

**Stellungnahme des
Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie
und des Bundeskartellamtes
zum Entwurf einer Verordnung der Europäischen Kommission
über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag auf Gruppen von
vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen
(Vertikal-GVO)**

1. Allgemeines

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (BMWi) und das Bundeskartellamt (BKartA) begrüßen die Vorlage der Entwürfe der Vertikal-GVO und der Leitlinien für vertikale Beschränkungen durch die Europäische Kommission und nehmen gerne die Gelegenheit wahr, zu den Texten Stellung zu nehmen. Die bisherigen Regelungen der Vertikal-GVO und der sie erläuternden Leitlinien haben sich in den vergangenen 10 Jahren in der Praxis weitgehend bewährt. Aus diesem Grund ist es folgerichtig, dass die nun vorliegenden Entwürfe die derzeit geltende Grundstruktur und -ausrichtung beibehalten und überwiegend nur Anpassungen im Detail vorsehen.

Das BMWi und das BKartA unterstützen diesen Ansatz der Europäischen Kommission. Die Vertikal-GVO und die Leitlinien spielen bei der Vertragsgestaltung von Liefer- und Vertriebsvereinbarungen für die Praxis eine sehr wichtige Rolle. Sie bieten den betroffenen Unternehmen im System der Legalausnahme eine Orientierungshilfe, ob kartellrechtliche Bestimmungen der gewünschten vertraglichen Regelung entgegenstehen. Damit gibt die Vertikal-GVO der Wirtschaft eine gewisse Rechtssicherheit und verringert deren Transaktionskosten. BMWi und BKartA sind überzeugt, dass auch die zukünftige Vertikal-GVO in der Lage sein wird, diese wichtige Funktion zu erfüllen.

Vor diesem Hintergrund begrüßen BMWi und BKartA, dass die Europäische Kommission Preisbindungen der zweiten Hand weiterhin als Kernbeschränkungen i.S.v. Art. 4 Vertikal-GVO ansieht und gleichzeitig zu erkennen gibt, dass diese Einschätzung Unternehmen im Einzelfall nicht daran hindert, Effizienzgewinne einer

solchen Vereinbarung geltend zu machen. Allerdings zeigt die Erfahrung, dass das Mittel der Preisbindung in aller Regel nicht unerlässlich ist, um die im Rahmen von Artikel 81 Abs. 3 EG geforderten Effizienzgewinne zu bewirken.

Im Bereich des stark an Bedeutung zunehmenden Online-Handels unterstützen BMWi und BKartA den Ansatz der Europäischen Kommission, einen angemessenen Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen der verschiedenen Marktakteure zu finden und damit den Wettbewerb im Vertikalverhältnis auch im Internetzeitalter zu sichern.

Kritisch sehen BMWi und BKartA hingegen die vorgeschlagene zusätzliche Marktanteilsschwelle in Art. 3 des Entwurfs. Um ihrer oben dargelegten Funktion gerecht werden zu können, muss die Verordnung für die rechtsuchenden Unternehmen handhabbar bleiben. Daran bestehen erhebliche Zweifel, da der Anbieter in den wenigsten Fällen einzuschätzen vermag, welche Marktanteile sein Abnehmer auf seinen Absatzmärkten besitzt.

BMWi und BKartA würden es begrüßen, wenn die Europäische Kommission die vorgeschlagene Änderung in Art. 4 b) des Entwurfs noch einmal überprüfen würde, da die vorgelegte Formulierung Auslegungen zulässt, die den grundsätzlich erwünschten Schutz selektiver Vertriebssysteme in Frage zu stellen vermag.

Schließlich vermissen BMWi und BKartA in den vorgelegten Entwürfen eine Abstimmung mit den geplanten Änderungen des zukünftigen wettbewerbsrechtlichen Rahmens für den Kfz-Sektor (s. Mitteilung vom 22. Juli 2009), die offenbar noch nicht stattgefunden hat. Sollten sich hieraus Änderungen oder Ergänzungen der Vertikal-GVO und der dazugehörigen Leitlinien ergeben, ist es aus deutscher Sicht unabdingbar, die Änderungen beider Regelungsmaterien inhaltlich und vom Verfahren her koordiniert zu behandeln.

Dies sind aus Sicht des BMWi und des BKartA die wesentlichen Anmerkungen zu den vorgelegten Entwürfen. Darüber hinausgehende Anmerkungen im weiteren Verlauf des Konsultationsverfahrens bleiben ausdrücklich vorbehalten.

2. Berechnung der relevanten Marktanteile

Die aktuelle Vertikal-GVO findet - mit Ausnahme des speziellen Falles einer Alleinbelieferungsverpflichtung - nur dann Anwendung, wenn der Anbieter auf dem Markt, auf dem er die Vertragsprodukte verkauft, einen Anteil von 30 % nicht überschreitet. Nach dem jetzt vorliegenden Entwurf soll es zukünftig nicht mehr allein auf den Anteil des Anbieters auf seinen Absatzmärkten ankommen, sondern darüber hinaus auch auf den Anteil des Abnehmers auf dessen Absatzmärkten. Die Vertikal-GVO findet danach nur (noch) dann Anwendung, wenn die an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen auf keinem von der Vereinbarung betroffenen relevanten Markt einen Anteil von mehr als 30 % halten. Aus den Leitlinien (Rn. 83) ergibt sich, dass mit „relevanten Märkten“ ausschließlich Absatzmärkte gemeint sind.

Die Konzeption der Vertikal-GVO beruht auf der Prämisse, dass keine der Vertragsparteien über Marktmacht verfügt. Die Anteilsschwelle von 30 % dient in diesem Zusammenhang als Gradmesser für (die Abwesenheit von) Marktmacht. Zwar wäre es für eine möglichst realistische Abbildung der von einer Vertragsbeziehung betroffenen Märkte konzeptionell richtig, auch auf den Marktanteil des Abnehmers und die Einkaufsmärkte abzustellen. Ein solcher Schritt stünde aber im Widerspruch zum wesentlichen Ziel der Vertikal-GVO und der dazugehörigen Leitlinien, den betroffenen Unternehmen eine klare Handhabe bei der Gestaltung ihrer vertikalen Vertragsbeziehungen zu liefern. Zudem liefe man damit Gefahr, die Vertikal-GVO zu überfrachten und deren Nutzen voraussichtlich erheblich zu beeinträchtigen. Während beide Vertragsparteien die Stellung des Anbieters auf dessen Absatzmarkt (der zugleich der Markt ist, auf dem der Abnehmer die Vertragsprodukte einkauft) zumindest in groben Zügen abschätzen können, wird der Anbieter den Anteil seiner Abnehmer auf den Absatzmärkten, auf denen diese die Vertragsprodukte weiterverkaufen, in wenigen Fällen aus eigener Anschauung beurteilen können. Zudem kann eine Vertriebsvereinbarung eine Vielzahl regionaler und lokaler Märkte mit jeweils unterschiedlichen Marktanteilen betreffen. Schließlich ist nicht zu erkennen, dass die der Europäischen Kommission bei der Formulierung der Norm vorschwebenden Fälle ein derart häufig auftretendes Problem sind, dass eine solch gravierende Einschränkung des Anwendungsbereichs der Vertikal-GVO

gerechtfertigt wäre. Art. 6 eröffnet den Wettbewerbsbehörden insoweit ausreichende Handlungsmöglichkeiten.

Mögliche Probleme auf den relevanten Einkaufsmärkten (und eine dort mitunter bestehende Nachfragemacht) sollten stattdessen an geeigneter Stelle mit den dafür bestehenden Instrumenten (z.B. Art. 82 EG) in Angriff genommen werden.

BMWi und BKartA treten aus Gründen der Praktikabilität und nicht abschätzbarer Folgen dafür ein, die in Art. 3 eingefügte zweite Marktanteilsschwelle wieder zu streichen.

3. Preisbindung der zweiten Hand

Die Vertikal-GVO ordnet die Preisbindung der zweiten Hand in Artikel 4 (a) nach wie vor als Kernbeschränkung ein. Geändert hat sich lediglich der Text der Leitlinien. Die Leitlinien stellen deutlicher als bisher heraus, was die Einordnung als Kernbeschränkung bedeutet: Dass nämlich in der ganz überwiegenden Zahl der Fälle die Voraussetzungen für eine Freistellung nach Artikel 81 Abs. 3 EG nicht erfüllt sein werden (Rn. 47 allgemein und Rn. 219 speziell für den Fall der Preisbindung). An gleicher Stelle stellen die Leitlinien klar, dass den Unternehmen auch im Fall einer Kernbeschränkung die Möglichkeit verbleibt, Gründe vorzubringen, warum trotz der Verwendung einer Kernbeschränkung die Voraussetzungen des Artikels 81 Abs. 3 EG in ihrem konkreten Einzelfall gleichwohl erfüllt sind. Die Leitlinien nennen einige besondere Konstellationen, in denen ausnahmsweise die Voraussetzungen der Freistellung einer Preisbindung gegeben sein könnten. Bei den diesbezüglichen Ausführungen handelt es sich um eine Klarstellung dessen, was auch bislang schon galt.

BMWi und BKartA haben sich im Vorfeld der Veröffentlichung der Entwürfe dafür eingesetzt, die Preisbindung der zweiten Hand weiterhin als Kernbeschränkung zu behandeln. Sie begrüßen daher, dass die Europäische Kommission sich in ihren Entwürfen dieser Auffassung angeschlossen hat. Die Preisbindung der zweiten Hand birgt ein hohes wettbewerbliches Gefährdungspotential. Sie beschränkt den markeninternen Wettbewerb und fördert die Kollusion unter Anbietern wie Abnehmern

BMWi und BKartA sind wie die Europäischen Kommission der Ansicht, dass die Freistellung einer Preisbindung gemäß Artikel 81 Abs. 3 EG nicht schlechthin undenkbar sein sollte. Allerdings zeigt die Erfahrung, dass das Mittel der Preisbindung in aller Regel nicht unerlässlich ist, um die im Rahmen von Artikel 81 Abs. 3 EG geforderten Effizienzgewinne zu bewirken. Von dieser Einschätzung gehen nicht zuletzt die bisherige Vertikal-GVO und die bisherigen Leitlinien aus.

Aus Sicht von BMWi und BKartA hat es in den letzten Jahren keine wesentlichen neuen Erkenntnisse gegeben, die diese Einschätzung in Frage stellen könnten. Im Gegenteil: Obwohl über die möglichen Effizienzgewinne einer Preisbindung der zweiten Hand in akademischen Kreisen aus theoretischer Sicht viel diskutiert wurde, sind weder BMWi noch BKartA Fälle bekannt geworden, in denen solche Effizienzgewinne seitens der Unternehmen vorgebracht oder seitens der Kartellbehörden ernstlich in Betracht gezogen wurden.

BMWi und BKartA unterstützen daher den von der Europäischen Kommission gewählten Ansatz.

4. Gebiets- und Kundengruppenschutz und passiver Verkauf

Nach Artikel 4 b) der aktuellen Vertikal-GVO ist die Beschränkung des Gebiets oder der Kundengruppe, in das oder an die ein an der Vereinbarung beteiligter Abnehmer Vertragswaren oder -dienstleistungen verkaufen darf, eine Kernbeschränkung. Ausgenommen ist insbesondere die Beschränkung des aktiven Verkaufs in Gebiete oder an Kundengruppen, die der Anbieter sich selbst vorbehalten oder ausschließlich einem anderen Abnehmer zugewiesen hat. Bei dieser Form des Alleinvertriebs ist allerdings die Beschränkung des passiven Verkaufs wiederum eine Kernbeschränkung (daneben existieren noch drei weitere Ausnahmen).

Der nunmehr vorliegende Entwurf hält an dieser Formulierung des bisherigen Artikels 4 b) fest, obwohl in einem früheren Entwurf eine andere (auch sprachlich gelungener) Fassung im Raum stand. Danach sollten - mit einer Ausnahme bei selektiven Vertriebssystemen - Beschränkungen des aktiven Verkaufs schlechthin freigestellt sein (und nicht mehr davon abhängen, ob das betreffende Gebiet und die betreffende Kundengruppe einem bestimmten Lieferanten ausschließlich zugewiesen

ist). Dieser Formulierungsvorschlag hätte es insbesondere zugelassen, mehrere unterschiedliche Vertriebssysteme nebeneinander zu unterhalten (zum Beispiel ein räumlich beschränktes Gebiet mit selektivem Vertrieb und ein Gebiet mit Alleinvertrieb).

BMWi und BKartA würden es daher begrüßen, wenn die Europäische Kommission die vorgeschlagene Formulierung vor diesem Hintergrund noch einmal überprüfen könnte.

5. Online-Handel

BMWi und BKartA unterstützen den grundlegenden Ansatz der Europäischen Kommission, einen angemessenen Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen der verschiedenen Marktakteure zu finden und damit den Wettbewerb im Vertikalverhältnis auch im Internetzeitalter zu sichern. Diskriminierungen des Online-Handels sollten verboten sein, ohne den Hersteller der Möglichkeit zu berauben, objektiv gerechtfertigte Einschränkungen des Online-Handels in seinem Vertriebssystem vorzunehmen; davon unberührt bleiben die in Rn. 171 des Entwurfs der Leitlinien genannten Voraussetzungen für einen selektiven Vertrieb.

BMWi und BKartA begrüßen die auf den Online-Handel bezogene Klarstellung des Begriffs des „passiven Verkaufs“. Eine Beschränkung des Online-Handels ist danach grundsätzlich unzulässig, wenn man von dem Vorteil der Gruppenfreistellung profitieren möchte. Angesichts der enormen Bedeutung, die dem Online-Handel bereits heute zukommt, wäre auch denkbar gewesen, eine entsprechende spezielle Kernbeschränkung in den Text der Vertikal-GVO selbst aufzunehmen. Angesichts der dynamischen Entwicklung des Online-Handels erscheint es aber von Vorteil, diesen Vertriebskanal nach wie vor nur in den Leitlinien und nicht im Verordnungstext selbst zu thematisieren. Vor diesem Hintergrund regen BMWi und BKartA auch an, die Wirkungsweise der Vertikal-GVO spätestens nach vier Jahren zu überprüfen (s.u. Punkt 6.).

Auf folgende Punkte ist im Einzelnen einzugehen:

- *Begrenzung des über das Internet getätigten Teils der Gesamtverkäufe*

Die Leitlinien sehen die Kernbeschränkung des „passiven Verkaufs“ unter anderem dann als erfüllt an, wenn der Anbieter von einem Händler verlangt, den über das Internet getätigten Teil der Gesamtverkäufe zu begrenzen (Rn. 52, dritter Spiegelstrich). Der Umfang der Online-Verkäufe darf danach nicht beschränkt werden, ohne dass der Vorteil der Gruppenfreistellung verloren ginge. Diese Grundaussage entspricht der Position von BMWi und BKartA.

Klärungsbedürftig erscheint aus Sicht von BMWi und BKartA allerdings die in diesem Zusammenhang stehende Fußnote 29. In dieser Fußnote heißt es unter anderem, dass es einem Anbieter erlaubt ist, von seinen Abnehmern zu verlangen, dass sie ein Produkt dem Wert oder der Stückzahl nach in einem bestimmten absoluten Umfang offline verkaufen müssen. BMWi und BKartA verstehen diese Regelung wie folgt: Es ist bislang anerkannt, dass im Rahmen eines selektiven Vertriebssystems von Händlern ein gewisser Mindestumsatz verlangt werden kann. Fußnote 29 beabsichtigt wohl, im Zusammenhang mit dem Online-Handel klarzustellen, dass sich dieses Kriterium (Mindestumsatz / -menge) weiterhin auf den Umsatz im stationären Ladengeschäft beziehen darf. In der kartellbehördlichen Praxis kommt es sehr häufig vor, dass ein Anbieter die festgelegten Selektionskriterien und die Sorge der Abnehmer um einen Ausschluss aus dem selektiven Vertriebssystem dazu missbraucht, eine unzulässige Preisbindung oder andere wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen durchzusetzen. Wenn ein Anbieter aber bestimmen kann, in welchem (absoluten) Umfang ein bestimmter Abnehmer offline verkaufen muss, weiß er in aller Regel auch, in welchem Umfang dieser Abnehmer online verkauft. Allein schon mit dieser Information wird er den Abnehmer regelmäßig unter Druck setzen können, was auf eine Begrenzung des passiven Verkaufs hinauslaufen kann.

Es stellt sich daher die Frage, ob in diesem Zusammenhang nicht allgemein darauf verwiesen werden kann, dass die Regelungen zur Freistellung selektiver Vertriebssysteme unberührt bleiben. Dabei wäre es wünschenswert, unmissverständlich darauf hinzuweisen, dass das Kriterium des Mindestumsatzes

weder unmittelbar noch mittelbar bewirken darf, dass der über das Internet getätigte Teil der Gesamtverkäufe begrenzt wird. In Anbetracht der Bedeutung dieser Frage treten BMWi und BKartA dafür ein, diesen Aspekt in die Leitlinien selbst aufzunehmen.

- Keine Preisdiskriminierung nach Online- und Offline-Verkäufen

Die Leitlinien sehen die Kernbeschränkung des „passiven Verkaufs“ weiter als erfüllt an, wenn von einem Händler verlangt wird, für Produkte, die er online weiterverkaufen will, einen höheren Preis zu zahlen als für Produkte, die offline verkauft werden sollen (Rn. 52, vierter Spiegelstrich). Fußnote 30 stellt klar, dass diese Vorgabe nicht ausschließen soll, dass der Anbieter dem Abnehmer eine „feste Prämie“ anbietet, um dessen Offline- oder Online-Verkaufsanstrengungen zu unterstützen. Der Begriff der „festen Prämie“ hat in der Ökonomie eine feste Bedeutung. Von Lesern aus anderen Bereichen kann er aber missverstanden werden. Es sollte daher noch deutlicher zum Ausdruck kommen, dass es sich um keine an Umsätzen oder Mengen orientierte Größe, sondern um eine vorab absolut feststehende Prämie handelt. Denn auch an dieser Stelle besteht ein Missbrauchspotential. Eine solche Prämie kann verdeckt dem Ziel dienen, den Internethandel zu begrenzen oder zur Befolgung einer Preisempfehlung anzuhalten.

6. Weitere Anmerkungen

- Überprüfung der Wirkungsweise der Vertikal-GVO nach vier Jahren

Es ist vorgesehen, dass die neue Vertikal-GVO über einen Zeitraum von zehn Jahren bis zum 31. Mai 2020 gelten soll. Zwar besteht jederzeit die Möglichkeit, die Vertikal-GVO neueren Entwicklungen anzupassen. BMWi und BKartA würden es gleichwohl begrüßen, wenn die Europäische Kommission nach einem Zeitraum von vier Jahren verpflichtet wäre, die Wirkungsweise der Vertikal-GVO zu überprüfen. Dabei könnte insbesondere der dynamischen Entwicklung im Online-Handel, einschließlich des Aspekts der Angemessenheit der Unterscheidung aktiver / passiver Verkauf als Kriterium für die Einordnung des Online-Handels, Rechnung getragen werden. BMWi und BKartA regen deshalb an, eine Berichtspflicht der Kommission entsprechend Art. 44 der VO 1/2003 in die Vertikal-GVO selbst aufzunehmen.

- *Category Management und Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern*

BMWi und BKartA hatten darauf hingewiesen, dass es im Rahmen eines Category Managements zu einem Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern kommen kann und dass die daraus resultierenden Wettbewerbsbeschränkungen nicht Gegenstand der Gruppenfreistellung nach der Vertikal-GVO sein können. Dieser Hinweis wurde von der Kommission aufgegriffen und findet sich nun in Fußnote 59 zu Rn. 208 relativ am Ende der Ausführungen zum Category Management. In Anbetracht der Bedeutung dieses Aspektes plädieren BMWi und BKartA dafür, den Inhalt der Fußnote ausdrücklich im Text der Leitlinien selbst aufzunehmen.

- *Auslaufen der Kfz-GVO*

Parallel zur Vertikal-GVO wird die Frage diskutiert, ob und in welchem Umfang die bisherige Kfz-GVO verlängert werden sollte. Dabei tendiert die Europäische Kommission dazu, den Handel mit Neufahrzeugen - eventuell nach einer Übergangsfrist - in den Anwendungsbereich einer neuen Vertikal-GVO ggf. mit ergänzenden Leitlinien fallen zu lassen. Im Ersatzteile- und Servicemarkt schlägt sie sektorspezifische Regelungen oder ergänzende Leitlinien zur Vertikal-GVO vor (s. Mitteilung der Kommission vom 22. Juli 2009). Gleichzeitig ist unklar, ob die Vertikal-GVO in der vorliegenden Form beschlossen wird. Aus Sicht von BMWi und BKartA muss hier eine bessere Abstimmung der beiden Gruppenfreistellungsverordnungen erfolgen. Insbesondere müssen im Rahmen der Diskussion über die Vertikal-GVO bereits Aspekte des Kfz-Sektors mitberücksichtigt werden, soweit diese Anlass zu einer Anpassung oder Ergänzung der Vertikal-GVO und der dazugehörigen Leitlinien geben.

Berlin/Bonn, den 8. Oktober 2009