wettbewerbsfördernde Effekte für den mittelständisch geprägten Einzelhandel und für den Endkunden nach sich zieht.

#### IV. Plattformverbote

##### 1. Überblick

- 830 Beim Internetvertrieb wirft die Zulässigkeit vertraglicher Plattformverbote schwierige Abgrenzungsfragen auf. Für den Fachhandel mit selektivem Vertrieb haben diese Fragen besondere praktische Bedeutung, zumal nationale Gerichte und Behörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Union dabei zu ganz unterschiedlichen Bewertungen gelangen. In einem Vorabentscheidungsersuchen des OLG Frankfurt a.M. i.S. »Coty Germany« wird der EuGH demnächst darüber entscheiden, ob ein Anbieter von Luxuskosmetika seinen Selektivvertriebshändlern verbieten darf, die Vertragswaren über eine Internetplattform zu verkaufen, die ein Dritter betreibt. In seinem Schlussantrag vertritt der Generalanwalt des EuGH die Auffassung, dass ein solches Verbot zulässig sei. Für selektive Vertriebssysteme wird also das bevorstehende Urteil i.S. »Coty Germany« zeigen, ob der EuGH der Auffassung des Generalanwalts folgt, dass solche Verbote vereinbart werden dürfen.

Die EU-Kommission hat jüngst eine **Sektoruntersuchung** zum elektronischen Handel durchgeführt, bei der sie zu der Auffassung gelangt ist, dass eine vorzeitige Überarbeitung des Rechtsrahmens für vertikale Vereinbarungen gegenwärtig nicht angezeigt ist (Abschlussbericht der EU-Kommission über die Sektoruntersuchung zum elektronischen Handel, COM 2017, 229 final, 10. 5. 2017, Rz. 74). Darin hat sie erklärt, dass sie solche Plattformverbote für zulässig erachtet.

- 831 Nach hier vertretener Auffassung lassen sich Inhalt und Umfang der Kriterien für zulässige vertragliche Plattformverbote beim Internetvertrieb anhand der bestehenden allgemeinen Grundsätze des europäischen Vertriebskartellrechts schlüssig bestimmen. Dabei kann ein bestimmter methodischer Ansatz verfolgt werden: Für die Beurteilung der Zulässigkeit solcher Verbote liefert die **Transaktionsfunktion der Plattform** am Markt ein wichtiges Abgrenzungsmerkmal. Denn damit lassen sich die entscheidenden Kriterien bestimmen, die beim Allein- und beim Selektivvertrieb für Plattformverbote jeweils unterschiedlich ausfallen. Aus diesem methodischen Ansatz ergeben sich die nachfolgenden Schlussfolgerungen, die nachstehend eingehender dargestellt werden:

- 832 Beim Selektiv- und beim Alleinvertrieb gilt gleichermaßen, dass die Händlerwebsite als »**virtuelles Schaufenster**« im Internet stets für Passivverkäufe an Internet-Komm-Kunden zugänglich sein muss. Die Beschränkung von Passivverkäufen, auch in Form des Verbots der Nutzung einer Drittplattform, verstößt gegen das Kartellverbot, namentlich gegen Art. 4 b und c) der Vertikal-GVO.

Im Übrigen ist beim **Selektivvertrieb** das Verbot zu Lasten des Händlers, Transaktionsplattformen Dritter zu nutzen, als **Qualitätsvorgabe** schon gar nicht vom Kartellverbot erfasst. Im virtuellen Raum ist es zudem Ausdruck des zulässigen Verbots der Belieferung von Systemaußenseitern.

Sollte ein Plattformverbot im Einzelfall »**überschießende**« **wettbewerbsbeschränkende Wirkung** entfalten, verstößt es nicht gegen eine Kernbeschränkung, sondern ist nach der Vertikal-GVO gruppenfreigestellt oder einzelfreistellungsfähig. Allerdings darf der Lieferant seinen Händlern nicht verbieten, Aktivverkäufe auf der Endkundenstufe mit Hilfe solcher Drittplattformen zu tätigen, soweit sie für den Endkunden nicht nach außen erkennbar am Markt tätig werden. Ein Plattformverbot dieses Inhalts verstieße gegen Art. 4 c).

Beim **Alleinvertrieb** darf der Lieferant seinen Händlern zwar ebenfalls in gewissem Umfang Qualitätsvorgaben machen, damit die Händler ihre Website als »virtuelles Schaufenster« im Internet nutzen können. Aber im Gegensatz zum Selektivvertrieb verstößt ein Plattformverbot gegen Art. 4 b), soweit es in der Gestalt einer Qualitätsvorgabe die Belieferung gewerblicher Wiederverkäufer unterbindet. Der Lieferant darf seinen Alleinvertriebshändlern indessen untersagen, ihre Website für eigene Aktivverkäufe in fremde Vertragsgebiete oder an besondere Kundengruppen zu verwenden, auch wenn sie sich beim Betrieb ihrer Händlerwebsite einer Drittplattform bedienen.

## 2. »Coty Germany«

In dem Vorabentscheidungsersuchen des *OLG Frankfurt a.M.* an den *EuGH* i.S. »Coty Germany« (Schlussanträge des Generalanwalts Nils Wahl, *EuGH* Rs. C-230/16 v. 26. 7. 2017 – Coty Germany GmbH v. Parfümerie Akzente GmbH) vertritt der **Generalanwalt** die Auffassung, dass der Hersteller von Luxus- und Prestigewaren den Absatzmittlern seines selektiven Vertriebssystems vertraglich verbieten darf, Online-Plattformen Dritter für den Vertrieb der Vertragswaren zu nutzen. Das ist der Fall, wenn die Plattform die für den Selektivvertrieb erforderlichen Qualitätsanforderungen des Herstellers nicht erfüllt, die das Luxus- und Prestigeimage dieser Waren sicherstellen sollen. Er kommt darüber hinaus zu dem Ergebnis, dass ein solches Verbot keine Beschränkung der Kundengruppe gem. Art. 4 b) Vertikal-GVO (Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen, VO EU Nr. 330/2010, ABl. 2010 L 336/21 ff. v. 23. 4. 2010, »Vertikal-GVO«. Art. ohne Angabe sind solche der Vertikal-GVO) darstellt und den Händlern keine Beschränkung von Passivverkäufen an Endkunden gem. Art. 4 c) auferlegt.

Während sich die Rechtssache »Coty Germany« mit Plattformverboten beim Selektivvertrieb sowie mit namhaften Internet- und Online-Marktplätzen wie Amazon oder eBay als betroffene Drittplattformen befasst, geht die Frage nach der Zulässigkeit von Plattformverboten weit über diesen Fall hinaus. Denn »Coty Germany« behandelt weder die Zulässigkeit solcher Verbote für andere Geschäftsmodelle von Internetplattformen, noch für **andere Vertriebsformen** wie die des Alleinvertriebs. Die unterschiedlichen Erscheinungsformen des Selektivvertriebs, wie z.B. die qualifizierte Fachhandelsbindung oder den quantitativen Selektivvertrieb, berührt er nur am Rande. Hinzu kommt, dass die Gerichte und Behörden in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union die Zulässigkeit von Plattformverboten ganz unterschiedlich beurteilen, so dass das europäische Kartellrecht in dieser Frage keine konsistente Anwendung findet. **Gerichte für Zulässigkeit:** *OLG Karlsruhe*, UrT. v. 25. 11. 2009, Az. 6 U 47/08 Kart »Schulranzen«; *OLG München*, UrT. v. 2. 7. 2009, Az. U (K) 4842/08 »Sportartikel«; *OLG Frankfurt*, UrT. v. 22. 12. 2015, Az. 11 U 84/14 (Kart) »Funktionsrucksäcke«; **dagegen:** *KG Berlin*, UrT. v. 19. 9. 2013, Az. 2 U 8/09 Kart Schulrucksäcke«; *OLG Schleswig-Holstein*, UrT. v. 5. 6. 2014, Az. 16 U Kart 154/13 »Digitalkameras«; *OLG Düsseldorf*, UrT. v. 13. 11. 2013, Az. VI U (Kart) 11/13 »Sanitärprodukte«; Frankreich: *Court d'appel de Paris*, UrT. v. 2. 2. 2016, Az. RG n° 2014060579 »Caudalie«. **Behörden gegen Zulässigkeit:** *BKartA*, Fallberichte v. 26. 8. 2015, B2 – 98/11 »Asics«; 27. 6. 2014, B3 – 137/12 »Adidas«; 24. 10. 2013, B7 – 1/13-35 »Sennheiser«; *UK Competition and Markets Authority (CMA)*, Press release v. 9. 6. 2016 »Ping«; Frankreich: *L'Autorité de la concurrence*, Communiqués, 18. 11. 2015 »Adidas«.

Deshalb verfolgt der vorliegende Aufsatz auf Grundlage der rechtlichen Erwägungen des Generalanwalts i.S. »Coty Germany« einen erweiterten **methodischen Ansatz**, der es erlaubt, anhand der **Transaktionsfunktion** einer Internetplattform zu bestimmen, welche Zulässigkeitsanforderungen für Plattformverbote gelten. Diese fallen beim Selektiv- und Alleinvertrieb jeweils unterschiedlich aus.

## 3. Geschäftsmodell Internetplattform

Internetplattformen stellen einen zunehmend bedeutsamen **Absatzkanal** für den Vertrieb von Waren und Dienstleistungen im Internet dar. In einer Sektoruntersuchung der EU-Kommission ga-



ben rund 30 % aller Händler an, ihre Waren zusätzlich zu ihrer eigenen Händlerwebsite auch über Online-Marktplätze wie Amazon oder eBay zu verkaufen (Abschlussbericht der EU-Kommission über die Sektoruntersuchung zum elektronischen Handel, COM 2017, 229 final, 10. 5. 2017, Rz. 38 ff. und Commission Staff Working Document SWD 2017, 154 final, 10. 5. 2017, Rz. 447). Plattformen und Online-Marktplätze ermöglichen es Händlern, ihre Angebotsreichweite zu erweitern, das Vertragsgebiet zu vergrößern und die Auffindbarkeit ihres Online-Angebots zu verbessern. Davon profitieren auch die Endkunden. Denn Internetplattformen verbessern die Preis- und Angebotstransparenz und erhöhen den Druck zur Preissenkung im *intra*-brand Wettbewerb innerhalb desselben Vertriebssystems oder im *inter*-brand Wettbewerb zwischen konkurrierenden Marken unterschiedlicher Hersteller (*BKartA*, Fallbericht 26. 8. 2015, B2 – 98/11 »Asics«, Rn. 15 ff.).

Bei einer Internetplattform handelt es sich häufig um ein Unternehmen, das nicht zum Vertriebssystem eines Herstellers oder eines Lieferanten und dessen Händlern gehört, sondern als unabhängiger Akteur **nach außen erkennbar** am Markt eigenständig auftritt. Drittplattformanbieter sind daher häufig selbst als Intermediäre oder Vertriebsmittler tätig, sei es als Handelsvertreter oder Wiederverkäufer. Ihre Erscheinungsformen sind Online-Marktplätze und Buchungsplattformen, aber auch Such- oder Preisvergleichsmaschinen.

- 837 Hiervon zu unterscheiden sind Plattformen, die ein Händler nutzt, um seine eigene Händlerwebsite oder sein eigenes Portal – häufig mit Hilfe eines dritten Dienstleisters – zu betreiben. Für diese Form des Internetvertriebs des Händlers tritt der Betreiber der Drittplattform nicht nach außen erkennbar am Markt auf. Der Endkunde erkennt lediglich das »virtuelle Schaufenster« (*Nolte*, in: *Langen/Bunte*, seit 10. Aufl. 2005) des Händlerbetriebs im Internet. Von einer eigenen Händlerwebsite machen rund 90 % der Händler in der EU Gebrauch (Sektoruntersuchung Abschlussbericht COM 2017, 229 final, 10. 5. 2017, Rz. 39; Commission Staff Working Document 2017, 154 final, 10. 5. 2017, Rz. 447).

#### 4. Transaktionsfunktion als Abgrenzungsmerkmal

- 838 Für die Beurteilung, ob ein vertragliches Plattformverbot zwischen Lieferant und Händler zulässig ist, sollte zunächst die Vorfrage geklärt werden, welches konkrete Geschäftsmodell die Internetplattform verfolgt. Das Geschäftsmodell und die Rolle der Plattform in der Vertriebskette liefern das entscheidende **Abgrenzungsmerkmal**, um die Zulässigkeitsvoraussetzungen von Plattformverböten beurteilen zu können.

In der Rechtssache »*Coty Germany*« (Schlussanträge GA EuGH Rs. C-230/16 v. 26. 7. 2017 – »*Coty Germany*«, Rz. 94 ff.) spricht der Generalanwalt des *EuGH* in seinen Schlussanträgen diesen Aspekt an, indem er hinsichtlich der betroffenen Plattformen auf »nach außen erkennbare« Drittunternehmen abstellt. Nach hier vertretener Auffassung greift dieses Merkmal die eigentlich dahinter stehende und weitergehende Frage auf, ob und inwieweit die Internetplattform eine eigenständige und »nach außen erkennbare« **Transaktionsfunktion** am Markt übernimmt. Die Literatur ist – soweit ersichtlich – dieser Frage bislang nicht nachgegangen.

##### a) Eigenständiger Marktauftritt als Wiederverkäufer

- 839 Nehmen Internetplattformen eine Transaktionsfunktion als Intermediär oder als Vertriebsmittler für den Händler wahr, der sich ihrer bedient, um seine Waren oder Dienstleistungen zu vertreiben, und haben sie einen nach außen erkennbaren, eigenständigen Marktauftritt im Internet, sind diese Plattformen wie ein **Wiederverkäufer** zu behandeln. Das ist der Fall, wenn sie unmittelbar eine zivilrechtliche Wiederverkäuferfunktion für den Händler erfüllen (z.B. Online-Marktplätze) und als Eigenhändler im eigenen Namen und auf eigene Rechnung Waren verkaufen oder Dienstleistungen anbieten.

Vermitteln Plattformen indessen als **Handelsvertreter** gegen Provision den Verkauf von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen des Händlers, ist der Händler zivilrechtlicher Vertrags-

partner des Endkunden. Allerdings übernimmt die Plattform in solchen Fällen üblicherweise die Vertretung für eine Vielzahl unterschiedlicher Händler. Nach den Grundsätzen der std. Rspr. des *EuGH* zur sog. »Vielfachvertretung« von Handelsvertretern gelten solche Plattformen oder Portale dann aber nicht als in den Betrieb des Händlers eingegliedert. Damit erfüllen sie im kartellrechtlichen Sinne nicht die Voraussetzungen eines »echten« Handelsvertreters, sondern sind als »unechte« Handelsvertreter wie ein Wiederverkäufer zu behandeln (*EuGH*, Urt. v. 01. 10. 1987 »Flämische Reisebüros«, Slg. 1987, 3801).

#### b) »Virtuelles Händlerschaufenster«

Es gibt auch Internetplattformen, die keine eigenständige Transaktionsfunktion am Markt erfüllen. Das ist der Fall, wenn sich die Funktion einer Drittplattform darauf beschränkt, eine Händlerwebsite als dessen »virtuelles Schaufenster« im Internet zu betreiben. Dann dient die Drittplattform dem Händler lediglich dazu, dass sich ein Kunde im Internet aus eigener Initiative an den Händlerbetrieb wenden kann, um einen Vertragsabschluss anzubahnen und zu diesem Zweck von sich aus die Website oder das Internetportal des Händlers aufsucht (sog. »Internet-Komm-Kunde«). 840

Eine solche Drittplattform ist für den Endkunden nach außen am Markt meist nicht ohne weiteres erkennbar, weil er sie beim Aufrufen der Händler-Website üblicherweise nicht wahrnimmt. Das ist z.B. der Fall, wenn die Website oder das Portal des Händlers die Qualitätsanforderungen oder die »*Look&Feel*« Anforderungen des Lieferanten erfüllt. Sie dienen dem Erscheinungsbild und der Bedienungsfreundlichkeit einer Internet-Website (*IMI/Ellger*, 5. Aufl. 2012, Bd. 1 Teil 1. EU/Teil 1 Kommentar zum Europäischen Kartellrecht; *IMI/Ellger*, Art. 4 Rn. 55; *Wiring*, Kartellrecht und eCommerce: Neue Leitlinien der Kommission konkretisieren kartellrechtliche Vorgaben für den Onlinehandel, MMR 2010, 659, 661; *Schultzel/Pautke/Wagener*, Die Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen, Praxiskommentar, 3. Aufl. 2011, Rn. 773). Vorgaben dieser Art dienen dazu, die Identität und den Namen der Betriebsorganisation des Lieferanten oder des Herstellers zu schützen sowie deren einheitliches Erscheinungsbild zu wahren. Sie halten den Händler dazu an, die Wiedererkennbarkeit von Produkt, Marke und Ambiente des Vertriebssystems auch beim Vertrieb über das Internet sicherzustellen (*Lettl*, Die neue Vertikal-GVO, WRP 2010, 807, 808; *Malec/von Bodungen*, Die neue Vertikal-GVO und ihre Auswirkungen auf die Gestaltung von Liefer- und Vertriebsverträgen, BB 2010, 2338, 2388).

#### c) Sonderfall Suchmaschinen

Einen Sonderfall des »virtuellen Schaufensters« eines Händlers im Internet stellen Preissuch- und Vergleichsmaschinen dar. Händler können die Dienstleistung reiner Preissuch- und Vergleichsmaschinen nutzen, um ihre Werbung an relevanten Stellen im Internet optimal, zielgruppenorientiert und im passenden Umfeld zu platzieren, z.B. auch durch Bereitstellung von Schnittstellen, um Händlerwebsite mit Preisvergleichsmaschine zu verknüpfen oder verknüpfen zu lassen (vgl. *BKartA*, Fallbericht 26. 8. 2015, B2 – 98/11 »Asics«, Rn. 31 ff.). Das setzt allerdings voraus, dass die Plattform **nicht** eigenständig die weitergehende **Transaktionsfunktion** eines Wiederverkäufers am Markt übernimmt, etwa um den Kaufvorgang abzuwickeln. 841

#### 5. Unzulässiges Verbot von Passivverkäufen

Als kartellrechtliche Grundkonstante des Internetvertriebs gilt, dass der *EuGH* (Entscheidung v. 13. 10. 2011 »Pierre Fabre« Rs. C-439/09) und die EU-Kommission (Rn. 52 S. 3 der Leitlinien für vertikale Beschränkungen«, ABl. C 130/1 v. 19. 5. 2010, im Folgenden »LL«) es als besondere Form des Passivverkaufs ansehen, wenn ein Händler eine eigene Website oder ein eigenes Portal im Internet unterhält, weil er damit für Kunden im Internet erreichbar ist. Folglich stellt jede Unterbindung von Passivverkäufen eine unzulässige *hard core* Beschränkung in Form einer **Gebiets- oder Kundenkreisbeschränkung** i.S.v. Art. 4 b) und c) dar, die einen bußgeldbewehrten Verstoß gegen das Kartellverbot in Art. 101 Abs. 1 AEUV zum Gegenstand hat. Damit verliert der Ver- 842

trag die Gruppenfreistellung und ist nur unter engen Voraussetzungen einzelfreistellungsfähig. In »Coty Germany« gibt es dieses vertragliche Verbot nicht (s. Schlussanträge GA *EuGH* Rs. C-230/16 v. 26. 7. 2017 – »Coty Germany«, Rz. 155 ff.).

Ein Passivverkauf des Händlers im Internet liegt vor, wenn sich der Kunde an den Händlerbetrieb wendet, um eigeninitiativ einen Vertragsabschluss anzubahnen und zu diesem Zweck von sich aus die Website oder das Portal des Händlers im Internet aufsucht (sog. »Internet-Komm-Kunde«). Soweit ein bestimmter, d.h. individuell bestimmbarer Kunde zu diesem Zweck selbst eine Drittplattform als Einkaufsvermittler beauftragt, die Plattform also für den Endkunden in dessen Namen und für dessen Rechnung auf den Händler zugeht, um den Geschäftsabschluss zwischen Händler und Endkunden zu vermitteln, und der Endkunde die Plattform dafür mit einer Provision vergütet, (a.A. *BKarta* Fallbericht Az. B9-28/15 v. 15. 12. 2015 – »Ford, Opel, PSA«: demnach ist Provisionszahlung durch den Händler unschädlich) kann darin die eigeninitiative Anbahnung eines Internet-Komm-Kundengeschäfts liegen. Fälle dieser Art dürften jedoch selten sein.

- 843 Das kartellrechtliche Verbot, Passivverkäufe zu unterbinden, gilt unabhängig davon, ob der Händler seine eigene Website nutzt oder den Betrieb seiner Website an die Plattform eines Dritten überträgt und auslagert. Beschränkt sich die Funktion und das Geschäftsmodell der Drittplattform also darauf, dem Händler lediglich als »virtuelles Schaufenster« im Internet zu dienen, um interessierten Internet-Komm-Kunden die eigeninitiative Anbahnung eines Passivverkaufs zu ermöglichen, darf der Lieferant seinem Händler die Nutzung einer solchen Plattform vertraglich nicht untersagen. Das »virtuelle Schaufenster« des Absatzmittlers muss stets und uneingeschränkt für Passivverkäufe an Internet-Komm-Kunden zugänglich sein. Dies gilt gleichermaßen für alle vertikalen Vertriebsvereinbarungen, sei es in Form des Allein- oder des Selektivvertriebs.

Dem Lieferanten oder Hersteller ist es hingegen erlaubt, seinen Händlern vertragliche **Qualitätsvorgaben** für den Betrieb ihres »virtuellen Schaufensters« im Internet zu machen (*IM/Ellger*, Art. 4 Rn. 55; *Wiring*, MMR 2010, 659, 661; *Schultze/Pautke/Wagener*, Rn. 773).

## 6. Rechtliche Besonderheiten beim Selektivvertrieb

### a) Zulässige Qualitätsanforderungen

- 844 Unter Bezugnahme auf die st. Rspr. des *EuGH* und als Prämisse für die Beurteilung des Selektivvertriebs misst der Generalanwalt i.S. »Coty Germany« dieser Vertriebsform eine gleichberechtigte wettbewerbliche Bedeutung zu wie dem Preiswettbewerb (Schlussanträge GA *EuGH* Rs. C-230/16 v. 26. 7. 2017 – »Coty Germany«, Rz. 32 ff.). Wettbewerb müsse nicht nur möglichst niedrige Preise bewirken, sondern auch treibende Kraft für ein diverses Produktangebot, für die Qualitätsoptimierung sowie für die Stimulierung von Innovation sein. Diesen legitimen Bedürfnissen diene auch die Wahrung einer »**Aura von Luxus**« sowie die Pflege des Prestigeimages, des Markenschutzes und der Sicherstellung der Produktqualität, die ein Hersteller oder Lieferant als Spitze eines selektiven Vertriebssystems verfolge.

- 845 Bei der Beurteilung, ob ein Plattformverbot eine zulässige Qualitätsanforderung an ein solches Vertriebssystem darstellt, rekurriert der Generalanwalt des *EuGH* in seinen Schlussanträgen (Schlussanträge GA *EuGH* Rs. C-230/16 v. 26. 7. 2017 – »Coty Germany«, Rz. 65 ff.) auf die Kriterien, die der *EuGH* in st. Rspr. seit dem Urteil i.S. »Metro/SABA« für den rein qualitativen Selektivvertrieb entwickelt hat (*EuGH*, 25. 10. 1977 »Metro/SABA«, Slg. 1977, 1875; 13. 10. 2011 »Pierre Fabre« Rs. C-439/09; *Kommission*, 24. 07. 1992 »Parfums Givenchy«, ABL. 1992 L 236/11; 16. 12. 1991 »Yves Saint Laurent«, ABL. 1992 L 12/24) und denen die EU-Kommission in ihren Leitlinien für vertikale Beschränkungen folgt (sog. einfache Fachhandelsbindung) (Rn. 175 S. 5 ff., ABL. C 130/1 v. 19. 5. 2010, im Folgenden »LL«).

Demnach fallen qualitative Anforderungen erst gar nicht unter das Kartellverbot in Art. 101 Abs. 1 AEUV, wenn sie **drei Voraussetzungen** erfüllen. Folglich vertritt der Generalanwalt die

Auffassung, dass ein Internetplattformverbot als legitime Qualitätsanforderung einzustufen ist, wenn der Lieferant nachweist, dass das Verbot durch die Beschaffenheit der Waren bedingt ist, um das Luxusimage der Waren sicherzustellen, das Verbot einheitlich festgelegt sowie diskriminierungsfrei angewandt wird und nicht über das erforderliche Maß hinausgeht (Schlussanträge GA *EuGH* Rs. C-230/16 v. 26. 7. 2017 – »Coty Germany«, Rz. 65 ff.).

Ein rein qualitatives Selektivvertriebssystem »kippt« jedoch in den Anwendungsbereich des Kartellverbots in Art. 101 Abs. 1 AEUV, wenn die Beschaffenheit der Waren oder Dienstleistungen keinen qualitativen Selektivvertrieb erfordert. Verträge über den Vertrieb von Waren, deren **Natur sich nicht zur Sicherstellung eines Luxusimages eignet**, sind dann aber nach Art. 1 e) gruppenweise vom Kartellverbot freigestellt und damit ebenfalls für den Selektivvertrieb geeignet (Rn. 176 S. 2 LL), wenn sie die Voraussetzungen der Vertikal-GVO erfüllen. Das gilt auch für die qualifizierte Fachhandelsbindung, sachlich gerechtfertigte unterschiedliche Qualitätsanforderungen oder die Festlegung der Zahl zugelassener Händler (quantitative Selektion). Daher können neben Luxusartikeln (z.B. Parfum, Schmuck, Modeartikel) und komplexen Konsumgütern (z.B. Kraftfahrzeuge) auch andere Produkte (z.B. Tafelgeschirr, Presseartikel, Schulranzen) zulässiger Weise im Selektivvertrieb verkauft werden (*OLG Frankfurt*, Urt. v. 22. 12. 2015 »Funktionsrucksäcke« 11 U 84/14 (Kart); *OLG Karlsruhe*, Urt. v. 25. 11. 2009 »Schulranzen« 6 U 47/08 Kart).

Die folgenden Ausführungen gelten deshalb sowohl für den reinen Selektivvertrieb als auch für Selektivvertriebsvereinbarungen, die gruppen- oder einzelfreistellungsbedürftig sind.

#### aa) Transaktionsplattformen und Qualitätsanforderungen

##### aaa) Entscheidungspraxis

Nach bislang wohl überwiegender Meinung darf der Lieferant seinen Selektivvertriebshändlern die Nutzung von Transaktionsplattformen Dritter unter dem Gesichtspunkt untersagen, dass diese seine Qualitätsvorgaben nicht erfüllen. 847

Plattformen von Drittanbietern, die nach außen erkennbar unter eigener Marke am Markt auftreten, sind in der Regel nicht verpflichtet, diejenigen Qualitätsanforderungen zu erfüllen, die Lieferanten ihren autorisierten Händlern auferlegen (Schlussanträge GA *EuGH* Rs. C-230/16 v. 26. 7. 2017 – »Coty Germany«, Rz. 109 ff., 114). Vielmehr haftet ihnen häufig ein »**Flohmarkt-Image**« an, weil die Produkte meist neben Gebrauchtwaren oder Neuwaren minderer Qualität angeboten werden, die nicht denselben Prestigecharakter, Qualitäts- oder Markenanspruch erheben (so *OLG Karlsruhe*, Urt. v. 25. 11. 2009 »Schulranzen« 6 U 47/08 Kart Rn. 77). Nicht selten werden sie mit Betrugsfällen und Umschlagplätzen für Produkt- und Markenfälschungen in Verbindung gebracht.

Im Rahmen einer Selektivvertriebsvereinbarung erfüllen Drittplattformen mit Transaktionsfunktion daher nicht diejenigen Ziele, die ein Lieferant oder Hersteller mit einem selektiven Vertriebssystem verfolgt. Außerdem würde eine Einbindung von Transaktionsplattformen Dritter, die die Qualitätskriterien nicht erfüllen, das besondere **Trittbrettfahrerrisiko** beim Internetvertrieb verstärken, wenn auf diese Weise die Vertriebsstrukturen der übrigen Systemmitglieder unterlaufen werden. 848

Aus diesen Gründen behandeln die Leitlinien der EU-Kommission in Rn. 54 S. 6 vertragliche Plattformverbote als zulässige Qualitätsanforderung (Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. C 130/1 v. 19. 5. 2010). Nach der sog. »**Logo-Klausel**« kann der Lieferant seinen Händlern die Nutzung von Internetplattformen und Marktplätzen untersagen, sofern die Endkunden den Zugang nur über den nach außen erkennbaren Namen oder das Logo des Drittplattformbetreibers erhalten (*IM/Ellger*, Art. 4 Rn. 55 Fn. 149 m.w.N.; *Detbof*; Die Beschränkung des Internetvertriebs der Händler nach Pierre Fabre, *ZWeR* 2012, 518; *Vogel*, EU competition law applicable to distribution agreements, *Journal of European Competition Law & Practice* JECLP 2012, 271,

277; a.A.: *Schweda/Rudowicz*, Verkaufsverbote über Online-Handelsplattformen und Kartellrecht, WRP 2013, 590).

- 849 Während das *BKartA* zwischen »echten« Qualitätsanforderungen und Vorgaben differenziert, deren »überschießende« **wettbewerbsbeschränkende Wirkung** eine Kernbeschränkung darstellen kann (*BKartA*, Fallbericht 26. 8. 2015, B2 – 98/11 »Asics«, Rn. 21, 46), betrachtet die überwiegende *Rspr.* deutscher Obergerichte das Verbot von Drittplattformen als Qualitätsanforderung, weil sich die Vorgaben der Lieferanten bei der Nutzung solcher Plattformen üblicherweise nicht umsetzen lassen (*OLG Frankfurt*, Urt. v. 22. 12. 2015 »Funktionsrucksäcke« 11 U 84/14 (Kart); *OLG Karlsruhe*, Urt. v. 25. 11. 2009 »Schulranzen« 6 U 47/08 Kart Rn. 58 ff.; *OLG München*, Urt. 2. 7. 2009 Az. U (K) 4842/08 »Sportartikel«; *Gayk*, Selektivvertrieb im Internet, in: Wettbewerbsprobleme im Internet, Schriften des Vereins für Socialpolitik (2015), S. 75; *Detthof*, ZWER 2012, 518; *Vogel*, JECLP 2012, 277; *Dreyer/Lemberg*, Möglichkeiten und Grenzen der Beschränkung des Internetvertriebs, BB 2012, S. 2008; a.A.: *LG Berlin*, Urt. v. 21. 4. 2009 »Schulrucksäcke« 16 O 729/07: *Mäger/von Schreitter*, Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen und das Internet, NZKart 2015, 68; *Schweda/Rudowicz*, WRP 2013, 590).

**bbb) Kein Totalverbot nach »Pierre Fabre«**

- 850 Der Zulässigkeit eines Plattformverbots als Qualitätsvorgabe steht das Urteil des *EuGH* in »*Pierre Fabre*« nicht entgegen (Schlussanträge GA *EuGH* Rs. C-230/16 v. 26. 7. 2017 – »Coty Germany«, Rz. 75 ff.). Diese Entscheidung hat ein Totalverbot des Internetvertriebs zum Gegenstand. Im Gegensatz zu einem Totalverbot beschränken Qualitätsvorgaben des Lieferanten einen Selektivvertragshändler nur in der **Wahl seiner Absatzkanäle**, wie es dem Selektivvertrieb immanent ist. Es belässt dem Händler ein weites Betätigungsfeld alternativer Möglichkeiten für den Vertrieb seiner Waren und Dienstleistungen im Internet (*Gayk*, S. 71; a.A. *Kumkar*, Zur Zulässigkeit internetbezogener Vertriebsbeschränkungen im qualitativ-selektiven Vertrieb, NZKart 2016, 124; *Mäger/von Schreitter*, NZKart 2015, 64; *Schweda/Rudowicz*, WRP 2013).

**bb) Qualitätsanforderungen für »virtuelles Händlerschaufenster«**

- 851 Zu den alternativen Möglichkeiten, die ein Händler für den Vertrieb seiner Waren und Dienstleistungen über das Internet nutzen kann, zählt vor allem die Nutzung seiner eigenen Händlerwebsites und Portale. 90 % aller Händler machen davon Gebrauch (Sektoruntersuchung Abschlussbericht COM (2017) 229 final, 10. 5. 2017, Rz. 39; Commission Staff Working Document 2017, 154 final, 10. 5. 2017, Rz. 447). Beschränkt sich die Funktion einer Drittplattform darauf, lediglich das »virtuelle Schaufenster« des Händlers im Internet zu betreiben, darf der Lieferant seinem Händler die Nutzung einer solchen Plattform nicht untersagen. Andernfalls liegt ein Verstoß gegen die **Kernbeschränkung von Passivverkäufen** und damit ein unzulässiges Totalverbot im Sinne von »*Pierre Fabre*« vor (s. Abschnitt IV 5).

Zum Schutz der Identität und des Namens der Betriebsorganisation sowie zur Wahrung des einheitlichen Erscheinungsbilds, das der Wiedererkennbarkeit von Produkt, Marke und Ambiente dient, darf der Lieferant dem Händler aber auch hier Vorgaben mit **Qualitätsanforderungen** machen (*Lettl*, WRP 2010, 807, 808; *Malec/von Bodungen*, BB 2010, 2338, 2388; *IM/Ellger*, Art. 4 Rn. 55; *Wiring*, MMR 2010, 659, 661; *Schultze/Pautke/Wagener*, Rn. 773). Praktisch bedeutsam ist die Vorgabe bestimmter Dienstleister wie z.B. *Affiliate*-System-Betreiber, spezifischer Markenplattformen oder die Verwendung von *corporate identity* Merkmalen, soweit die Kosten dafür nicht so prohibitiv hoch sind, dass sie einem Totalverbot des Internetvertriebs gleichkommen. Es sind auch technische und kaufmännische Vorgaben zulässig, etwa eine bestimmte Reaktionsgeschwindigkeit der Server, Mindestlagerhaltung für zügige Kundenauslieferung oder die Einrichtung einer Kundendienst-Hotline (Rn. 56 S. 10 f. LL).

**b) Keine Kernbeschränkungen beim Selektivvertrieb****aa) Zulässiges Belieferungsverbot von Systemaußenseitern**

Beim Selektivvertrieb trifft den Lieferanten die vertragliche Pflicht, seinen Händlern zum Schutz 852 der übrigen Systemmitglieder den Weiterverkauf der Waren oder Dienstleistungen an nicht autorisierte Wiederverkäufer zu verbieten. Es ist **konstitutives Merkmal** des Selektivvertriebs, dass er gem. Art. 4 b (Ziff. iii) seinen Händlern die Belieferung von Systemaußenseitern untersagen darf.

Transaktionsplattformen, die nicht zum selektiven Vertriebssystem zugelassen sind und nach außen erkennbar und eigenständig am Markt als Vermittler oder Wiederverkäufer im Internet auftreten, sind solche Systemaußenseiter. Das vertragliche Verbot, Transaktionsplattformen Dritter zu nutzen, ist im virtuellen Raum Ausdruck dieses zulässigen **Wiederverkäuferbelieferungsverbots**. Es begründet weder eine Beschränkung zulässiger Aktivverkäufe des Händlers auf der Endkundenstufe gem. Art. 4 c, noch eine Beschränkung seiner Passivverkäufe gem. Art. 4 c) (Schlussanträge GA *EuGH* Rs. C-230/16 v. 26. 7. 2017 – »Coty Germany«, Rz. 123 ff., 151 ff.; a.A.: *Schweda/Rudowicz*, WRP 2013, 590).

Soweit solche Plattformen den Vertragsabschluss gegen Provision als Handelsvertreter vermitteln, sind sie in den meisten Fällen für mehrere Händler tätig. Nach den Grundsätzen des *EuGH* zur sog. **Vielfachvertretung** sind sie mangels Eingliederung in den Betrieb des Händlers kartellrechtlich als »unechte« Handelsvertreter einzustufen und folglich wie Wiederverkäufer zu behandeln (*EuGH*, Urt. v. 01. 10. 1987 »Flämische Reisebüros«, Slg. 1987, 3801; *Emde/Valdini*, BB 2016, 902).

**bb) Aktivverkäufe dürfen nicht verboten werden**

Um den *intra-brand* Wettbewerb innerhalb eines selektiven Vertriebssystems zu stärken, darf der 853 Lieferant seinen Händlern nicht verbieten, ihre Waren und Dienstleistungen auf der Endkundenstufe aktiv in das Vertragsgebiet anderer Systemmitglieder zu verkaufen, sog. Aktivverkäufe (Art. 4 c) Vertikal-GVO). Zu solchen Aktivverkäufen zählt auch die Nutzung aller Möglichkeiten der Werbemaßnahmen über das Internet (*Haslinger*, Wie weit ist der Ausschluss moderner Vertriebsformen beim selektiven Vertrieb möglich?, WRP 2009, 279, 284). Selektivvertriebshändler dürfen deshalb gezielt und grenzüberschreitend die **Reichweite und Auffindbarkeit** ihrer Händlerwebsite im Internet, also auch über die Grenzen ihres Vertragsgebiets hinaus, erweitern. Selektivvertriebshändler können ihre Website also weit über die Zwecke eines »virtuellen Schaufensters« für Passivverkäufe an Internet-Komm-Kunden hinaus verwenden.

So kann der Händler z.B. die **Möglichkeiten des Affiliate Marketings** voll ausschöpfen. *Affiliates* 854 platzieren Internet-spezifische Werbemittel für die Händlerwebsite an relevanten Stellen, etwa mit Hilfe von *Banner*, *Links*, *Meta-Tags* oder *Cookies*. Das kann zielgruppenorientiert und im passenden Umfeld erfolgen. Wenngleich *Affiliates* Betreiber einer Drittplattform und vom Händler als Intermediär auf Provisionsbasis unterbeauftragt sein können (z.B. anhand der Zahl erfolgreicher Mausklicks auf das Werbemittel, sog. *Leads*, oder auf Grundlage generierter Verkaufs- oder Werbeumsätze, sog. *pay per sale* oder *cost per order*), treten sie gegenüber den Endkunden im Internet nicht nach außen erkennbar am Markt auf. Die Endkunden erkennen nur den eigenständigen Markt- und Markenauftritt des Selektivvertriebshändlers, zu dessen »virtuellen Schaufenster« im Internet sie geleitet werden.

Um zulässige Aktivverkäufe auf der Endkundenstufe zu tätigen, kann der Händler seine Website unter bestimmten Umständen auch mit **Preisvergleichs- und Suchmaschinen** verknüpfen. Dabei muss er jedoch gewährleisten, dass er die Qualitätsvorgaben und die *look&feel* Anforderungen des Lieferanten einhält und die Drittplattform keine eigenständige Transaktionsfunktion am Markt erfüllt.

Unklar ist, ob der Absatzmittler auch die **Markenzeichen** seines Lieferanten auf Preissuch- und 855 Vergleichsmaschinen von Drittbetreibern einstellen darf (*BKartA*, Fallbericht 26. 8. 2015, B2 –

98/11 »Asics«, Rn. 28 ff.). Nach den Ausführungen des Generalanwalts i.S. »Coty Germany« zur markenrechtlichen Bedeutung des Selektivvertriebs erscheint diese Rechtsauffassung jedoch zweifelhaft (Schlussanträge GA *EuGH* Rs. C-230/16 v. 26. 7. 2017 – »Coty Germany«, Rz. 88 ff.), soweit die Suchmaschine nicht die vertraglich zulässigen Qualitätsvorgaben des Lieferanten erfüllt. Sie widerspricht auch der der Logo-Klausel in den Leitlinien zu vertikalen Vereinbarungen der EU-Kommission (Rn. 54 S. 6 LL) sowie der st. Rspr. der deutschen Obergerichte. Nach hier vertretener Auffassung darf die Suchmaschine darüber hinaus auch keine eigenständige Transaktionsfunktion am Markt erfüllen.

cc) Keine Kundengruppenbeschränkung

- 856 Es ist umstritten, ob das vertragliche Verbot der Einschaltung einer Drittplattform eine Beschränkung der Kundengruppe gem. Art. 4 b) und damit einen Verstoß gegen eine Kernbeschränkung zur Folge hat. Die betroffene Kundengruppe ist beim Selektivvertrieb allerdings auf **Internetkunden auf der Endkundenstufe** begrenzt, da Selektivvertriebshändler nicht zugelassene Wiederverkäufer (Systemaußenseiter) ohnehin nicht beliefern dürfen.

Ein Plattformverbot in Form einer Qualitätsvorgabe schließt nach Auffassung des Generalanwalts i.S. »Coty Germany« allerdings nicht jeden Online-Verkauf aus, sondern **nur einen Absatzkanal neben anderen** im Internet, um die »Kundengruppe Internet-Endkunden« zu erreichen, weshalb eine Marktaufteilung nach Kunden ausscheidet (Schlussanträge GA *EuGH* Rs. C-230/16 v. 26. 7. 2017 – »Coty Germany«, Rz. 145).

- 857 Nach der Sektoruntersuchung der EU-Kommission zum elektronischen Handel nutzen mehr als **90 % aller Händler ihren eigenen Online-Shop** oder ihre eigene Händler-Website, davon nutzen 61 % aller Händler ausschließlich ihre eigene Händlerwebsite. 30 % nutzen zusätzlich Drittplattformen. Nur 4 % aller Händler nutzen unabhängige Drittplattformen als ausschließlichen Vertriebskanal (Sektoruntersuchung Commission Staff Working Document (2017) 154 final, 10. 5. 2017, Rz. 447). Die hohe Zahl von Händlern, die ausschließlich die eigene Händlerwebsite nutzt, verdeutlicht, dass die Mehrheit der Händler tatsächlich ausreichende Alternativen hat, sich an die Gesamtheit der Internetkunden zu wenden, ohne Drittplattformen nutzen zu müssen. Auch nach Auffassung des *OLG München* sind Kunden von Plattformen stets auch über andere Mittel und Wege im Internet erreichbar (*OLG München*, Urt. 2. 7. 2009 Az. U (K) 4842/08 »Sportartikel«).

Gerade Selektivvertriebshändler können mit ihren Websites oder Portalen, die sie selbst oder die Dritte für sie betreiben, **alle Möglichkeiten des Affiliate Marketings** für zulässige Aktivverkäufe über das Internet ausschöpfen, um gezielt ihre Reichweite und Auffindbarkeit im Internet zu erweitern. Dazu kann auch die Indexierung zur Verwendung von Suchmaschinen zählen (Schlussanträge GA *EuGH* Rs. C-230/16 v. 26. 7. 2017 – »Coty Germany«, Rz. 147).

Der Rechtsnatur des Selektivvertriebs entsprechend ist Systemmitgliedern lediglich der Absatzkanal über nicht autorisierte Wiederverkäufer als **Systemaußenseiter** versperrt. Demgegenüber bleiben ihnen alle Formen des Aktivverkaufs offen, um die »Kundengruppe Internet-Endkunden« im virtuellen Raum des *E-Commerce* zu erreichen. Ein Plattformverbot erschöpft sich deshalb im zulässigen Verbot der Wiederverkäuferbelieferung gem. Art. 4 b (iii), eine Kundenkreisbeschränkung gem. Art. 4 b) scheidet aus (*Wegner/Johannsen*, *KölnerKommKartR*, Vertikal-GVO Art. 4 Rn. 84).

dd) Ergebnis

- 858 Beim Selektivvertrieb ist ein Verbot für den Händler, eine Drittplattform mit eigenständiger Transaktionsfunktion am Markt zu nutzen, als Qualitätsanforderung grundsätzlich **nicht vom Kartellverbot in Art. 101 Abs. 1 AEUV erfasst**. Sollte ein solches Verbot unter den besonderen Umständen des Einzelfalls eine »überschießende« wettbewerbsbeschränkende Wirkung entfalten, erfüllt ein solches Verbot nicht die Voraussetzungen einer Kernbeschränkung. Vielmehr ist ein

solches Verbot nach Maßgabe der Vertikal-GVO **gruppenfreigestellt** oder nach Art. 101 Abs. 3 AEUV **einzelne freistellungsfähig** (Schlussanträge GA *EuGH* Rs. C-230/16 v. 26. 7. 2017 – »Coty Germany«, Rz. 119 ff.; a.A.: *BKartA*, Fallbericht 26. 8. 2015, B2 – 98/11 »Asics«, Rn. 21, 46).

## 7. Alleinvertrieb

Beim Alleinvertrieb gelten andere Voraussetzungen für die Zulässigkeit vertraglicher Plattformverbote als beim Selektivvertrieb. 859

### a) Drittplattformen dürfen beliefert werden

Im Rahmen einer Alleinvertriebsvereinbarung sind Wiederverkäuferbelieferungsverbote – im Gegensatz zum Selektivvertrieb – nicht zulässig. Der Lieferant darf seinen Händlern also nicht untersagen, auch solche **gewerbliche Wiederverkäufer** zu beliefern, die nicht zum Alleinvertriebssystem des Lieferanten gehören. Darin liegt der grundlegende Unterschied zum Selektivvertrieb. Folglich darf der Händler seine Waren stets an oder über Internetplattformen wie Online-Marktplätze oder Buchungsplattformen weiterverkaufen, auch wenn sie eine nach außen erkennbare, eigenständige Transaktionsfunktion am Markt als Wiederverkäufer erfüllen. Ein Plattformverbot, das in der Gestalt einer Qualitätsvorgabe die Belieferung gewerblicher Wiederverkäufer unterbindet, verstößt daher gegen Art. 4 b). 860

### b) Keine Aktivverkäufe über Plattformen und Suchmaschinen

Die Belieferung von Internetplattformen als Wiederverkäufer ist von dem Fall zu unterscheiden, dass der Händler eine Drittplattform nutzt, um selbst und auf eigene Rechnung aktiv in **fremde Vertragsgebiete oder an besondere Kundengruppen** zu verkaufen. 861

Im Gegensatz zum Selektivvertrieb darf der Lieferant seinen Alleinvertriebshändlern gem. Art. 4 b) Ziff. (i) Aktivverkäufe an bestimmte Kunden untersagen. Er darf vertraglich verbieten, dass der Händler aktiv an bestimmte Kundengruppen sowie in Vertragsgebiete verkauft, die der Lieferant anderen Mitgliedern des Vertriebssystems **zugewiesen** oder die sich der Lieferant selbst zum Eigenvertrieb **vorbehalten** hat.

Demnach dürfen **Maßnahmen für Aktivverkäufe**, die einem Selektivvertriebshändler beim Internetvertrieb erlaubt sind, einem Alleinvertriebshändler verboten werden (Rn. 56 S. 2 LL). Dazu zählen z.B. Maßnahmen des *Affiliate Marketings*, um mit Hilfe von *Banner*, *Links*, *Meta-Tags* oder *Cookies* Kunden in vertragsfremden Gebieten zu erreichen (Rn. 53 S. 3 LL; *Seeliger*, EG-kartellrechtliche Probleme in Vertikalverhältnissen beim Vertrieb über das Internet, WuW2000, 1174, 1181). Verknüpft ein Alleinvertriebshändler seine Website mit Hilfe Internet-spezifischer Werbemittel oder Schnittstellen mit internationalen Suchmaschinen, bezahlt er solche Suchmaschinen oder sonstige *Online-Werbeanbieter* oder nutzt er *Affiliate-Netzwerke* etwa für fremdsprachiges Keyword Advertising, um Werbung gezielt in einem vertragsfremden Gebiet zu platzieren, erhöht er gezielt seine Auffindbarkeit in den Ländern seiner Wahl oder in vertragsfremden Gebieten und verletzt damit seine vertragliche Pflicht, keine Aktivverkäufe zu tätigen (Rn. 53 S. 5 LL; *Schultzel/Pautke/Wagener*, Rn. 750; *Dieselhorst/Luhn*, Kartellrechtliche Zulässigkeit der Untersagung des Vertriebs über eBay, WRP 2008, 1306, 1311; *Schweda/Rudowicz*, WRP 2013, 590). Das gilt auch für den Fall, dass der Händler nationale Endungen von Domain-Namen anderer Länder für seine Website verwendet (*Schaub*, Kartellrechtliche Probleme des elektronischen Marktplatzes aus Sicht der EU-Kommission, FIW Bd. 184, 2001).

### c) Abgrenzung zu erlaubten Passivverkäufen

Wenngleich der Lieferant seinen Alleinvertriebshändlern ein vertragliches Verbot von Aktivverkäufen – auch im Internet – auferlegen darf, darf er ihnen nicht untersagen, ein »**virtuelles Schaufenster**« für Passivverkäufe an interessierte Internet-Komm-Kunden zu unterhalten. Darin liegt ein Verstoß gegen das Kartellverbot in Form der Beschränkung des Passivverkaufs i.S.v. Art. 4 b) 862



und c). Das »virtuelle Schaufenster« des Absatzmittlers im Internet muss stets für Passivverkäufe geöffnet bleiben.

Allerdings kann die Abgrenzung unzulässiger Aktiv- von erlaubten Passivverkäufen im Einzelfall schwierig sein. Als Faustregel sind alle Maßnahmen des Händlers im Internet als Aktivverkauf zu werten, die dazu bestimmt sind, gezielt seine **Auffindbarkeit** in fremden Vertragsgebieten oder durch ihm nicht zugewiesene Kundengruppen zu verbessern (Rn. 53 S. 4 LL; so bereits *Nolte*, in: *Langen/Bunte*, 11. Aufl. 2009).

- 863 So dürfen zwar aktive Werbemaßnahmen untersagt werden (Rn. 53 LL), z.B. gezielt an bestimmte Kunden gerichtete *Online*-Werbung oder der Versand von *e-mails* (Rn. 51 Spstr.1; 53 S. 2 LL), während eine automatische Information von Bestandskunden auf Bestellung, etwa in Form elektronischer Newsletters, als Passivverkauf zulässig sein soll (Rn. 52 S. 6 LL; *Brenning-Louko/Gurin/Peeperkorn/Vierttiö*, Vertical agreements: new competition rules for the next decade, Competition Policy Newsletter Juni 2010, S. 9; a.A.: *Schultze/Pautke/Wagener*, Rn. 747). Schwierig ist auch die **Abgrenzung** bei der Verwendung von Fremdsprachen auf der Website eines Alleinvertriebshändlers. Während die Kommission in Rn. 52 S. 7 LL »für sich genommen« wählbare Fremdsprachen zwar nicht als Indiz für einen unzulässigen Aktivverkauf betrachtet, geht sie in Rn. 53 S. 4 LL von einem Aktivverkauf aus, wenn sich der Händler »bemüht, sich gezielt an ein bestimmtes Gebiet oder eine bestimmte Kundengruppe zu richten«. Da die Sprache das maßgebliche Instrument ist, Sprachbarrieren zu überwinden und Kunden in anderen Sprachregionen zu erreichen, legt die allgemeine Lebenserfahrung nahe, dass der Händler in das Gebiet anderer Händler eindringen und dort ansässige Kunden aktiv akquirieren will (*Whish*, Regulation 2790/99: The Commission's »new style« block exemption for vertical agreements, 37 CMLR 2000, 887, 915).

#### d) Qualitätsvorgaben beim Alleinvertrieb

- 864 Der Lieferant darf für das »virtuelle Schaufenster« seiner Händler »genauso wie für Ladenlokale, den Versandhandel oder Werbe- und Verkaufsförderungsmaßnahmen« (Rn. 54 S. 1 LL) Qualitätsvorgaben machen. Die Vorgaben müssen allerdings **im Einklang mit dem Vertriebsmodell** stehen (Rn. 52c LL). Da Qualitätsanforderungen an den Außenauftritt stationärer Ladenlokale bei reinem Alleinvertrieb nicht in demselben Umfang wie beim Selektivvertrieb zu rechtfertigen sind, dürften vor allem »*Look&Feel*« Anforderungen (sie dienen dem Erscheinungsbild und der Bedienerfreundlichkeit einer Website für den Internetkunden) nur in entsprechend eingeschränktem Umfang zulässig sein. Der Schwerpunkt wird eher bei technischen und kaufmännischen Vorgaben liegen, um eine bestimmte Reaktionsgeschwindigkeit der Server, Mindestlagerhaltung für zügige Kundenauslieferung oder die Einrichtung einer Kundendienst-Hotline sicherzustellen (Rn. 56 S. 10 f. LL).

#### V. Marktabgrenzung und Einzelfreistellung

- 865 Es wird kritisiert, dass die Kommission Fragen der Marktabgrenzung bei *Online*-Verkäufen über das Internet nicht adressiert (*Robertson*, 2012 E.C.L.R. 183). An der Marktabgrenzung entscheidet sich, ob der Internetvertrieb der beteiligten Unternehmen **gruppenfreigestellt** oder einzelfreistellungsbedürftig ist. Allerdings wirft der Internetvertrieb keine Fragen auf, die abweichend von den allgemeinen Grundsätzen zu beantworten sind (s. Rdn. 383 ff.).

Die Abgrenzung des **sachlich** relevanten Markts (Produktmarkt) folgt den Besonderheiten vertikaler Abreden und muss dem entspr. angepassten Bedarfsmarktkonzept Rechnung tragen. Demnach umfasst der Produktmarkt alle Waren oder Dienstleistungen, die der Abnehmer – also der Absatzmittler – hinsichtlich **Eigenschaft, Preis und Verwendungszweck** als austauschbar ansieht. Es sind daher üblicherweise **Händlermärkte** zugrunde zu legen, nicht Verbrauchermärkte. Deshalb kann die Marktabgrenzung in gerichtlichen oder behördlichen Fusionskontrollentscheidungen häufig nicht für die Marktabgrenzung i.R.d. Vertikal-GVO herangezogen werden, da die die

Bek. der Kommission zur Definition des relevanten Marktes vornehmlich Endverbraucher im Auge hat (*Bechtold*, EWS 2001, 49, 51).

So hat die Kommission im Fusionskontrollverfahren »*Bertelsmann/Mondadori*« (22. 04. 1999 – Fall IV/M.1407, ABl. 1999 C 145/4 Rn. 15) beim Verkauf von Büchern, die über Versandhandel und Internetvertrieb (»*distant selling*«) sowie über stationäre Ladenlokale verkauft wurden, *zwei sachlich* relevante Märkte in Erwägung gezogen und dies mit der Wahlfreiheit für die Endverbraucher begründet, auch bequem von zu Hause aus bestellen zu können. Auf die Order von Handelsware im Verhältnis zwischen Händler und Lieferant lassen sich diese Erwägungen zur Markt- abgrenzung aber nicht übertragen.

Die Abgrenzung des **räumlich** relevanten Markts folgt ebenfalls dem Bedarfsmarktkonzept und umfasst das Gebiet, in dem sich Lieferant und Absatzmittler bei der Nachfrage und Lieferung der relevanten Waren oder Dienstleistungen gegenüberstehen. Allerdings zeichnet sich der räumliche Internetmarkt durch einen »Flickenteppich« nationaler Märkte entlang realer Staatsgrenzen aus, s. Rdn. 745. 866

## F. Produktgruppenmanagement

### I. Überblick

#### 1. Vertriebs- und rechtspolitische Bedeutung

Das Produktgruppenmanagement (»*Category Management*«) ist eine Vertriebspraxis, die sich Anfang der 90-iger Jahre im U.S.-amerikanischen Lebensmitteleinzelhandel entwickelt hat und zwischenzeitlich auch in Europa von großen Einzelhandelsunternehmen beim Vertrieb aller Formen von Konsumgütern praktiziert wird (z.B. bei Elektrogeräten, Büchern oder Drogeriewaren wie Waschmittel, Hygieneartikel, Kosmetika). Dabei wählt sich der Einzelhändler für ein bestimmtes Warensortiment einen Lieferanten aus dem Kreis der Hersteller aus, der ihn als Warengruppenmanager bei der **Sortimentsauswahl** für diese Produktgruppe unterstützt und die **Federführung beim Marketing** übernimmt, sog. »*Category Captain*« (Rn. 209 LL; s. *Conwood v. U.S. Tobacco Company* 290 F3d 768 [6th Cir. 2002]; *Kommission*, 15. 07. 2005 »*Procter&Gamble/Gillette*«, COMP/M. 3732; *Autorité de la Concurrence*, Aves n° 10-A-25 du 7 décembre 2010 relatif aux contrats de »management catégoriel« entre les opérateurs de la grande distribution à dominante alimentaire et certains de leurs fournisseurs). 867

Der »*Category Captain*« steuert die Produktauswahl, um das Sortiment zusammenzustellen, übernimmt meist die Regalplatzierung der Sortimentswaren, die Warenpräsentation und verantwortet die Verkaufsförderung. Das Aufgabenspektrum des »*Category Captain*« kann von der bloßen Beratung bis zur vollständigen Auslagerung strategischer Vertriebs- und Marketingentscheidungen vom Einzelhändler auf den Hersteller reichen (*Besen/Jorias*, BB 2010, 1099). Solche Vereinbarungen über das Produktgruppenmanagement werden von der Vertikal-GVO erfasst, soweit ihre Voraussetzungen im Übrigen erfüllt sind (Rn. 209 S. 3 LL). 868

Das Management bestimmter Produktgruppen umfasst dabei nicht nur die Waren oder Marken des Herstellers, der zum »*Category Captain*« bestimmt wurde, sondern **auch konkurrierende Produkte** seiner Wettbewerber. Vertriebt das Einzelhandelsunternehmen darüber hinaus Waren unter eigenem Namen (sog. **Eigen- oder Handelsmarken**), treten das Einzelhandelsunternehmen, der »*Category Captain*« und dessen konkurrierenden Hersteller auf dem Endkundenmarkt mit jeweils eigenen Produkten und Marken als direkte Wettbewerber der betroffenen Produktgruppe auf. 869

Für die Zwecke der Vertikal-GVO stellt der Umstand, dass der Einzelhändler selbst Produkte unter Eigen- oder Handelsmarken herstellen lässt und vertreibt, nach Auffassung der Kommission jedoch **kein aktuelles oder potentielles Wettbewerbsverhältnis** zwischen dem »*Category Captain*« und dem Einzelhändler dar, das gem. Art. 2 Abs. 4 die Anwendbarkeit der GVO ausschließen würde (*Schultze/Pautke/Wagener*, Rn. 48; a.A. *Besen/Jorias*, BB 2010, 1101). Vielmehr genießen 870

(37) Diese Verordnung wahrt die Grundrechte und steht im Einklang mit den Prinzipien, die insbesondere in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verankert sind. Demzufolge ist diese Verordnung in Übereinstimmung mit diesen Rechten und Prinzipien auszulegen und anzuwenden.

(38) Rechtssicherheit für die nach den Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft tätigen Unternehmen trägt zur Förderung von Innovation und Investition bei. In Fällen, in denen ernsthafte Rechtsunsicherheit entsteht, weil neue oder ungelöste Fragen in Bezug auf die Anwendung dieser Regeln auftauchen, können einzelne Unternehmen den Wunsch haben, mit der Bitte um informelle Beratung an die Kommission heranzutreten. Diese Verordnung lässt das Recht der Kommission, informelle Beratung zu leisten, unberührt –

HAT FOLGENDE VERORDNUNG ERLASSEN:

## Kapitel I. Grundsätze

### Artikel 1 Anwendung der Artikel 81 und 82 des Vertrags

(1) Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen im Sinne von Artikel 81 Absatz 1 des Vertrags, die nicht die Voraussetzungen des Artikels 81 Absatz 3 des Vertrags erfüllen, sind verboten, ohne dass dies einer vorherigen Entscheidung bedarf.

(2) Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen im Sinne von Artikel 81 Absatz 1 des Vertrags, die die Voraussetzungen des Artikels 81 Absatz 3 des Vertrags erfüllen, sind nicht verboten, ohne dass dies einer vorherigen Entscheidung bedarf.

(3) Die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Artikel 82 des Vertrags ist verboten, ohne dass dies einer vorherigen Entscheidung bedarf.

Übersicht	Rdn.		Rdn.
A. Modernisierung des Kartellverfahrensrechts durch Erlass der VO 1/2003 . . . . .	1	IV. Bekanntmachungen und Leitlinien der Kommission im neuen System . . . . .	13
B. Systemwechsel im Kartellverfahrensrecht	3	C. Problem der Rechtssicherheit . . . . .	15
I. Art. 101 Abs. 3 AEUV als unmittelbar geltende Legalausnahme (Art. 1 Abs. 2) . . . . .	4	I. Kartellrechtliche »Selbstveranlagung« . . . . .	15
II. Vereinbarkeit von Art. 1 Abs. 2 mit Primärrecht . . . . .	6	II. Informelle Beratung durch die Kartellbehörden . . . . .	17
III. Gruppenfreistellungsverordnungen im neuen System . . . . .	8	III. Beurteilungsspielräume bei der Anwendung von Art. 101 AEUV . . . . .	18
		D. Vertragsgestaltung . . . . .	23

#### Literatur

*Baron*, Die Rechtsnatur der Gruppenfreistellungsverordnungen im System der Legalausnahme – ein Scheinproblem, WuW 2006, 358–365; *Bauer/de Bronett*, Die EU-Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, 2001; *Bechtold*, Modernisierung des EG-Wettbewerbsrechts: Der Verordnungsentwurf der Kommission zur Umsetzung des Weißbuchs, BB 2000, 2425–2431; *ders.*, Maßstäbe der »Selbstveranlagung« nach Art. 81 Abs. 3 EG, WuW 2003, 343; *Böge*, Das Netzwerk der EU-Wettbewerbsbehörden nimmt Gestalt an: Anforderungen an das Bundeskartellamt und Änderungsbedarf im deutschen Kartellrecht, EWS 2003, 441–445; *Bornkamm/Becker*, Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellverbots nach der Modernisierung des EG-Kartellrechts, ZWeR 2005, 213–236; *Deringer*, Stellungnahme zum Weißbuch der Europäischen Kommission über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Art. 85 und 86 EG-Vertrag (Art. 81 und 82 EG), EuZW 2000, 5–11; *Dreher*, Langfristige Verträge marktbeherrschender und marktmächtiger Unternehmen im Energiebereich, ZWeR 2003, 3–36; *Dreher/Thomas*, Rechts- und Tatsachenirrtümer unter der neuen VO 1/2003, WuW 2004, 8–18; *Emmerich*, Anmerkungen zu der »neuen« Wettbewerbspolitik der Europäischen Kommission, WRP 2000, 858–862; *Fuchs*, Die Gruppenfreistellungs-

verordnung als Instrument der europäischen Wettbewerbspolitik im System der Legalausnahme, ZWeR 2005, 1–30; *Gregor*, Die Gruppenfreistellungsverordnungen als kartellrechtliche Allgemeinverfügungen, WRP 2008, 330–334; *Gröning*, Die dezentrale Anwendung des EG-Kartellrechts gemäß dem Vorschlag der Kommission zur Ersetzung der VO 17/62, WRP 2001, 83–89; *Hirsch*, Anwendung der Kartellverfahrensverordnung (EG) Nr. 1/2003 durch nationale Gerichte, ZWeR 2003, 233–254; *Hossenfelder/Lutz*, Die neue Durchführungsverordnung zu den Artikeln 81 und 82 EG-Vertrag, WuW 2003, 118–129; *Jaeger*, Die möglichen Auswirkungen einer Reform des EG-Wettbewerbsrechts für die nationalen Gerichte, WuW 2000, 1062–1075; *Kamann/Bergmann*, Die neue EG-Kartellverfahrensverordnung – Auswirkungen auf die unternehmerische Vertragspraxis, BB 2004, 1743–1749; *Kirchhoff*, Sachverhaltsaufklärung und Beweislage bei der Anwendung des Art. 81 EG-Vertrag, WuW 2004, 745–754; *Klees*, Europäisches Kartellverfahrensrecht mit Fusionskontrollverfahren, 2005; *Klocker*, Fit machen für den »Kulturwechsel!«, WuW 2002, 1151; *Leopold*, Rechtsprobleme der Zusammenarbeit im Netzwerk der Wettbewerbsbehörden nach der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, 2006; *Malferrari/Lerche*, Zulässigkeit der Nichtigkeitsklage von Privatpersonen nach Art. 230 EG – Niedergang und Wiederaufleben des Plaumann-Tests, EWS 2003, 254–265; *Mestmäcker*, Versuch einer kartellpolitischen Wende in der EU – Zum Weißbuch der Kommission über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Art. 85 und 86 EGV a.F. (Art. 81 und 82 EGV n.F.), EuZW 1999, 523–529; *Möschel*, Systemwechsel im Europäischen Wettbewerbsrecht, JZ 2000, 61–67; *Pampel*, Rechtsnatur und Rechtswirkungen von Mitteilungen der Kommission im europäischen Wettbewerbsrecht, EuZW 2005, 11–13; *Röbling*, Die Zukunft des Kartellverbots in Deutschland nach In-Kraft-Treten der neuen EU-Verfahrensrechtsordnung, GRUR 2003, 1019–1025; *Schmidt, K.*, Umdenken im Kartellverfahrensrecht! – Gedanken zur Europäischen VO Nr. 1/2003, BB 2003, 1237–1245; *Schnelle/Bartosch/Hübner*, Das neue EU-Kartellverfahrensrecht, 2004; *Schütz*, Zur Änderung des Kartellverfahrens gemäß Artikel 81 EGV, WuW 2000, 686–696; *Schwarze/Weitbrecht*, Grundzüge des europäischen Kartellverfahrensrechts, Die Verordnung (EG) Nr. 1/2003, 1. A. 2004; *Schweda*, Die Bindungswirkung von Bekanntmachungen und Leitlinien der Europäischen Kommission, WuW 2004, 1133–1144; *Schwintowski/Klaue*, Kartellrechtliche und gesellschaftsrechtliche Konsequenzen des Systems der Legalausnahme für die Kooperationspraxis der Unternehmen, WuW 2005, 370–379; *Weitbrecht*, Das neue EG-Kartellverfahrensrecht, EuZW 2003, 69–73; *Weyer*, Nach der Reform: Gestaltung der Wettbewerbspolitik durch die Kommission? ZHR 164 (2000), 611–637.

### A. Modernisierung des Kartellverfahrensrechts durch Erlass der VO 1/2003

- 1 Die VO 1/2003 reformiert das gemeinschaftliche Kartellverfahrensrecht grundlegend, das in Gestalt der VO 17/62 als Anmelde- und Genehmigungssystem (mit Genehmigungsmonopol der Kommission, Art. 9 Abs. 1 VO 17/62) über 40 Jahre lang ohne wesentliche Veränderungen auskam. Ihre Reformziele – konsequente Durchsetzung der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln, dezentrale und dennoch kohärente Rechtsanwendung, Verfahrensvereinfachung, und Rechtssicherheit – hat die Kommission in ihrem **Weißbuch** veröffentlicht und der Fachöffentlichkeit zur Diskussion gestellt (Weißbuch über die Modernisierung der Vorschriften der Anwendung der Art. 85 und 86 EG-Vertrag, ABl. 1999 C 132/1; Zusammenfassung der Ergebnisse des Konsultationsprozesses unter [http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/wp\\_on\\_modernisation/summary\\_observations.html](http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/wp_on_modernisation/summary_observations.html)). Dem war die Erkenntnis vorausgegangen, dass ein – für die ursprünglich aus sechs Mitgliedstaaten ohne ausgeprägte einheitliche Wettbewerbspolitik bestehende Gemeinschaft erforderliches und sinnhaftes – zentral gehandhabtes Anmelde- und Genehmigungssystem sich überlebt hatte und den Anforderungen an die Wettbewerbspolitik einer Gemeinschaft von 25 Mitgliedstaaten mit mehr als 450 Mio. Bürgern nicht mehr würde gerecht werden können. Ab den 60er-Jahren des vorigen Jahrhunderts planmäßig unternommene Versuche der Kommission, Unternehmen den Anreiz für die Einreichung zahlloser Routineanmeldungen zur Freistellung im Wesentlichen unschädlicher Vereinbarungen zu nehmen bzw. diese effizienter und schneller zu bearbeiten (s. Weißbuch a.a.O., Rn. 26 ff.: insb. Bek. zur Präzisierung der einschlägigen Vorschriften, Gruppenfreistellungsverordnungen [GVOen] zur Schaffung »sicherer Häfen«, Bescheidung durch »comfort letters«), um so die Ressourcen der Kommission für die proaktive Verfolgung schwerwiegender Kartellverstöße freizuhalten bzw. erstmals verfügbar zu machen, waren schnell an ihre Grenzen gestoßen und letztlich hinter den Erwartungen zurückgeblieben.

Der von der Kommission am 27. 09. 2000 veröffentlichte Vorschlag für eine neue Kartellverfahrensverordnung (ABl. 2000 C 365 E/284) setzte das Konzept des Weißbuches um und entsprach schon weitgehend (Einzelheiten jeweils bei der Kommentierung der einzelnen Vorschriften der VO 1/2003) der nach politischer Einigung im Rat am 26. 11. 2002 am 16. 12. 2002 einstimmig verabschiedeten VO 1/2003 (ABl. 2003 L 1/1). Flankiert wurde die VO 1/2003 von **zwei Protokollerklärungen** (s. die Kommentierungen Vor Art. 11 Rdn. 2 (Gemeinsame Erklärung zur Arbeitsweise des Netzes der Wettbewerbsbehörden), und Art. 2 Rdn. 7 (Erklärung der deutschen Delegation), einer **Durchführungsverordnung** (s. die Kommentierung zu Art. 33 Rdn. 4), sowie dem aus sechs ergänzenden Kommissionsbek. bestehenden »**Modernisierungspaket**« (s. die Kommentierungen Vor Art. 11 Rdn. 2 (ECN-Bek.), zu Art. 15 Rdn. 1 (Bek. zur Zusammenarbeit zwischen Kommission und Gerichten), zu Art. 7 Rdn. 10 (Beschwerde-Bek.), zu Art. 10 Rdn. 15 (Bek. zu Beratungsschreiben), zu Art. 3 Rdn. 11 (Zwischenstaatlichkeits-Bek.), und nachfolgend Rdn. 15 (Bek. zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG). Das neu geschaffene Kartellverfahrensrecht **ersetzt das alte Anmelde- und Genehmigungssystem** durch ein **System der Legalausnahme** (nachfolgend Rdn. 3 ff.), bei dem die gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln einen **stark erweiterten Vorrang** vor den nationalen KartR haben (s. die Kommentierung zu Art. 3 Rdn. 14 ff.) und – ungeachtet einer besonderen Inpflichtnahme der Kommission für die **Sicherung einheitlicher Anwendung und Fortentwicklung** der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln (Art. 10, 11 Abs. 6, 15 und 16 VO 1/2003) – **dezentral** von in einem »Netz«, dem sog. ECN, kooperierenden KartB (Art. 4, 5, 11 ff. VO 1/2003) und nationalen Gerichten (Art. 6 VO 1/2003) angewendet werden.

## B. Systemwechsel im Kartellverfahrensrecht

Art. 1 VO 1/2003 wandelte das nach der VO 17/62 bestehende Verbot mit Vorbehalt der Administrativverlaubnis in Art. 101 AEUV mit Wirkung zum 01. 05. 2004 (Art. 45 Abs. 2 VO 1/2003) in ein **System der Legalausnahme** um (zu Übergangsfragen s. die Kommentierung zu Art. 34) und ist damit das **Kernstück der Modernisierung des europäischen Kartellverfahrensrechts**. Die VO 1/2003 regelt zwar das Verfahrensrecht für Art. 101 AEUV und Art. 102 AEUV. Zum »System-« (*Hossenfelders/Lutz*, WuW 2003, 118) bzw. »Kulturwechsel« (*Klocker*, WuW 2002, 1151) kommt es indes nur bei Art. 101 AEUV. Die hierfür grundlegende Rechtsänderung enthalten Art. 1 Abs. 1 und 2 VO 1/2003. Art. 1 Abs. 3 VO 1/2003 wiederholt dagegen für Art. 102 AEUV nur den status quo. Die ersten Erfahrungen mit der Anwendung der VO 1/2003 fasst der Bericht über das Funktionieren der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates zusammen, den die Kommission am 29. 04. 2009 gemäß dem Auftrag in Art. 44 Satz 1 VO 1/2003 dem EP und dem Rat erstattete (Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, KOM[2009] 206 endgültig; s. die Kommentierung zu Art. 44 sowie die Kommentierungen der einzelnen Artikel). Dieser Bericht wird hiernach zitiert als »Kommissionsbericht« bzw. »Kommissionsbericht/Working Paper«. Laut Kommissionsbericht/Working Paper verlief der Systemwechsel »bemerkenswert problemfrei« (a.a.O., Rn. 11). Im Verlaufe des Konsultationsprozesses, der dem Bericht vorausging sind demnach keine nennenswerten Schwierigkeiten beim Übergang auf ein System der Legalausnahme in Gestalt des unmittelbar anwendbaren Art. 101 Abs. 3 AEUV offenbar geworden. Der Systemwechsel hat es der Kommission maßgeblich ermöglicht, ihre Ressourcen gezielter beim Aufspüren und Verfolgen schwerwiegender Kartellverstöße einzusetzen (a.a.O., Rn. 11 a.E. sowie Rn. 13 ff. m. Nachw.; s.a. die Kommentierung zu Art. 7 Rdn. 1 und zu Art. 9 Rdn. 2 a.E.).

### I. Art. 101 Abs. 3 AEUV als unmittelbar geltende Legalausnahme (Art. 1 Abs. 2)

Art. 1 VO 1/2003 regelt das **Prinzip der Legalausnahme**. Verhaltensweisen, die gegen das Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV verstoßen, sind nunmehr automatisch – also auch ohne vorherige Entscheidung einer KartB – zulässig, wenn sie die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllen (Art. 1 Abs. 2 VO 1/2003). Verboten sind sie, wenn sie die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV nicht erfüllen (Art. 1 Abs. 1 VO 1/2003). Zwar erwähnt Art. 1 VO 1/2003

nicht eigens, dass Verhaltensweisen, die schon nicht den Tatbestand des Kartellverbots des Art. 101 Abs. 1 AEUV erfüllen, erlaubt sind. Das ist aber selbstverständlich. Ebenfalls nicht erwähnt ist, dass Verhaltensweisen, die die Freistellungsvoraussetzungen einer GVO erfüllen und sich damit in einem »sicheren Hafen« befinden, auch dann nicht verboten sind, wenn sie im Einzelfall die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV nicht erfüllen (s. zu den GVOen unten Rdn. 8 ff.). Dass dem so ist, belegt mittelbar Art. 29 VO 1/2003. Auch eine »überschießende« GVO befreit solange vom Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV, wie nicht entweder Rat bzw. Kommission die entspr. GVO insgesamt abändern, oder die Kommission (bzw. eine nationale KartB jeweils für ihr Territorium) im Einzelfall den Rechtsvorteil der GVO entzieht, Art. 29 Abs. 1 und 2 VO 1/2003.

- 5 Die Art. 101 Abs. 1, 102 AEUV wurden auch schon nach alter Rechtslage unmittelbar in den Mitgliedstaaten angewendet und durchgesetzt. Neu ist dies nur für Art. 101 Abs. 3 AEUV, für den bislang die Kommission ein Freistellungsmonopol innehatte (Art. 9 Abs. 1 VO 17/62). Die Einführung der Legalausnahme bedingt den **Verlust des Freistellungsmonopols**. Dies kommt mittelbar auch in den Art. 7 bis 10 VO 1/2003 zum Ausdruck. Denn eine Kompetenz der Kommission für konstitutive Freistellungsentscheidungen ist dort nicht mehr enthalten. Nach alter Rechtslage bedurften wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen, die die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllen, der Freistellung. Eine Freistellung erfolgte dadurch, dass die betreffende Verhaltensweise sich entweder im »sicheren Hafen« einer GVO bewegte, d.h. gruppenweise freigestellt war, oder nach Anmeldung durch die Unternehmen von der Kommission durch Entscheidung (i.S.d. Art. 288 Abs. 4 AEUV) (einzel-)freigestellt wurde (die letzten nach »altem« Recht erlassenen EinzelFreistellungsentscheidungen betrafen die Fälle »UEFA« [Entscheidung vom 23. 07. 2003, ABl. L 291/25 vom 08. 11. 2003] und »Air France/Alitalia« [Entscheidung vom 07. 04. 2004, ABl. L 362/17 vom 09. 12. 2004]). Wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen, die nicht die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllen, waren zwar schon alter Rechtslage ohne Weiteres verboten. Durch eine Anmeldung bei der Kommission zum Zwecke der Einzelfreistellung konnten die beteiligten Unternehmen sich aber zumindest – für die Dauer der Prüfung und in den Grenzen der Anmeldung – Bußgeldfreiheit sichern [Art. 15 Abs. 5 Buchst. a] VO 17/62). Eine solche »Flucht« in die Anmeldung erlaubt die VO 1/2003 nicht mehr (*Schütz*, WuW 2000, 686, 689 f.; *Röhling*, GRUR 2003, 1019, 1020).

## II. Vereinbarkeit von Art. 1 Abs. 2 mit Primärrecht

- 6 Im Vorfeld des Erlasses der VO 1/2003 wurde z.T. die Auffassung vertreten, der Systemwechsel hin zur Legalausnahme sei mit den Vorgaben des primären Gemeinschaftsrechts nicht zu vereinbaren (*Deringer*, EuZW 2000, 5, 6; *Mestmäcker*, EuZW 1999, 523, 525 f.; *Möschel*, JZ 2000, 61 ff.; *Jaeger*, WuW 2000, 1062, 1065 f.; zusammenfassend *Mestmäcker/Schweizer*, Eur. Wettbewerbsrecht, § 13 Rn. 9 ff.; zweifelnd auch die *Monopolkommission*, Sondergutachten 28 [1999] Rn. 13 ff.; Sondergutachten 32 [2002], Rn. 7). Die Streitfrage ist nicht neu. Sie wurde bereits bei Erlass der VO 17/62 diskutiert (*Deringer*, EuZW 2000, 5 f.). Art. 103 Abs. 2 Buchst. b) AEUV gibt grds. die Kompetenz, in einer Durchführungsverordnung die Einzelheiten der Anwendung von Art. 101 Abs. 3 AEUV festzulegen. Art. 101 Abs. 3 AEUV spricht davon, dass Abs. 1 für nicht anwendbar »erklärt« werden kann. Ob der historische Gemeinschaftsgesetzgeber dabei an die Möglichkeit einer *ipso iure* wirkenden Legalausnahme gedacht hat, darf man angesichts des Wortlautes der Vorschrift, der eher auf den Erlass behördlicher Genehmigungen abzielen scheint, jedenfalls bezweifeln. Die Wortlautgrenze steht aber einer Auslegung auch nicht entgegen, wonach die Legalausnahme im weitesten Sinne eine Form der Anwendung des Art. 101 Abs. 3 AEUV ist (*Weitbrecht*, EuZW 2002, 69, 70; *K. Schmidt*, BB 2003, 1237, 1237 f.; *Geiger*, EuZW 2000, 165, 166 f.).
- 7 Entscheiden kann die Streitfrage der Vereinbarkeit des Prinzips der Legalausnahme mit primärem Gemeinschaftsrecht nur der EuGH. Da eine gegen die VO 1/2003 gerichtete Nichtigkeitsklage gem. Art. 263 AEUV nicht mehr in Betracht kommt, müsste ein nationales Gericht den EuGH im Wege des Vorabentscheidungsersuchens gem. Art. 267 AEUV zur Klärung anrufen. Dies setzt

voraus, dass die Streitfrage entscheidungserheblich ist. Dass die VO 1/2003 auf diesem Wege vom EuGH zu Fall gebracht wird, ist jedenfalls unwahrscheinlich (*K. Schmidt*, BB 2003, 1237, 1238; optimistischer offenbar *Jaeger*, WuW 2000, 1062, 1066).

### III. Gruppenfreistellungsverordnungen im neuen System

Angesichts der Umwandlung von Art. 101 Abs. 3 AEUV in eine umfassende Legalausnahme durch Art. 1 Abs. 2 VO 1/2003 stellt sich die Frage, welche Funktion GVOen in dem neuen System einnehmen. Nach verbreiteter Ansicht in der Literatur können GVOen künftig keine rechtsgestaltende (konstitutive) sondern nur noch feststellende (deklaratorische) Wirkung haben (*Bechtold*, BB 2000, 2425, 2426 f.; *ders.*, WuW 2003, 343; *GK/Schütz*, Einführung VO [EG] 1400/2002, Rn. 53; *Hirsch*, ZWeR 2003, 233, 246 f.; *Schwarzel/Weitbrecht*, a.a.O., § 2 Rn. 25). Dahinter steht die Erwägung, dass im Anwendungsbereich einer übergreifenden Legalausnahme Freistellungen denklogisch nicht möglich sein sollen. Von dieser Annahme ausgehend will man den GVOen den Charakter einer unwiderlegbaren Vermutung außerhalb von Art. 2 VO 1/2003 (*Bechtold*, BB 2000, 2425, 2427) oder eines Gruppennegativattestes (*Deringer*, EuZW 2000, 5, 7; *Möschel*, JZ 2000, 61, 65) zuerkennen. Wie jedoch *K. Schmidt* überzeugend nachgewiesen hat, haben GVOen auch im neuen System über die Rechtsfigur der »Doppelwirkung im Recht« **konstitutiven Charakter** (BB 2003, 1237, 1241; ebenso *Wagner*, WRP 2003, 1369, 1373 ff.; *Fuchs*, ZWeR 2005, 1, 12 f.; *Klees*, a.a.O., § 2 Rn. 14; *Baron*, WuW 2006, 358; *Gregor*, WRP 2008, 330; für konstitutive Wirkung bereits *Jaeger*, WuW 2000, 1062, 1066; *Gröning*, WRP 2001, 83, 85). Sie konkretisieren für bestimmte Typen von Vereinbarungen verbindlich die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV (und tragen damit zu einer mittelbaren Anreicherung der Regelungsdichte von Art. 101 Abs. 3 AEUV bei). Nur diese Interpretation verträgt sich mit der Rechtsnatur der GVOen. GVOen sind Verordnungen i.S.d. Art. 288 Abs. 2 AEUV, also abstrakt-generelle Rechtsakte mit eigenem Regelungsgehalt. Außerdem wäre andernfalls nicht erklärlich, warum Kommission und nationale KartB ausdrücklich die Kompetenz erhalten haben, den Rechtsvorteil einer GVO im Einzelfall ex nunc zu entziehen (Art. 29 VO 1/2003). Bei einer bloßen deklaratorischen Wirkung von GVOen wäre dies nicht erforderlich.

GVOen definieren auch künftig für Unternehmen **kartellrechtlich »sichere Häfen«**. Verhaltensweisen, die sich an die Vorgaben einer einschlägigen GVO halten, sind kartellrechtlich erlaubt. Liegen die Tatbestandsvoraussetzungen einer GVO vor, kommen Unternehmen auch dann in den Genuss der Freistellung, wenn im Einzelfall die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV nicht erfüllt sind, sodass Art. 1 Abs. 2 VO 1/2003 nicht eingreifen kann (etwa bei selektiven Vertriebssystemen, die – sofern die relevante Marktanteilsschwelle von 30 % nicht überschritten ist und sie keine Kernbeschränkungen enthalten – durch die VO 2790/1999 über Vertikalvereinbarungen (ABl. 1999 L 336/21) freigestellt sind, selbst wenn die Art der Produkte keinen selektiven Vertrieb erfordert, oder sie etwa diskriminierend betrieben werden, d.h. eine Effizienz steigernde Wirkung i.S.d. Art. 101 Abs. 3 AEUV letztlich zu verneinen ist; s. LL der Kommission für vertikale Beschränkungen (ABl. 2000 C 291/1 Rn. 186). Die Tatbestandswirkung einer GVO greift m.a.W. auch dann, wenn die GVO den durch Art. 101 Abs. 3 AEUV vorgegebenen Rahmen überschreitet. Nationalen Gerichten und Behörden kommt insoweit keinerlei Verwerfungsbefugnis zu. Der EuGH hat in seiner »Foto Frost«-Entscheidung keinen Zweifel daran gelassen, dass es alleine dem Gerichtshof vorbehalten ist, die Ungültigkeit von Handlungen der Kommission festzustellen (*EuGH*, 22. 10. 1987 »Foto Frost«, Slg. 1987, 4199, Rn. 11, 15, 20). Das schließt GVOen der Kommission ein (s.a. die Kommissions-Bek. zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG [ABl. 2004 C 101/97] Rn. 2). Eine Nichtigkeitsklage gegen die GVO selbst gem. Art. 263 AEUV kommt für Unternehmen mangels individueller Betroffenheit auch nach der jüngeren Rspr. der Gemeinschaftsgerichte nicht in Betracht (s. nur *EuGH*, 25. 07. 2002 »UPA«, Slg. 2002, I-6677 ff.; eingehend zum Rechtsschutz Privater gegen Verordnungen *Malferrari/Lerche*, EWS 2003, 254 ff.).

Das Nebeneinander von Legalausnahme und GVOen wirft die Frage auf, wie weit der »sichere Hafen« einer GVO im Einzelfall reicht, wenn nicht alle ihrer Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt

sind. Nach der Rspr. des Gerichtshofs sind **GVOen eng zu interpretieren** (*EuGH*, 24. 10. 1995 »BMW«, Slg. 1995, I-3439, 3471). Daran ist auch künftig grds. festzuhalten (ebenso *Fuchs*, *ZWeR* 2005, 1, 14 f.; a.A. *Bechtold*, *BB* 2000, 2425, 2427; *ders.*, *EWS* 2001, 49, 50), wenngleich **GVOen möglicherweise zumindest im Sinne einer »Ausstrahlungswirkung« oder »Leitbildfunktion« als Maßstab für die Beurteilung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV in Fällen herangezogen werden können, in denen Vereinbarungen nicht unter eine GVO subsumiert werden können.**

- 11 Scheitert etwa die Freistellung nach einer GVO »nur« an den **zu hohen Marktanteilen der Beteiligten**, erfüllt die betreffende Vereinbarung aber ansonsten die Freistellungsvoraussetzungen der GVO, so wird man die Prüfung i.R.d. Art. 101 Abs. 3 AEUV auf die Frage zu beschränken haben, ob die Marktanteile der Parteien auf eine nicht mehr tolerable Marktmacht schließen lassen. Kommt bspw. eine Vertriebsvereinbarung nicht in den Genuss der Freistellungswirkung gem. VO 330/2010, weil der relevante Marktanteil der Parteien knapp über der 30 %-Schwelle liegt (vgl. Art. 3 VO 330/2010), so wird in aller Regel eine Freistellung auf Grundlage von Art. 101 Abs. 3 AEUV in Betracht kommen (so auch *Bechtold*, *BB* 2000, 2425, 2427; *Fuchs*, *ZWeR* 2005, 1, 16). Ähnlich wird man in Fällen vorgehen können, in denen Freistellungsvoraussetzungen aus anderen Gründen als der Aufnahme einer Kernbeschränkung (»schwarzen Klausel«) nicht vorliegen. Auch hier wird man die Prüfung i.R.d. Art. 101 Abs. 3 AEUV auf die Frage zu beschränken haben, ob der »malus« der fehlenden Freistellungsvoraussetzung durch andere Umstände wieder aufgewogen wird.
- 12 Ob eine GVO »**Ausstrahlungswirkung**« oder »**Leitbildfunktion**« für Vereinbarungen haben kann, die in den »schwarzen Listen« der GVOen aufgeführte **Kernbeschränkungen** enthalten (s. etwa Art. 4 VO 330/2010, Art. 4 VO 772/2004), ist offen. In diesen Fällen ermöglicht jedenfalls der Systemwechsel im Unterschied zur alten Rechtslage stets die Prüfung, ob und inwieweit die Legal Ausnahme eingreift (*Bornkamm/Becker*, *ZWeR* 2005, 213, 224 unter Hinweis auf *BGH*, 13. 07. 2004, »Citroën«, WuW/E DE-R 1335 ff., zur Prüfung eines Kfz-Händlervertrages u.a. am Maßstab der VO 1400/2002 sowie des Art. 101 Abs. 3 AEUV). Zwar sind Kernbeschränkungen selbst regelmäßig nach wie vor nicht nach Art. 101 Abs. 3 AEUV freistellungsfähig (*Fuchs*, *ZWeR* 2005, 1, 15 f. m.N. in Fn. 86; kritisch hierzu *Bornkamm/Becker*, *ZWeR* 2005, 213, 229). Das genannte Urteil des *BGH* stellt aber klar, dass für den Zeitraum ab 01. 05. 2004 – ungeachtet der Verwendung »schwarzer Klauseln« – die Wirksamkeit eines Vertrages i.E. am Maßstab des Art. 101 Abs. 3 AEUV gemessen werden muss (was im entschiedenen Fall mangels Parteivortrags sowie Feststellungen der Vorinstanz hierzu nicht möglich war), und legt jedenfalls nahe, dass hier auch die in einer grds. einschlägigen GVO zum Ausdruck kommenden Wertentscheidungen Berücksichtigung finden (so wohl auch *Bornkamm/Becker*, *ZWeR* 2005, 213, 228 f., allerdings mit Blick auf die besondere Fallkonstellation, dass eine bestimmte Klausel von der aktuell geltenden GVO »schwarz gelistet« wird, jedoch von der Vorgänger-GVO als freistellungsfähig anerkannt wurde).

#### IV. Bekanntmachungen und Leitlinien der Kommission im neuen System

- 13 Die Entscheidungspraxis von Kommission und Gerichtshof allein reicht nicht aus, nationalen Behörden und Gerichten sowie den Unternehmen hinreichende Entscheidungsmaßstäbe an die Hand zu geben, die eine einheitliche Anwendung von Art. 101 Abs. 1 und 3 AEUV im Einzelfall gewährleisten. Die Kommission hat daher zahlreiche Bek. und LL veröffentlicht, in denen sie ihre Auffassung zur Auslegung von Art. 101 Abs. 1 und 3 AEUV darlegt und erläutert (LL für vertikale Beschränkungen, *ABl.* 2010, C 130/1 ff.; LL zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, *ABl.* 2011, C 11/1 ff. [s. hierzu die öffentliche Konsultation vom 04. 12. 2008 bis 31. 01. 2009 unter [http://ec.europa.eu/competition/consultations/2009\\_horizontal\\_agreements/index.html](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2009_horizontal_agreements/index.html)]; LL zur Anwendung von Art. 81 EG-Vertrag auf Technologietransfer-Vereinbarungen, *ABl.* 2004, C 101/2 ff.; LL zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag, *ABl.* 2004, Nr. C 101/97 ff.; LL über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Art. 81 und 82 des Vertrages, *ABl. EG* 2004 C 101/81 ff.;



Bek. über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gem. Art. 81 Abs. 1 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken [de minimis], ABl. 2001 C 368/13 ff.; Bek. über die Beurteilung von Zulieferverträgen nach Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag, ABl. 1979 C 1/2 ff.; Bek. über die Definition des relevanten Marktes i.S.d. Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. 1997 C 372/5 ff.).

Durch die Veröffentlichung von Bek. und LL **bindet sich die Kommission** mit Blick auf die **Ausübung eines ihr zustehenden Beurteilungsspielraums** (*EuG*, 09. 07. 2003 »Archer Daniels Midland«, Rn. 182 [betr. die LL für das Verfahren zur Festsetzung der Höhe von Geldbußen; s. hierzu die Kommentierung zu Art. 23 Rn. 42 ff.]; *EuG*, 12. 12. 1996 »AIUFFASS«, Slg. 1996, II-2169, Rn. 57; 30. 04. 1998 »Vlaams Gewest/Kommission«, Slg. 1998, II-717, Rn. 89 [betr. LL im Beihilfenrecht]; 03. 04. 2003 »Philips/Kommission«, Slg. 2003, II-1433, Rn. 242 [betreffend LL in der Fusionskontrolle]). Diese Bindung beschränkt sich auf die Kommission. Nationale KartB und Gerichte sind durch Bek. und LL der Kommission nach ganz herrschender Auffassung rechtlich nicht gebunden (so eindeutig *EuGH*, 13. 12. 12. »Expedia Inc.«, C-226/11 Rn. 31; aus dem Schrifttum *Bornkamm/Becker*, *ZWeR* 2005, 213, 230; *Pampel*, *EuZW* 2005, 11, 12 f.; *Kirchhoff*, *WuW* 2004, 745, 750; *FK/Kulka*, Art. 81 Abs. 1, 3 EG-Vertrag, Fallgruppe II.1, Rn. 21; *Bauer*, in: *Bauer/de Bronett*, a.a.O., Rn. 245; so auch die Kommission selbst, s. die LL zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag, ABl. 2004 C 101/97 Rn. 4; a.A. *Schweda*, *WuW* 2004, 1133 ff. unter Ableitung einer rechtlichen Bindungswirkung für nationale Behörden und Gerichte aus der allg. Loyalitätspflicht nach Art. 4 Abs. 3 EUV; differenzierend *Leopold*, Rechtsprobleme, der aus den Erklärungen der mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden gemäß Rn. 72 der ECN-Bek. eine Bindungswirkung zulasten der Behörden ableitet, die diese Erklärung abgegeben haben; a.a.O. S. 56 f. m. Nachw.). Die deutschen Gerichte haben dementsprechend nur eine Pflicht angenommen, Bek. bzw. LL der Kommission allg. zu »berücksichtigen«, ohne rechtliche Bindungswirkung anzunehmen (für die Bagatellbek. etwa *LG Frankfurt am Main*, 15. 11. 2002 »Autovermietungsagenturen«, *WuW/E DE-R* 1200, 1201 f.; *OLG München*, 01. 08. 2002 »Tankstelle Germering«, *WuW/E DE-R* 991, 992; in diesem Sinne auch die Begr. zu RegE der 7. GWB-Novelle mit Blick auf den – letztlich nicht Gesetz gewordenen – § 23 GWB-E, BT-Drucks. 15/3640, S. 47). Trotz fehlender rechtlicher Bindung der nationalen (Behörden und) Gerichte wird angenommen, dass diese der Kommissionsauslegung gemeinhin Folge leisten (*Bornkamm/Becker*, *ZWeR* 2005, 213, 230 unter Hinweis darauf, dass ein [letztinstanzliches] Gericht, dass der Kommissionsauslegung nicht Folge leisten will, als Alternative nur das Vorabentscheidungsersuchen an den *EuGH* nach Art. 267 AEUV hat, da es jedenfalls nicht vom Vorliegen eines sog. »acte clair« ausgehen könne; dies verkennend wohl das *OLG München*, wonach es besonders schwer wiegender Gründe bedürfe, wenn ein Gericht sich über die Bewertungen in einer Bek. der Kommission hinwegsetzen wolle, *Urt. v.* 01. 08. 2002 »Tankstelle Germering«, *WuW/E DE-R* 991, 993). Ein Abweichen nationaler Behörden von Bewertungen in einer Bek. der Kommission wird i.Ü. stets das Risiko eines Einschreitens der Kommission nach Art. 11 Abs. 6 VO 1/2003 nach sich ziehen (s. die Kommentierung zu Art. 11 Rdn. 12 ff.).

## C. Problem der Rechtssicherheit

### I. Kartellrechtliche »Selbstveranlagung«

Die Auswirkungen des neuen Kartellverfahrensrechts auf die Unternehmen sind zwiespältig. Einerseits ist das neue Kartellverfahrensrecht unbürokratischer und erspart Unternehmen den Aufwand von Anmeldungen zum Zwecke der Einzelfreistellung von Verträgen oder Verhaltensweisen. Andererseits ist ihnen nunmehr die Möglichkeit genommen, durch Einzelfreistellung Rechtssicherheit zu erlangen. Unternehmen sind nunmehr – ähnlich wie im Steuerrecht – zur kartellrechtlichen »Selbstveranlagung« (*Schütz*, *WuW* 2000, 686, 689; *Bechtold*, *WuW* 2003, 343), d.h. zur Prüfung gezwungen, ob die Tatbestandsvoraussetzungen einer Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV im konkreten Einzelfall erfüllt sind. Um bei der Selbstveranlagung eine gewisse Hilfestellung zu geben, hat die Kommission noch vor dem Geltungsbeginn der VO 1/2003 am

01. 05. 2004 »Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag« bekannt gemacht (ABl. 2004 C 101/97), die ihre Fallpraxis bei der Anwendung der vier Freistellungsvoraussetzungen (Effizienzsteigerung, angemessene Verbraucherbeteiligung, Verhältnismäßigkeit von Beschränkungen, keine Ausschaltung des Wettbewerbs) zusammenfassen. Eine solche »Selbstveranlagung« birgt für Unternehmen die Gefahr von Fehlern (**Subsumtionsrisiko**) (eingehend hierzu *Schwintowski/Klaue*, WuW 2005, 370, 376 ff.), und zwar sowohl bei der **Rechtsanwendung** als auch bei der **Sachverhaltsermittlung** (zur Irrtumsproblematik s.u. Rdn. 22). Eine Selbstveranlagung kommt nicht ohne umfassende Analyse der Marktstrukturen und insb. der Marktposition der Vertragspartner in den relevanten Märkten aus. Deutlich wird dies z.B. an den Marktanteilsschwellen der GVOen (s.u. Rdn. 23). Genaue Marktdaten des Vertragspartners werden aber häufig nicht bekannt und frei zugänglich sein (*Kamann/Bergmann*, BB 2004, 1743, 1747).

- 16 Gänzlich neu ist die »Selbstveranlagung« nicht, denn sie war auch schon nach alter Rechtslage erforderlich für die Subsumtion von Verhaltensweisen unter eine GVO. Unternehmen konnten sich hier allerdings in Zweifelsfällen mit einem Antrag auf Einzelfreistellung bei der Kommission behelfen, s. *IM/Veelken*, EG-WettbR, GFVO, Kap. A, Rn. 12. Auch Teile der LL der Kommission zu vertikalen und horizontalen Vereinbarungen (s. ABl. 2010 C 130/1 und ABl. 2011 C 11/1) beruhen letztlich bereits auf dem Prinzip der Selbstveranlagung (*Weitbrecht*, EuZW 2003, 69, 69). Zudem wurde der größte Teil der Anmeldungen durch sog. »comfort letters« beschieden, also durch einfache Verwaltungsschreiben der Kommission, die nur in sehr begrenztem Umfang Rechtssicherheit verschafften (so auch *Schütz*, WuW 2000, 686, 691).

## II. Informelle Beratung durch die Kartellbehörden

- 17 Die Kommission beabsichtigt, den **Verlust an Rechtssicherheit** für Unternehmen in geeigneten Einzelfällen durch **informelle »Beratungsschreiben«** abzumildern (hierzu eingehend die Kommentierung zu Art. 10 Rdn. 15 ff.). Darüber hinaus kann sie im öffentlichen Interesse auch Entscheidungen feststellenden Charakters mit dem Inhalt treffen, dass eine bestimmte Verhaltensweise nicht gem. Art. 101, 102 AEUV verboten ist (Art. 10 VO 1/2003). Über eine ähnliche Kompetenz verfügt seit der 7. GWB-Novelle auch das BKartA (vgl. Art. 5 Satz 3 VO 1/2003). Es kann durch Entscheidung feststellen, dass es in einem Einzelfall keinen Anlass sieht, tätig zu werden, weil das betreffende Verhalten nicht nach Art. 101 Abs. 1, 102 AEUV verboten ist (§ 32c GWB; s.a. die Kommentierung zu Art. 5 Rdn. 13 bis 15 und *Bornkamm*, § 32c GWB Rdn. 3 zur Praxis des BKartA). Das BKartA ist insoweit zwar nicht an ein öffentliches Interesse gebunden (und musste sogar auf Antrag kleiner oder mittlerer Unternehmen, die ein erhebliches wirtschaftliches oder rechtliches Interesse darten, eine solche Entscheidung fällen, § 3 Abs. 2 GWB, der bis 30. 06. 2009 galt und im Rahmen der 8. GWB-Novelle 2013 gestrichen wurde). Ihm fehlt aber – im Gegensatz zur Kommission – die Kompetenz für eine solche Entscheidung, wenn das betreffende Verhalten den Tatbestand der Legalausnahme des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllt. Aus den Kreisen des BKartA ist zu vernehmen, dass das Amt darüber hinaus seine bisherige Praxis beibehalten und Unternehmen in geeigneten Fällen informelle Orientierungshilfen geben wird (*Böge*, EWS 2003, 441, 442; s.a. die Begr.RegE zur 7. GWB-Novelle, BT-Drucks. 15/3640 vom 12. 08. 2004, S. 34 re. Sp.; s.a. *Bornkamm* a.a.O.). Die Kommission hat ebenfalls ihre Bereitschaft bekundet, in Einzelfällen ad hoc mündliche Orientierungshilfen zu geben, dabei aber betont, dass dies nicht im Sinne einer »open door policy« misszuverstehen sei. **Informelle Beratung vonseiten der KartB** wird daher im neuen System wohl **nur ausnahmsweise** zur Verfügung stehen. Informelle Beratung kann folglich das Problem der Rechtsunsicherheit aufgrund von Subsumtionsrisiken allenfalls abmildern, nicht aber lösen. Die Kommission selbst hat in den ersten 12 Monaten seit Inkrafttreten der VO 1/2003 weder eine Positiventscheidung nach Art. 10 VO 1/2003 erlassen noch ein Beratungsschreiben veröffentlicht.

**III. Beurteilungsspielräume bei der Anwendung von Art. 101 AEUV**

Art. 101 Abs. 3 AEUV ist nunmehr in den Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbares Recht. Die geringe Regelungsdichte dieser Norm wirft dabei Probleme auf. Die Tatbestandsvoraussetzungen der Freistellung sind sehr allg. und weit gehalten. Bislang haben die Gemeinschaftsgerichte der Kommission bei der Anwendung von Art. 101 Abs. 3 AEUV daher auch einen **weiten Beurteilungsspielraum** zugestanden (*EuGH*, 13. 07. 1966 »Grundig/Consten«, Slg. 1966, 321, 396; 25. 10. 1977 »Metro I«, Slg. 1977, 1875, Rn. 45, 50; *EuG*, 23. 10. 2003 »Van den Bergh Foods«, Slg. 2003, II-4653, Rn. 135; 23. 02. 1994 »CB und Europay«, Slg. 1994, II-49, Rn. 109). Im Lichte des Systemwechsels zur Legal Ausnahme ist fraglich, ob das auch künftig der Fall sein wird. Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich eine Norm, die nicht wenigstens in Grundzügen justiziabel ist, für eine unmittelbare Anwendbarkeit nicht eignet. In der Literatur wurde bezweifelt, ob Art. 101 Abs. 3 AEUV überhaupt justiziabel ist (*Emmerich*, WRP 2000, 858, 862, so auch noch die *Kommission*, XXIII. WB [1994], Rn. 190). Bedenken wurden auch gegen den weiten Beurteilungsspielraum der Kommission vorgebracht, der nach Auffassung einiger Kommentatoren mit der unmittelbaren Anwendbarkeit des Art. 101 Abs. 3 AEUV nicht vereinbar ist (*Weyer*, ZHR 164 [2000], 611, 620 ff.). Die Kommission selbst geht davon aus, dass ihr auch künftig bei der Anwendung von Art. 101 Abs. 3 AEUV ein »gewisser« bzw. »begrenzter« Beurteilungsspielraum zukommt (*Begr. EVO*, KOM [2000] 582 endg., S. 5).

Ohne Bedeutung ist in diesem Zusammenhang, dass das »können« in Art. 101 Abs. 3 AEUV durch Art. 1 Abs. 2 VO 1/2003 gegenstandslos geworden ist. Quelle für den Beurteilungsspielraum der Kommission war auch bislang nicht etwa ein Ermessen, das Art. 101 Abs. 3 AEUV als »Kannvorschrift« eröffnet hätte. Lagen die Voraussetzungen von Art. 101 Abs. 3 AEUV vor, war die Kommission vielmehr verpflichtet, eine Freistellung zu erteilen (*EuGH*, 13. 07. 1966 »Grundig/Consten«, Slg. 1966, 321, 396; *Hirsch*, ZWeR 2003, 233, 239). Die Gerichte billigten der Kommission in der Vergangenheit deshalb einen Beurteilungsspielraum zu, weil sie bei der Anwendung von Art. 101 Abs. 3 AEUV komplexe wirtschaftliche Bewertungen anstellen muss (*EuGH*, 17. 11. 1987 »Morris-Rothmans«, Slg. 1987, 4487, Rn. 62; 15. 06. 1993 »Matra«, Slg. 1993, I-3202, 3256; *EuG*, 23. 10. 2003 »Van den Bergh Foods/Kommission«, Slg. 2003, II-4653, Rn. 80), die es rechtfertigen, ihre Entscheidungen nur darauf zu überprüfen, ob die Verfahrens- und Begründungsregeln beachtet wurden, ob der Tatbestand richtig festgestellt wurde, kein offenkundiger Beurteilungsfehler und kein Ermessensfehlgebrauch vorliegt (*EuGH*, 15. 05. 1975 »FRUBO«, Slg. 1975, 563; *EuG*, 23. 10. 2003 »Van den Bergh Foods«, Slg. 2003, II-4653, Rn. 135; 23. 02. 1994 »CB und Europay«, Slg. 1994, II-49, Rn. 109).

Ein Beurteilungsspielraum muss der Kommission auch künftig bei ihren Entscheidungen zustehen. Die Spielräume, die sich aus den weitgehend unbestimmten Tatbestandsmerkmalen des Art. 101 Abs. 3 AEUV ergeben, existieren im System der Legal Ausnahme unverändert fort. Es ist daher damit zu rechnen, dass die Gemeinschaftsgerichte unverändert ihre Kontrolldichte entspr. zurücknehmen werden (i.E. ebenso *Klees*, a.a.O., § 2 Rn. 23 f.; a.A. *Weitbrecht*, EuZW 2003, 69, 70; *Fuchs*, ZWeR 2005, 1, 18 ff.).

Unklar ist, ob auch die **nationalen Behörden** und/oder ggf. die **nationalen Gerichte** bei der Anwendung von Art. 101 AEUV vergleichbare Beurteilungsspielräume für sich in Anspruch nehmen können. Das wird zu verneinen sein. Zwar resultieren Beurteilungsspielräume aus den anzuwendenden Normen, sodass man argumentieren könnte, der Beurteilungsspielraum folge Art. 101 Abs. 3 AEUV und könne daher von jeder Behörde in Anspruch genommen werden, die diese Norm anwendet. Mit der gleichen Argumentation hätte man dann aber auch schon nach bisheriger Rechtslage einen Beurteilungsspielraum nationaler KartB etwa bei der Anwendung von Art. 101 Abs. 1 AEUV annehmen müssen. Der BGH hat freilich einen solchen Beurteilungsspielraum des BKartA in der Rs. »Selektive Exklusivität« mit keinem Wort erwähnt, obgleich er betont, dass sich der Prüfmaßstab für das BKartA bei der Anwendung von Art. 101 Abs. 1 AEUV nur aus dieser Norm ergibt (*BGH*, 07. 10. 1997, WuW/E DE-R 89, 93; ebenso die Vorinstanz *KG*, 06. 11. 1996, WuW/E OLG 5580 ff.). Es ist nicht zu erwarten, dass sich daran künftig etwas

ändert. Beurteilungsspielräume bestehen immer nur im Verhältnis zu einem Gericht, welches zur Überprüfung von Entscheidungen befugt ist, die offene Kompetenznormen konkretisieren. Bei Entscheidungen nationaler KartB bleiben dies auch künftig ausschließlich die Gerichte des betreffenden Mitgliedstaates. Die Gerichte handeln dabei auf Grundlage ihres nationalen Verfahrensrechts, solange dieses nicht die effektive Durchsetzung des Art. 101 AEUV blockiert (vgl. hierzu *EuGH*, 01. 06. 1999 »Eco Swiss«, Slg. 1999, I-3055 Rn. 37). Die deutschen Gerichte erkennen – ausgehend von ihrer Konzeption einer unterschiedlichen Behandlung von Ermessen einerseits und der Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe im Einzelfall andererseits – den nationalen KartB in stRspr. keinen Beurteilungsspielraum zu (*IM/Schmidt*, *GWB*, § 71 *GWB*, Rn. 37 m.w.N.; Ausnahme: § 71 Abs. 5 Satz 2 *GWB*). Daran wird sich wohl auch künftig nichts ändern, wenn das BKartA Art. 101 Abs. 3 AEUV anwendet (ebenso *Hirsch*, *ZWeR* 2003, 233, 238 f.). Auch die Gerichte selbst werden im Rahmen von Zivilrechtsstreitigkeiten die Tatbestandsmerkmale des Art. 101 Abs. 3 AEUV eigenständig beurteilen müssen, ohne sich auf einen wie auch immer gearteten Spielraum berufen zu können (*Hirsch*, *ZWeR* 2003, 233, 238).

- 22 Auch **Unternehmen** kann bei der kartellrechtlichen Selbstveranlagung (s.o. Rdn. 15 f.) kein Beurteilungsspielraum zustehen (*Röbling*, *GRUR* 2003, 1019, 1020; *Fuchs*, *ZWeR* 2005, 1, 21 f.; *Klees*, a.a.O., § 2 Rn. 26 ff.; *Schnelle/Bartosch/Hübner*, a.a.O., S. 66; a.A. *Bechtold*, *WuW* 2003, 343). Den Unternehmen fehlt der öffentliche Auftrag des Ordnungsgebers, Art. 101 Abs. 3 AEUV durchzusetzen. Das obliegt nur der Kommission (Art. 4 VO 1/2003), den nationalen KartB (Art. 5 VO 1/2003) und den nationalen Gerichten (Art. 6 VO 1/2003). Daher muss die Frage lauten, wie zu verfahren ist, wenn Unternehmen irrtümlich aber nur leicht fahrlässig davon ausgegangen sind, eine Vereinbarung sei durch Art. 101 Abs. 3 AEUV freigestellt. Unternehmen werden regelmäßig sachverständige Dritte einschalten, um Fehlbewertungen mit der Folge einer Verbots- oder sogar Bußgeldentscheidung möglichst zu vermeiden. Die Kommission sollte auftretende Irrtümer (gleich ob Rechts- oder Tatsachenirrtümer) im Rahmen ihres Ermessens bei der Festlegung von Geldbußen im Hinblick auf die Schwere des Verstoßes berücksichtigen (eingehend *Dreher/Thomas*, *WuW* 2004, 8 ff.; *Klees*, a.a.O., § 2 Rn. 29; s. des Weiteren die Kommentierung zu Art. 23 Rdn. 37 bis 40, insb. 39 zur Frage des Verschuldensausschlusses durch Einholung externen Rats).

#### D. Vertragsgestaltung

- 23 Unternehmen werden erwägen, **Risiken**, die mit der kartellrechtlichen Selbstveranlagung von Verträgen einhergehen, **durch vertragliche Regelungen »aufzufangen«** (eingehend hierzu *Kamann/Bergmann*, *BB* 2004, 1743 ff.). Dies gilt insb. mit Blick auf die **Marktstellung der Vertragsparteien**, die für die kartellrechtliche Bewertung wettbewerbsbeschränkender Klauseln oft maßgeblich ist (s. etwa die **Marktanteilsschwellen als Freistellungsvoraussetzung** in Art. 3 VO 330/2010 über Vertikalvereinbarungen, *ABl.* 2010 L 102/1; Art. 3 VO 772/2004 für Technologietransfervereinbarungen, *ABl.* 2004 L 123/11; Art. 3 VO 1218/2010 für Spezialisierungsvereinbarungen, *ABl.* 2010 L 335/43; Art. 4 VO 1217/2010 für Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen, *ABl.* 2010 L 335/36; Art. 5 VO 461/2011 für den Kfz-Sektor, Anh. 2; s. des Weiteren – beispielhaft – für das Abstellen der wettbewerblichen Beurteilung auf Marktanteile Rn. 208 der Kommissions-LL betreffend horizontale Vereinbarungen, *ABl.* 2011 C 11/1). Denkbar ist insoweit, in dem Vertrag das übereinstimmende Verständnis der Parteien von ihrer Marktposition auf den betroffenen Märkten festzuhalten, etwa durch entspr. Garantieverprechen, dass sie eine bestimmte Marktanteilsschwelle nicht überschreiten. Eine solche Klausel könnte abgesichert werden durch regelmäßige Berichtspflichten, wonach die Parteien ihre Marktposition fortlaufend analysieren und ihrem Vertragspartner ggü. bestätigen bzw. korrigieren müssen. Bei wirtschaftlich besonders wichtigen Abreden ist weiterhin an eine Erweiterung der gängigen salvatorischen Erhaltungs- und Ersetzungsklauseln zu denken. Dem Fall, dass sich während der Vertragsdauer die Marktposition der Parteien dergestalt verändert, dass sich der »sichere Hafen« einer Gruppenfreistellung verschließt, könnten die Parteien durch ausdrückliche Vertragsanpassungsklauseln vorbeugen, die die

Ersetzung wettbewerbsbeschränkender durch nicht-wettbewerbsbeschränkende Klauseln vorsehen (etwa von Exklusivrechten durch nicht exklusive Rechte). Weiterhin sind Sonderkündigungsrechte mit Neuverhandlungsverpflichtung und der auflösend bedingte Abschluss wettbewerbsbeschränkender Klauseln zu erwägen. Ziel solcher Klauseln ist es, das Nichtigkeitsrisiko einzudämmen und eine »Infizierung« des Restvertrages durch kartellrechtswidrige oder kartellrechtswidrig gewordene Klauseln zu vermeiden.

Eine weitere Möglichkeit der absichernden Vertragsgestaltung besteht bei **Gerichtsstandsklauseln** 24 (eingehend hierzu *Kamann/Bergmann*, BB 2004, 1743, 1747 ff.), um Unterschiede der nationalen Prozessrechte ausnutzen zu können. Zwar ist es Ziel der VO 1/2003, die Gerichte in den 25 Mitgliedstaaten stärker an der Durchsetzung des europäischen KartR zu beteiligen (s. die N. in der Kommentierung zu Art. 6 Rdn. 3, 14, sowie Rn. 9 der Kommissionsbek. über die Behandlung von Beschwerden, ABl. 2004 C 101/65). Prozessrechtlich verbleiben aber große Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten (eingehend hierzu etwa die 2004 veröffentlichte rechtsvergleichende Untersuchung der Kommission »Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules«; s.a. Kommentierung zu Art. 6 Rdn. 14). Zu einer gewissen Grundharmonisierung trägt insoweit bislang nur der »effet utile« Grundsatz bei (s. etwa *EuGH*, 20. 09. 2001 »*Courage/Crehan*«, Slg. 2001, I-6297, für die Frage, ob Vertragspartner einer kartellrechtswidrigen Abrede Anspruch auf Schadensersatz haben). Gravierende Unterschiede bestehen bspw. bei den Regelungen zur Beweisbeibringung (in Großbritannien, Nordirland und Zypern können bspw. Kläger in Zivilstreitigkeiten vom Beklagten die Offenlegung von Informationen verlangen [»discovery«; s. die genannte Kommissionsstudie Teil I S. 1–62]; in Deutschland hingegen ist dies als Ausforschungsbeweis grds. unzulässig).

## Artikel 2 Beweislast

In allen einzelstaatlichen und gemeinschaftlichen Verfahren zur Anwendung der Artikel 81 und 82 des Vertrags obliegt die Beweislast für eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 81 Absatz 1 oder Artikel 82 des Vertrags der Partei oder der Behörde, die diesen Vorwurf erhebt. Die Beweislast dafür, dass die Voraussetzungen des Artikels 81 Absatz 3 des Vertrags vorliegen, obliegt den Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen, die sich auf diese Bestimmung berufen.

Übersicht	Rdn.		Rdn.
A. Überblick	1	II. Unschuldsvermutung in Bußgeldverfahren	7
B. Verfahren der Kartellbehörden	4	C. Zivilgerichtliche Verfahren	9
I. Amtsermittlungsgrundsatz (Offizialmaxime)	4		

### Literatur

*Baudenbacher/Behn*, Back to »Betsy«: Zur Empagran-Entscheidung des US Supreme Court, ZWeR 2004, 604–626; *Bechtold*, Grundlegende Umgestaltung des Kartellrechts: Zum Referentenentwurf der 7. GWB-Novelle, DB 2004, 235–241; *Bornkamml/Becker*, Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellverbots nach der Modernisierung des EG-Kartellrechts, ZWeR 2005, 213–236; *Dalheimer/Fedderson/Miersch*, EU-Kartellverfahrensverordnung, Kommentar zur VO 1/2003, Sonderausgabe aus Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Nach Art. 83 EGV, 2005; *Fikentscher*, Das Unrecht einer Wettbewerbsbeschränkung: Kritik an Weißbuch und VO-Entwurf zu Art. 81, 82 EG-Vertrag, WuW 2001, 446–458; *Hamer*, Die Rolle des nationalen Richters im Rahmen der Kartell-Durchführungsverordnung 1/2003/EG, Tagung der Europäischen Rechtsakademie Trier am 8. und 9. 5. 2003, EWS 2003, 415–419; *Hirsch*, Anwendung der Kartellverfahrensverordnung (EG) Nr. 1/2003 durch nationale Gerichte, ZWeR 2003, 233–254; *Hossenfelder/Lutz*, Die neue Durchführungsverordnung zu den Artikeln 81 und 82 EG-Vertrag, WuW 2003, 118–129; *Kirchhoff*, Sachverhaltsaufklärung und Beweislage bei der Anwendung des Art. 81 EG-Vertrag, WuW 2004, 745–754; *Klees*, Europäisches Kartellverfahrensrecht mit Fusionskontrollverfahren, I. A., 2005; *Körber*, Die Empagran-Entscheidung des US Supreme Court, ZWeR 2004, 591–603; *Monopolkommission*: Kartellpolitische Wende in der Europäischen Union? Zum Weißbuch der Europäischen Union vom 28. April 1999, Sondergutachten