

28. September 2009

**MEMORANDUM**

**Stellungnahme zu der geplanten Änderung  
der GVO 2790/1999 (Vertikal GVO)**

im Auftrag der Alfred Sternjakob GmbH & Co. KG,  
Frankenthal, Deutschland

**Inhaltsübersicht**

	<b>Seite</b>
<b>A. Verfahren</b> .....	1
<b>B. Änderungen</b> .....	2
<b>C. Eigene Stellungnahme</b> .....	3
<b>1. Änderung der Marktanteilsschwellen</b> .....	3
<b>2. Grundsätzlich nicht unter Art. 81 Abs. 1 EGV fallende vertikale Beschränkungen</b> .....	4
<b>3. Anwendungsbereich der Kernbeschränkungen</b> .....	7
<b>4. Anwendung auf die Produkte der Alfred Sternjakob GmbH &amp; Co. KG</b> .....	9
<b>D. Würdigung der aktuellen Rechtsprechung des EuGH - Urteil vom 23.4.2009 – C-59/08 – Copad SA ./ Christian Dior couture SA u.a.</b> .....	10
<b>E. Schlussempfehlung</b> .....	10

**A. Verfahren**

Die Europäische Kommission hat am 28. Juli 2009 offiziell das Konsultationsverfahren zur Überprüfung der Wettbewerbsvorschriften für vertikale Vereinbarungen eröffnet. Bis zum 28. September 2009 besteht die Möglichkeit, zu dem veröffentlichten Entwurf für eine neue Gruppenfreistellungsverordnung für Liefer- und Vertriebsvereinbarungen (vertikale Beschränkungen) nebst zugehöriger Leitlinien Stellung zu nehmen.

Die geltende Gruppenfreistellungsverordnung (EG) Nr. 2790/1999 der Kommission (hier-nach: „GVO“ oder „Vertikal-GVO“) tritt im Mai 2010 außer Kraft. Sie war die erste Verordnung in einer Reihe von GVOs, welche auf Grundlage von Marktanteilen einen „safe harbor“ definierten. Sinn und Zweck der Vertikal-GVO war es zum einen, Unternehmen durch den Abbau von Vorschriften spürbar zu entlasten. Zum anderen wurde ein wirkungsorientierter Ansatz für die Prüfung vertikaler Beschränkungen eingeführt.

## **B. Änderungen**

Nach der Vertikal-GVO sind Liefer- und Vertriebsvereinbarungen unter bestimmten Voraussetzungen vom Verbot wettbewerbswidriger Verhaltensweisen gem. Art. 81 Abs. 1 EG freigestellt.

Die Reformvorschläge der Kommission sind vor dem Hintergrund folgender aktueller Aspekte zu sehen: Zum einen wurde in den U.S.A. das Verbot der Preisbindung der zweiten Hand unlängst gelockert. Seit dem Urteil des Supreme Court im Verfahren *Leegin* gilt die sog. „resale price maintenance“ dort nicht mehr eo ipso als Kartellverstoß. Demgegenüber verbietet in Europa VO Nr. 2790/1999 Fest- und Mindestpreise kategorisch. Zum anderen baut die Vertikal-GVO in Bezug auf Abreden über Vertriebsgebiete und deren Schutz auf einer Unterscheidung zwischen „aktiven“ und „passiven“ Verkäufen auf. Diese Differenzierung gilt in Zeiten des Internetvertriebs vielen nicht mehr als zeitgemäß.

Da sich die Vertikal-GVO aus Sicht der Kommission größtenteils bewährt hat, besteht nach Ansicht der Kommission sowohl hinsichtlich der Verordnung wie auch bei den entsprechenden Leitlinien nur in wenigen Punkten Anpassungsbedarf, mit denen hauptsächlich den Marktentwicklungen der letzten Jahre Rechnung getragen werden soll.

Die Kommission will somit lediglich eine moderate Anpassung der GVO bzw. der Leitlinien erreichen. Hauptziel ist offenbar vielmehr eine Aktualisierung der Regelungen. So bleibt es auch in der GVO-E bei dem Verbot, den Kunden in seiner Preisfindung einzuschränken, wobei jedoch weiterhin Preise empfohlen und feste Höchstpreise definiert werden dürfen.

Wichtige Änderungen der Gruppenfreistellungsverordnung umfassen:

- Die Ausnahme für eine Anwendung der GVO auf Wettbewerber bei einem Gesamtumsatz des Kunden von über €100 Mio. soll gestrichen werden.
- Wegen der gewachsenen Nachfragemacht des Handels soll zukünftig eine Freistellung bei vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen nur gelten, wenn der Marktanteil nicht nur des Anbieters, sondern auch des Abnehmers, d.h. beiden Vertragsparteien, 30 % nicht überschreitet.
- Im Internet-Vertrieb soll weiter eine online-freundliche Rechtssetzung verfolgt werden, jedoch der Trittbrettfahrerei betreffend Markenwerbung ein wirksamer Riegel vorgeschoben werden. Der von der Kommission vorgeschlagene Ansatz präzisiert daher im Zusammenhang mit dem Online-Vertrieb die Unterscheidung zwischen Verkauf, der das Ergebnis aktiven Marketings ist, und Verkauf, für den die Initiative vom Verbraucher ausgeht, (d.h. zwischen „aktivem“ und „passivem“ Verkauf). Des Weiteren wird erläutert,

wie die Bedingungen für den Internet-Verkauf nach der geänderten Verordnung zu behandeln sind, z.B. die von einem Anbieter auferlegte Bedingung, dass ein Händler über ein Geschäft verfügen muss, bevor er den Online-Verkauf aufnimmt.

- Die Zulässigkeit von Gebietsbeschränkungen im selektiven Vertrieb soll enger gefasst werden.

## **C. Eigene Stellungnahme**

### **1. Änderung der Marktanteilsschwellen**

Problematisch ist zunächst die Bestimmung des sachlich relevanten Marktes, wenn die Marktanteilsschwelle von 30 % sowohl bei Anbietern, wie auch Abnehmern gelten soll.

Die Leitlinien der Kommission führen hierzu aus:

*(85) Der sachlich relevante Markt hängt in erster Linie von der Substituierbarkeit aus Sicht der Abnehmer ab. Wird das bereitgestellte Produkt als Vorleistung für andere Produkte eingesetzt und ist es im Endprodukt im Allgemeinen nicht wieder zu erkennen, so richtet sich die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes in der Regel nach den Präferenzen der direkten Abnehmer. Die Kunden der Abnehmer haben normalerweise keine besondere Präferenz für bestimmte vom Abnehmer verwendete Vorleistungen. Vertikale Beschränkungen, die der Anbieter und der Abnehmer der Vorleistung miteinander vereinbaren, betreffen üblicherweise nur den Verkauf und den Bezug des Zwischenprodukts, nicht aber den Verkauf des daraus hervorgehenden Produkts. Beim Vertrieb von Endprodukten bestimmen in der Regel die Präferenzen der Endverbraucher, was die direkten Abnehmer als Substitute ansehen. Ein Händler, der als Wiederverkäufer agiert, kann beim Bezug von Endprodukten die Präferenzen der Endverbraucher nicht außer Acht lassen. Außerdem betreffen vertikale Beschränkungen auf der Ebene des Vertriebs zumeist nicht nur den Verkauf von Produkten durch den Anbieter an den Abnehmer, sondern auch den Weiterverkauf dieser Produkte. Da in der Regel unterschiedliche Vertriebsformen miteinander im Wettbewerb stehen, werden die Märkte im Allgemeinen nicht anhand der angewandten Vertriebsform abgegrenzt. In den Fällen, in denen Anbieter grundsätzlich ganze Produktpaletten verkaufen, kann die Palette den Markt bilden, wenn solche Paletten – und nicht die darin enthaltenen Einzelprodukte – von den Abnehmern als Substitute angesehen werden. Da Händler gewerbliche Abnehmer sind, ist der räumliche Großhandelsmarkt üblicherweise umfangreicher als der Einzelhandelsmarkt, auf dem das Produkt an die Endverbraucher weiterverkauft wird. Dies führt häufig zur Abgrenzung nationaler oder noch größerer Großhandelsmärkte.*

Die Neuregelung bzw. Erweiterung des Anwendungsbereiches der Marktanteilsschwellen bringt jedoch erhebliche Probleme mit sich: Neben einer erhöhten Verpflichtung für die jeweiligen Vertragsparteien, nicht unerhebliche Ressourcen aufzuwenden, um auch die Marktanteilsschwellen der jeweiligen Vertragsgegenseite zu bestimmen, steigt auch das Prozessrisiko in einem erheblichen Maße an. Ebenso müssen nun auch Hersteller und Anbieter von

Zwischen- und Vorprodukten, die bisher nur mit Unternehmen gehandelt haben, Nachforschungen über die Präferenzen der Endkunden anstellen, um sicherzustellen, dass die von ihnen gehandelten Bestandteile des Endproduktes auf dem jeweiligen Markt substituierbar sind, damit nicht gegen die Marktanteilsschwellen der Vertikal-GVO verstoßen wird.

## **2. Grundsätzlich nicht unter Art. 81 Abs. 1 EGV fallende vertikale Beschränkungen**

Ein weiteres Problem stellt sich bei auf qualitativen Kriterien gestützten selektiven Vertriebssystemen, da hierbei nicht nur die Freistellung nach der Vertikal-GVO in Betracht kommt, sondern vielmehr schon kritisch hinterfragt werden muss, ob Art. 81 Abs. 1 EG im konkreten Fall anwendbar ist oder im Einzelfall hinter den legitimen Interessen der Schutzrechtsinhaber zurücktreten muss.

- (a) Art. 81 EGV (sowie die §§ 1, 19, 20 GWB) sind nach richtiger Auffassung unanwendbar, wenn die Auswahl der Wiederverkäufer an objektive Gesichtspunkte qualitativer Art anknüpft, die sich beispielsweise auf die fachliche Eignung des Wiederverkäufers, seines Personals oder die sachliche Ausstattung seines Geschäftsbetriebes beziehen und die überdies einheitlich und diskriminierungsfrei angewendet werden

*Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 4. Auflage 2007, § 1, Rn. 362 m. w. Nachw.

Folgerichtig müsste der Entwurf der Leitlinien für vertikale Beschränkungen unter Punkt II „Grundsätzlich nicht unter Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag fallende vertikale Beschränkungen“ diese von der Rechtsprechung des EuGH entwickelte Immanenztheorie bzw. „Rule of Reason“ aufführen.

- (b) Trotz der Risiken für den marktinternen Wettbewerb kann die durch selektive Vertriebssysteme gewährleistete beschränkte Händlerzahl vor dem Hintergrund gerechtfertigt werden, dass entweder in das Image der Marke erhebliche Mittel investiert wurden, ein Verkauf der Ware auf Grund der technischen Komplexität nur auf Grundlage einer ausreichenden Beratung des Kunden möglich ist oder das Einkaufserlebnis, d.h. der physische Kontakt mit dem Produkt, der die Kaufhandlung auslöst, z.B. das Anprobieren, die Bindung des Kunden an das Produkt erst schafft, respektive verstärkt oder diese Aspekte gar kumulativ erfüllt werden.

Auch der qualifizierte Fachhändler ist schutzwürdig, da er wesentliche Investitionen und Leistungen vor, beim und nach dem Verkauf erbringt, die über eine reine Veräußerung des Produkts hinausgehen. Hierzu zählen etwa die Schaffung eines ansprechenden Ambientes des Ladengeschäfts in einer guten Verkaufslage, eine umfangreiche Kundenberatung durch qualifiziertes, durch Hersteller und dem Fachhändler geschultes Verkaufspersonal einschließlich der Möglichkeit des Kunden, die Produkte zu testen sowie die Bereitstellung eines nachvertraglichen Kundendienstes. Dieser qualifizierte und zugelassene Fachhändler profitiert vom durch den Hersteller geschaffenen Markenimage und den damit verbundenen Werten, die er seinerseits durch eigene Aufwendungen beim Verkauf bewahrt und ausbaut. Diese Leistungen wiederum dienen den Konsumenten, deren ausreichende Beratung und die Erfüllung von Erwartungen an den Verkauf hochwertiger Produkte andernfalls nicht gesichert wären.

Schließlich verhindern Weiterverkaufsverbote an nicht zugelassene Händler das Auftreten von Trittbrettfahrern und damit eine Asymmetrie beim Wettbewerb um Kunden; sie bewahren Kunden davor, Produkte ohne ausreichenden Service bei Anbahnung oder nach Abschluss eines Vertrags oder ohne die für ein hochwertiges Produkt erforderliche Beratung und das entsprechende Einkaufserlebnis zu erwerben. Typisch dafür ist es, die Beratungsleistungen des Fachhandels in Anspruch zu nehmen, um dann bei einem Internethändler, dem Trittbrettfahrer, zu kaufen. Dadurch, dass dieser keine Beratungsleistungen erbracht hat, hat er auch alle damit verbundenen Kosten (wie etwa Personalkosten, Ladenmiete, Investitionen in Einrichtungen etc.) und Mühen gespart.

- (c) Angesichts dieser Interessenlage sind die von der europäischen Rechtsprechung entwickelten Sonderregeln, die schon den Tatbestand einer Wettbewerbsbeschränkung ausschließen, auch aufgrund der gesetzgeberischen Absicht zu weitgehender Rechtsangleichung, auf die Frage der Anwendung der Vertikal-GVO.

EuGH, Urteil vom 13.1.1994, Slg. 1994, I-15 Leitsatz 1 und Rn. 17 – *Metro* ./.  
*Cartier*; Urteil vom 5.6.1997, Slg. 1997, I-3123, Rn. 12 – *VAG-Händlerbeirat*  
./ *SYD-Consult*

Art. 81 EG und damit auch die Vertikal-GVO sind demnach mangels Wettbewerbsbeschränkung unanwendbar, sofern die Auswahl der Wiederverkäufer an objektive Gesichtspunkte qualitativer Art anknüpft, die sich auf die fachlichen Eignung des Wiederverkäufers, seines Personals oder seiner sachlichen Ausstattung beziehen und diese einheitlich und diskriminierungsfrei angewendet werden.

*Zimmer* in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 4. Auflage 2007, § 1,  
Rn. 362 m. w. Nachw.

Soweit ein Produkt aufgrund seiner Natur – sei es wegen anwendungsorientierter Beratungsnotwendigkeit, technischer Komplexität oder hoher Qualität – einen Selektivvertrieb erfordert um seinen richtigen Gebrauch zu gewährleisten und/oder das Renommee des Produktes zu wahren, fallen Beschränkungen aus einem rein qualitativ begründeten Vertikalvertrag somit grundsätzlich nicht unter das Verbot des Art. 81 EG. Diese Kriterien können sich etwa auch auf den in der Verkaufsstätte gebotenen Service, die Lage und das Ambiente der Verkaufsstelle, das Angebotsumfeld, die Wertigkeit der Wettbewerbsprodukte oder die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Produktkategorie beziehen.

*Pischel*, GRUR 2008, S. 1067 m. w. Nachw.

- (d) Die Argumente, (1) es sei unzulässig, die eigentliche kartellrechtliche Prüfung auf die Definition der Wettbewerbsbeschränkung zu verlagern, (2) eine Beeinträchtigung der Handlungsfreiheit stelle eine Wettbewerbsbeeinträchtigung dar, die allenfalls freigestellt sein könne, (3) es bestehe die Gefahr der Umgehung der Kernbeschränkungen der Vertikal-GVO, (4) es werde systemwidrig gegen die Bestimmungen der Vertikal-GVO verstoßen und (5) es ergebe sich aus Art. 2 Vertikal-GVO denkbare, dass es sich bei den Fällen, die Art. 2 Vertikal-GVO unterfallen, um Wettbewerbsbeschränkungen

i.S.d. Art. 81 EG handele, können weder rechtlich noch wettbewerbstheoretisch überzeugen.

So *Spieker*, GRUR-RR 2009, S. 83; LG Berlin, Urteil vom 21.4.2009 – 16 O 729/07, BB 2009, 1381 ff.

Die Argumentation der Unzulässigkeit der kartellrechtlichen Prüfung schon im Rahmen der Wettbewerbsbeschränkung und das Vorbringen, eine Beeinträchtigung der Handlungsfreiheit stelle immer eine Wettbewerbsbeeinträchtigung dar, verkennt elementare Grundsätze des Europäischen Wettbewerbsrechtes, welche auch im nationalen Recht Niederschlag gefunden haben.

In der Entscheidung *Grundig ./.* *Consten* des EuGH wurde durch den Gerichtshof erstmals der so genannte intrabrand-Wettbewerb als selbstständiges Schutzgut im Rahmen von Art. 81 Abs. 1 EG herausgestellt.

EuGH, Urteil vom 13.07.1966, verbundene Rechtssachen 56 und 58/64, ABl. 161 vom 20.10.1964, S. 2545–2553 – *Grundig ./.* *Consten*

Dieser Rechtssprechung folgend stellte der EuGH in späteren Entscheidungen den an qualitative Kriterien anknüpfenden selektiven Vertrieb nicht als Beschränkung, sondern im Gegenteil als gesunden Bestandteil des Wettbewerbs dar.

EuGH, Urteil vom 25.10.1977, Rs. 26/76, Slg. 1977, 1905, Rn. 5 – *Metro SB-Großmärkte & Co. KG ./.* *Kommission (Metro I)*; Urteil vom 11.12.1980, Rs. 31/ 80, Slg. 1980, 3775, Rn. 16 – *L'Oréal*; Urteil vom 8.6.1982, Rs. 258/78, Slg. 1982, 2015 – *Nungesser (LC) KG und Eisele ./.* *Kommission (Nungesser)*; Urteil vom 28.1.1986, Slg. 1986, 374, 380 ff. - *Pronuptia de Paris GmbH/ Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis (Pronuptia)*, Urteil vom 13.01.1994, Rs. C-376/92, Slg. 1994, I-15, Rn. 34 – *Metro ./.* *Cartier SA*

Daher besteht kein Zweifel dass die Urteile in den Rechtssachen *Pronuptia*, *Metro I* und *Nungesser* eine „rule of reason“ ähnliche Betrachtung bestimmter wettbewerbsfördernder Elemente der Wettbewerbsbeschränkung in die Prüfung von Art. 81 Abs. 1 EG eingebracht haben. Sofern die Gegenansicht geltend macht, die kartellrechtliche Prüfung sei nicht auf die Ebene der Wettbewerbsbeschränkung zu verlagern, verkennt sie, dass die „rule of reason“ nicht allumfassende Geltung beansprucht und somit Art. 81 Abs. 3 EG nicht jede Bedeutung verliert. Der eigentlich rechtlich relevante Aspekt betrifft vielmehr die Frage nach den Grenzen des „rule of reason“-Ansatzes, mithin die Feststellung „wie viel“ der materiellen Wettbewerbsbewertung in Art. 81 Abs. 1 bzw. Abs. 3 EG erfolgen soll.

*Gippini-Fournier*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Band 1: Europäisches Recht, 1. Auflage 2005, Art. 81, Rn. 26.

Wie jedoch schon vorher aufgezeigt, ist es nach der Rechtssprechung des EuGH als eindeutig anzusehen, dass sich der „rule of reason“ Ansicht im Europäischen Wettbewerbsrecht unstreitig auf qualitative selektive Vertriebsysteme erstreckt, so dass diese schon innerhalb von Art. 81 Abs. 1 EG zu prüfen sind.

- (e) Auch offenbart die Gegenansicht ein rechtsfehlerhaftes Verständnis von der Rolle und der Bedeutung der Gruppenfreistellungsverordnungen im System des Europäischen Wettbewerbsrechtes.

Hinsichtlich des Verhältnisses von Art. 81 Abs. 1 und Abs. 3 EG sind drei Methoden denkbar, um eine Verbotsnorm und ihre Ausnahmen zu handhaben: (1) eine indirekt normative Wirkung, nach der die Verbotsnorm nur durch Einzelverbotsentscheidungen (durch Verwaltung oder Rechtsprechung) wirkt („Missbrauchskontrolle“); (2) eine direkt normative Wirkung des Verbots, mit der Möglichkeit der Freistellung durch Verwaltungs- oder Gerichtsentscheidung (Verbot mit Erlaubnisvorbehalt) oder (3) ein System der „Legalausnahme“, in dem sowohl die Verbotsnorm wie die Freistellung mit unmittelbarer normativer Wirkung ausgestattet sind, ohne dass eine Einzelanwendung erforderlich ist; Regel und Ausnahme müssen gemeinsam betrachtet werden, um zu entscheiden, ob ein Verhalten verboten oder erlaubt ist.

*Gippini-Fournier*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Band 1: Europäisches Recht, 1. Auflage 2005, Art. 81, Rn. 22 f.

Die Verordnung 1/2003, die seit dem 1. 5. 2004 in Kraft ist, hat ein System der Legalausnahme eingeführt, nach dem sowohl Absatz 1 als auch Absatz 3 des Art. 81 EG direkt durch nationale Kartellbehörden oder nationale Gerichte anwendbar sind, ohne dass es einer vorherigen Entscheidung bedarf. Mithin müssen im System einer Legalausnahme Regel und Ausnahme gemeinsam betrachtet werden.

Es verbietet sich daher zu argumentieren, eine Einschränkung auf Tatbestandsebene sei systemwidrig oder dass es sich bei den Fällen, die Art. 2 der Vertikal-GVO unterfallen, zwingend um Wettbewerbsbeschränkungen handle, da auf diesem Wege die Rechtsnatur und Systematik der Wettbewerbsvorschriften und Gruppenfreistellungsverordnungen verkannt wird. Auch verbietet sich eine solche Auslegung nach Art. 2 Vertikal-GFVO.

Ebenso wenig kann im Rahmen qualitativer selektiver Vertriebssysteme von einer Umgehung der Kernbeschränkungen gesprochen werden, da diese Vertriebssysteme sowohl nach der Rechtsauffassung der Kommission, wie auch nach der Rechtsprechung des EuGH nicht unter die Kernbeschränkungen des Artikel 4 der Vertikal-GVO fallen. Hierauf wird unter Punkt 3 noch näher eingegangen.

### **3. Anwendungsbereich der Kernbeschränkungen**

Sollte, entgegen der zuvor angestellten Erwägungen, eine Wettbewerbsbeschränkung i.S.d. Art. 81 EGV bei auf qualitativen Kriterien basierenden selektiven Vertriebssystemen bejaht werden, so kommt es neben der Ermittlung der Marktanteilsschwellen entscheidend darauf an, ob die Vereinbarungen gegen eine der in Art. 4 Vertikal-GVO aufgeführten Kernbeschränkungen verstoßen.

Bezüglich des Online-Handels stellt die Kommission klar:

*(52) Jeder Händler muss die Freiheit haben, im Internet für Produkte zu werben und auf diesem Wege Produkte zu verkaufen.*

...

Nach Ansicht der Kommission hindert dies einen Anbieter jedoch weder daran, vom Abnehmer zu verlangen (ohne die Online-Verkäufe des Händlers zu beschränken), dass er das Produkt mindestens in einem nach Wert oder Menge bestimmten absoluten Umfang offline verkauft, um die Effizienz seines Geschäfts zu gewährleisten, noch daran, sicherzustellen, dass das Online-Geschäft des Händlers mit dem Vertriebsmodell des Anbieters im Einklang steht (Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen bzgl. Vertikal-GVO-E

Hierzu führen die Leitlinien aus:

*(54) Ungeachtet der vorstehenden Ausführungen kann der Anbieter nach der GVO Qualitätsanforderungen an die Verwendung des Internets zum Weiterverkauf seiner Waren stellen, genauso wie er Qualitätsanforderungen an Geschäfte oder Werbe- und Verkaufsförderungsmaßnahmen im Allgemeinen stellen kann. Dies kann insbesondere für den selektiven Vertrieb von Bedeutung sein, für den der Anbieter nach der GVO von seinen Händlern verlangen kann, über ein Geschäft oder einen Ausstellungsraum zu verfügen, bevor sie den Online-Vertrieb aufnehmen. Dieselben Erwägungen treffen auf den Versandhandel zu. Im Einzelfall besteht nicht nur die Möglichkeit, die Einrede der Effizienz nach Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag zu erheben, sondern eine völlige Untersagung des Verkaufs über das Internet oder per Katalog kann auch objektiv erforderlich sein und nicht unter Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag fallen, so dass sie nicht als Kernbeschränkung anzusehen ist, sofern sie angesichts der besonderen Umstände, unter denen die Vereinbarung angewandt wird (z. B. wenn sie der Anpassung an ein aus Sicherheits- oder Gesundheitsgründen bestehendes öffentliches Verbot, gefährliche Stoffe über das Internet oder im Versandhandel abzugeben, dient), nicht den Wettbewerb beschränkt, der ohne die Untersagung stattfinden würde. Der Anbieter kann sich jedenfalls nicht das Recht auf den Verkauf über das Internet und/oder die Werbung im Internet selbst vorbehalten.*

*(57) Die unter Artikel 4 Buchstabe c GVO beschriebene Kernbeschränkung schließt die Beschränkung des aktiven oder passiven Verkaufs an gewerbliche oder sonstige Endverbraucher durch Mitglieder eines selektiven Vertriebsnetzes aus; dies gilt unbeschadet der Möglichkeit, einem Mitglied des Netzes den Verkauf von einer nicht zugelassenen Niederlassung aus zu untersagen. Dies bedeutet, dass Händlern in einem selektiven Vertriebssystem im Sinne des Artikels 1 Absatz 1 Buchstabe c GVO innerhalb des Gebietes, in dem der Anbieter seine selektiven Vertriebssysteme betreibt, keine Beschränkungen in Bezug auf den Verkauf an Verbraucher bzw. deren Vertreter auferlegt werden dürfen. Innerhalb eines selektiven Vertriebssystems sollte es den Händlern freistehen, sowohl aktiv als auch passiv und auch mit Hilfe des Internets an alle Endverbraucher zu verkaufen. Die Kommission sieht daher jede Verpflichtung als Kernbeschränkung an, durch die Vertragshändler von der Nutzung des Internets abgehalten werden, indem ihnen Kriterien für Online-Verkäufe auferlegt werden, die den Kriterien für Verkäufe im Geschäft nicht gleichwertig sind. Dies bedeutet nicht, dass die Kriterien für Online- und Offline-Verkäufe identisch sein müssen, sondern dass mit ihnen dieselben Ziele verfolgt und vergleichbare Ergebnisse erzielt werden sollten und dass die unterschiedli-*

chen Kriterien im unterschiedlichen Wesen dieser beiden Vertriebswege begründet sein müssen.

*(Hervorhebungen hinzugefügt)*

Sollten daher die Kriterien für Online- und Offline-Verkäufe gleich ausgestaltet und diskriminierungsfrei angewandt werden, so kann davon ausgegangen werden, dass qualitative selektive Vertriebssysteme nicht gegen die Kernbeschränkungen i.S.d. Artikel 4 der Vertikal-GVO verstoßen.

#### **4. Anwendung der dargestellten Grundsätze auf die Produkte der Alfred Sternjakob GmbH & Co. KG**

Bei den von der Alfred Sternjakob GmbH & Co. KG hergestellten Produkten handelt es sich in erster Linie um hochwertige Schulranzen und Schulrucksäcke für Kinder und Jugendliche; die Produkte sind beratungsbedürftig und müssen an- und ausprobiert werden. Die Markennwerte, die damit verbunden sind, wurden in den letzten 35 Jahren mit erheblichen Kosten und Mühen aufgebaut.

Zu Recht wurde darauf hingewiesen, dass die Kriterien, die an ein zulässiges selektives Vertriebssystem gestellt werden, zunächst allgemein für alle Arten von Waren gelten. Erst bei der Frage, ob ein bestimmtes Selektionskriterium im Hinblick auf die Eigenschaft des jeweiligen Produktes zur Wahrung seiner Qualität erforderlich ist, sei auf die jeweiligen Besonderheiten der Ware abzustellen.

*Ruess/Slopek, WRP 2009, 1021, 1026*

So hat das LG Mannheim zutreffend festgestellt, dass es sich bei den Produkten der Alfred Sternjakob GmbH & Co. KG zwar nicht um Luxusprodukte handele, wohl aber um Produkte, die in besonderer Weise auf die Qualität und Herkunft aus dem Haus des Herstellers unter Einsatz der Marken als Imageträger abstellen.

LG Mannheim, Urteil vom 14.3.2008, GRUR-RR 2008, 253

Das Gericht zieht somit, entsprechend der jüngsten Rechtsprechung des EuGH, eine Markendefinition heran, die neben der Herkunftsfunktion auch die Garantiefunktion und die Werbefunktion einer Marke umfasst. Das Recht an einer Marke als Herkunftshinweis und Mittel zur Produktidentifikation für die Verbraucher wäre wirtschaftlich wertlos, wenn das für die Verwertbarkeit entscheidende Image der Marke nicht vom Inhaber gesteuert werden dürfte; die Investitionen in die Marke wären vergeblich.

Ebenso wurde wiederholt angemerkt, dass Auktionsplattformen, die einen beträchtlichen Teil des Weiterverkaufs der hier einschlägigen Produkte vornehmen, auf vermehrte Akzeptanz stoßen.

*Intveen, ITRB 2008, 171, 172*

Es ist jedoch nicht verständlich, wie die vermehrte Akzeptanz von Online-Verkäufen Einfluss haben soll auf die Erfüllung von qualitativen Kriterien für den Vertrieb von Produkten.

Es muss daher davon ausgegangen werden, dass nach dem Willen des Normgebers Art. 81 Abs. 1 EG und damit auch die Vertikal-GVO lediglich in den seltenen Fällen zur Anwendung kommen, in denen die verkauften Produkte keine besondere Markenprodukte sind, es sich mithin um keine hochwertigen Markenartikel oder langlebige und technisch anspruchsvolle Güter handelt, bei denen der Hersteller eine besondere „Aura der Exklusivität“ wahren möchte, die qualitative Anforderungen an den Vertrieb rechtfertigen könnten.

**D.** Würdigung der aktuellen Rechtsprechung des EuGH - Urteil vom 23.4.2009 – C-59/08 – Copad SA ./ Christian Dior couture SA u.a.

Im Zusammenhang mit den oben erwähnten Gesichtspunkten ist auch die neueste Rechtsprechung des EuGH zu berücksichtigen.

Der EuGH macht in der Copad-Entscheidung deutlich, dass bei bestimmten Waren, insbesondere solchen, die im Rahmen von selektiven Vertriebssystemen vertrieben werden, die Umstände des Vertriebes nicht weniger wichtig sind als die materiellen Eigenschaften der Ware. Ebenso merkten die Richter an, dass einem selektiven Vertriebssystem eine erhebliche Bedeutung im Hinblick auf die Qualitätssicherung der Waren zukommen kann. Eine Qualitätsbeeinträchtigung durch den Vertrieb der Waren bei Discountern sei insbesondere gerade dann möglich, sofern der Markeninhaber ein selektives, geschlossenes Vertriebssystem etabliert habe, um den Ort und die Umstände des Vertriebs zu bestimmen; das Gleiche gilt in einem solchen Fall bei einem Vertrieb über Internetverkaufsplattformen. Besondere Beachtung verdient es, dass der Gerichtshof unter Bezugnahme auf die Entscheidung in der Rechtssache L’Oréal anmerkt, dass die Besonderheiten und Modalitäten eines selektiven Vertriebssystems geeignet seien, die Qualität der Produkte zu wahren und ihren richtigen Gebrauch zu gewährleisten.

EuGH, Urteil vom 23.4.2009, EuZW 2009, 454, Rn. 24, 28 ff. – Copad SA ./ Christian Dior couture SA u.a., m. Anm. Koch, 456 f.; vgl. auch Urteil vom 11.12.1980 – C-31/80, Slg. 1980, 3774, Rn. 16 – L’Oréal

Der EuGH bestätigt somit ein weiteres Mal seine inzwischen in diversen Urteilen aufgestellten Grundsätze zur Einordnung selektiver Vertriebssysteme im Bereich des Wettbewerbsrechts und tritt der Rechtsauffassung der Kommission, entgegen.

**E.** Schlussempfehlung

Aufgrund der angestellten Überlegungen ist daher im Konsultationsverfahren der Europäischen Kommission darauf zu drängen, dass in den Leitlinien festgehalten wird, dass qualitative selektive Vertriebssysteme schon gar nicht als Wettbewerbsbeschränkung i.S.d. Art. 81 Abs. 1 EGV zu qualifizieren sind und eine Freistellung nach der Vertikal-GVO daher schon nicht notwendig ist.

\*\*\*\*\*