

# **Vertikale Vertriebsbindungen im Modernen Wirtschaftsleben – Rechtslage, ökonomische Prinzipien, und mögliche Schlussfolgerungen**

Andreas P. Reindl<sup>1</sup>

## **Inhaltsverzeichnis**

Executive Summary .....	2
I. Ökonomische Grundlagen und ihre Integration in die rechtliche Analyse von VVBs.....	6
A. Grundlagen der Wohlfahrtsökonomie .....	8
B. Zur Integration von ökonomischen Prinzipien in die kartellrechtliche Analyse .....	9
C. Ökonomische Beurteilung ausgewählter VVBs.....	16
D. Schlussfolgerungen für eine ökonomisch begründete rechtliche Analyse von VVBs .....	26
II. Darstellung der Rechtsdurchsetzung in ausgewählten Rechtssystemen.....	28
A. Europäische Union .....	28
B. Deutschland.....	37
C. Österreich .....	44
D. Großbritannien.....	45
E. USA.....	48
III. Abschließende Beurteilung und Handlungsoptionen .....	50

Diese Studie zum Thema „Vertikale Vertriebsbindungen im Modernen Wirtschaftsleben“ wurde im Auftrag des österreichischen Bundesministeriums für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft („BMWFW“) angefertigt. Sie soll die in diesem Bereich relevanten ökonomischen Grundlagen erörtern, den wettbewerbsrechtlichen Rechtsrahmen und die Praxis in ausgewählten Jurisdiktionen darstellen, und Schlussfolgerungen erwägen für einen möglichen Handlungsbedarf sowohl auf europäischer als auch auf nationaler. Die wettbewerbsrechtliche Behandlung von KMUs soll hierbei besonders berücksichtigt werden.

Bei der Studie geht es um eine normative Untersuchung, die diskutieren soll, wie das Kartellrecht im Bereich vertikaler Vertriebsbeschränkungen („VVB“) im Lichte allgemein anerkannter ökonomischer Grundsätze sinnvoll angewendet werden kann und soll. Dass eine Durchsetzung des Kartellrechts bei VVBs in vielen Fällen derzeit rechtlich möglich ist, spielt bei diesem Ansatz eine geringere Rolle. Die rechtliche Möglichkeit, das Kartellrecht gegen gewisse VVBs durchzusetzen, heißt ja noch nicht, dass dies auch aus ökonomischer Sicht sinnvoll begründet werden kann und zu erwarten ist, dass es dadurch wahrscheinlich zu Wohlfahrtsgewinnen kommt. Durch einen normativen Ansatz soll auch dem Zirkelschluss entgegengetreten werden, es ergebe sich schon aus der derzeitigen Regelung zu VVBs in

---

<sup>1</sup> Senior Research Fellow, Competition and Regulation Institute, Leuphana Universität, Lüneburg. Der Autor dankt Frau Vera Grebe, wissenschaftliche Mitarbeiterin am Competition and Regulation Institute, für ihre Unterstützung beim Verfassen der Studie, und Professor Thomas Wein und Benoit Durand für wertvolle Anmerkungen.

Artikel 4 der Vertikal-GVO<sup>2</sup>, dass die dort genannten VVBs auch aus einer wohlfahrtsökonomischen Sicht bedenklich für den Wettbewerb sind und daher als vermutlich rechtswidrig angesehen werden sollten.

Angesichts des mit dem BMWFW vereinbarten, beschränkten Umfangs der Studie werden die aufgeworfenen Fragestellungen in Form einer Übersicht behandelt. Die Studie sollte daher als Anregung zu einer vertieften Diskussion verstanden werden, für die es weiterhin einen großen Bedarf gibt, und nicht als ein Versuch, den gesamten Themenbereich abschließend zu erörtern.

Um auch nur eine übersichtsartige Behandlung der relevanten Fragen zu ermöglichen, geht die Untersuchung nur auf solche VVBs ein, die in der jüngsten Entscheidungspraxis und fachlichen Diskussion größere Aufmerksamkeit erhalten haben; das sind: (i) vertikale Preisbindungen in der Form von Mindest- oder Fixpreisen (im Folgenden unter „RPM“ (Resale Price Maintenance) zusammengefasst); (ii) Beschränkungen des Internetvertriebs; und (iii) Bestpreisklauseln und ähnliche Preisbestimmungen beim Vertrieb von Waren und Dienstleistungen über Internetplattformen.

### **Executive Summary**

Die nachfolgend im Detail erörterten Punkte können wie folgt zusammengefasst werden:

- In einem auf Konsumentenwohlfahrt ausgerichteten Wettbewerbssystem (auch als ein auf einem „*effects based approach*“ beruhenden Wettbewerbssystem bezeichnet) kommt es bei der Feststellung des Vorliegens einer „Beschränkung des Wettbewerbs“ darauf an, ob durch eine Absprache Marktmacht verstärkt wird und aus diesem Grund negative Auswirkungen auf die Konsumentenwohlfahrt im Markt zumindest wahrscheinlich sind. In eine solche Analyse zu integrieren ist die Frage, ob eine Absprache zu Effizienzgewinnen führt oder wahrscheinlich führen wird.
- Unter Ökonomen besteht weitgehend Übereinstimmung dahingehend, dass VVBs wahrscheinlich in diesem Sinn den Wettbewerb zumindest dann nicht beschränken und der Konsumentenwohlfahrt schaden, wenn auf keiner Seite des vertikalen Verhältnisses besondere Marktmacht besteht und wenn ähnliche Beschränkungen nicht in weiten Teilen eines Markts angewendet werden. Dies gilt für alle Arten von VVBs.
- VVBs werden von Herstellern oft dazu eingesetzt, durch Preismechanismen, die die Gewinnspanne der Händler schützen, den Absatz ihrer Produkte zu erhöhen (was auch den Konsumenten zu Gute kommt). Daher sollte das Vorliegen einer „Beschränkung des Wettbewerbs“ vorwiegend danach beurteilt werden, ob die VVB eine Reduktion des Angebots verursacht oder im gesamten Markt zu höheren Großhandelspreisen geführt haben. Ein Abstellen auf die Einzelhandelspreise allein für die Feststellung des Vorliegens einer „Beschränkung des Wettbewerbs“ ist verfehlt.

---

<sup>2</sup> VO (EU) Nr. 330/2010 der Europäischen Kommission v. 20. April 2010 über die Anwendung von Art. 101 Abs. 3 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. (EU) 2010 Nr. L 102/1.

- In der Regel wird es für das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung darauf ankommen, ob VVBs horizontale Effekte haben, das heißt, ob sie zu einer koordinierten Ausübung von Marktmacht durch Hersteller oder Händler beitragen oder zumindest Wettbewerbsdruck unter Konkurrenten abschwächen.
- Die in der neueren ökonomischen Literatur entwickelten Modelle, nach denen vor allem RPM unter gewissen Annahmen den Wettbewerb beschränken können, stellen den grundlegenden Ansatz für die Beurteilung vertikaler Vertriebsbindungen nicht in Frage. Das gilt auch für neuere empirische Studien zu den Auswirkungen insbesondere vom RPM.
- Jede rechtliche Beurteilung, ob VVBs eine Beschränkung des Wettbewerbs i.S. des Artikel 101 AEUV oder des § 1 KartG darstellen, sollte von diesen ökonomischen Kernkonzepten ausgehen, die auch sonst im Kartellrecht angewandt werden. Die juristische Analyse sollte so aufgebaut werden, dass sie kosteneffektiv mit grosser Wahrscheinlichkeit hinsichtlich des Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung zu Ergebnissen kommt, die mit den ökonomischen Konzepten übereinstimmen. Insbesondere sollte die juristische Analyse darauf abstellen, ob eine VVB mit grosser Wahrscheinlichkeit horizontale Effekte hat.
- Das beeinflusst auch die Frage, ob bei gewissen VVBs eine Beweiserleichterung in Form einer Vermutung der Rechtswidrigkeit (oder der Charakterisierung als „bezweckte Beschränkung des Wettbewerbs“) verwendet werden soll. Dies ist aus wettbewerbspolitischer Sicht nur dann sinnvoll, wenn bei einer bestimmten VVB im Lichte empirischer Ergebnisse und ökonomischer Theorie und Erfahrung angenommen werden kann, dass sie ganz regelmäßig die Ausübung von Marktmacht erleichtert und daher der Konsumentenwohlfahrt schadet.
- Eine generelle Vermutung, dass bestimmte vertikale Vertriebsbindungen regelmäßig negative Wohlfahrtseffekte haben, ist bei diesem Ansatz nicht begründet. Bei VVBs treffen daher die Voraussetzungen für eine Vermutung der Rechtswidrigkeit nicht zu. Ganz im Gegenteil, werden vertikale Vertriebsbindungen von Unternehmen ohne Marktmacht angewendet, bestehen gute Gründe, das Bestehen von Effizienzgewinnen zu vermuten (die auch bei Unternehmen mit Marktmacht durchaus vorliegen können).
- Ohne Feststellungen im Einzelfall können keine verlässlichen Aussagen über die Wohlfahrtseffekte von VVBs gemacht werden. Allenfalls könnte in einigen Fällen nach relativ kurzer Prüfung einiger zentraler Sachverhaltskriterien begründet werden (z. B. hohe Marktkonzentration oder wenn Beschränkungen von der Nachfrageseite initiiert wurden), warum die Beschränkung zumindest prima facie unter Artikel 101(1) fällt.
- Dies trifft bei allen Bestimmungen zu, die Gegenstand dieser Studie sind: bei RPM Bestimmungen, bei Internetverkaufsbeschränkungen, und bei Bestpreisklauseln ist eine generelle Vermutung der Beschränkungen des Wettbewerbs nicht begründbar. Ohne Feststellungen zum Vorliegen von Marktmacht und einer Erklärung, wie die Bestimmungen im Einzelfall die Ausübung von Marktmacht erleichtern können, können zum Vorliegen einer Beschränkung des Wettbewerbs keine verlässlichen Aussagen getroffen werden.

- Im EU Kartellrecht hat sich für bestimmte VVBs eine Art „Sonderkartellrecht“ in dem Sinne herausgebildet, dass die am Prinzip der Konsumentenwohl­fah­rt ausgerichteten ökonomischen Prinzipien bei der rechtlichen Beurteilung sehr begrenzten Einfluss haben. Bei gewissen VVBs wird die zentrale Frage, wie die relevante Beschränkung zu einer Erhöhung der Marktmacht führen kann, überhaupt nicht gestellt. Eine Wettbewerbsbeschränkung aus Gründen vermutet, die mit Konsumentenwohl­fah­rt wenig zu tun haben. Diesen Trend hat die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs mit ihrer strikten, formalen Haltung gegenüber bestimmten VVBs gefördert. Er wurde auch von der Europäischen Kommission durch die die Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen<sup>3</sup>(„Vertikal-GVO“) und die Leitlinien für vertikale Vereinbarungen („Leitlinien“) begünstigt.<sup>4</sup> Das Fallrecht ist in diesen Bereichen reichhaltig, ökonomisch fundiert ist es aber selten.
- Dieser rechtliche Rahmen hat es den nationalen Wettbewerbsbehörden bei der Anwendung europäischen Rechts ermöglicht, vor allem gegen RPM und Beschränkungen des Internethandels scharf vorzugehen und ohne einen Bezug zu möglichen negativen Effekten (die es in manchen Fällen ganz offensichtlich nicht geben konnte). Auch plausible Effizienzerwägungen werden regelmäßig als nicht relevant zurückgewiesen. Gewisse VVBs werden daher in der Praxis beinahe als *per se* rechtswidrig angesehen. Es gibt vereinzelte Ausnahmen, soweit sich einzelne Wettbewerbsbehörden stärker von ökonomischen Prinzipien leiten lassen.
- Die Behandlung von Bestpreisklauseln ist im europäischen Recht noch nicht ganz geklärt und generell weniger strikt. In den bisher untersuchten Fällen wird konsequent auf das Vorliegen horizontaler Effekte und/oder das Bestehen von Marktmacht abgestellt; Effizienzgewinne werden als entscheidungswesentlich anerkannt. Dieser Ansatz ist mit der in der vorliegenden Studie vertretenen Ansicht konform.
- In Deutschland zeigt sich bei der Anwendung des Kartellrechts eine besonders strenge Haltung gegenüber vielen VVBs, die über die anderswo vertretenen - kritischen - Ansichten noch hinausgeht. Europaweit ist das Bundeskartellamt im Bereich der VVBs sicher eine der aktivsten Wettbewerbsbehörden. Viele Entscheidungen gegen VVBs sind allerdings höchst formal begründet und die Auslegung europäischen Rechts erscheint zum Teil sehr ergebnisbezogen. Bei der Feststellung einer Wettbewerbsbeschränkung spielt die Freiheit des Händlers eine große Rolle. Internetverkäufe werden zu einem besonderen Schutzgut des Kartellrechts erklärt, ohne in den Entscheidungen viel auf Effekte im Gesamtmarkt abzustellen. Plausible Effizienzbegründungen werden stets als nicht relevant eingestuft.
- In Großbritannien gibt es zwei neuere Fälle, die vor allem RPM Bestimmungen betrafen, die den derzeitigen Stand der Dinge gut illustrieren. Zum einen hat die Wettbewerbsbehörde, wohl in Abwendung von einer früher vertretenen, eher entspannten Haltung zu RPM, deutlich erklärt, dass sie RPM stets als gravierende Verletzungen des Wettbewerbsrechts einschätzt. Zum anderen kam es in keinem der Fälle zu einer Entscheidung, die die Anwendung von RPM generell untersagte. In

---

<sup>3</sup> VO (EU) Nr. 330/2010 der Europäischen Kommission v. 20. April 2010 über die Anwendung von Art. 101 Abs. 3 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. (EU) 2010 Nr. L 102/1.

<sup>4</sup> Leitlinien für vertikale Beschränkungen der Europäischen Kommission, ABl. EU 2010 C 130/1.

einem Fall kam die Behörde zum Schluss, dass die Kommunikation zwischen Hersteller und Händler nicht zu einer Preisabsprache führte und eine effiziente und legitime Kommunikation darstellte. Im anderen Fall akzeptierte die Behörde Effizienzbegründungen der Parteien und erlaubte daher den fortgesetzten Gebrauch von RPM in weiten Teilen des Marktes.

- In Österreich hat die Bundeswettbewerbsbehörde („BWB“) in den 2014 erlassenen Leitlinien eine Position zu RPM entwickelt, die sich schärfer gegen RPM wendet als dies dem unionsrechtlichen Standard entspricht. Diese Position spiegelt sich auch in der Entscheidungspraxis bezüglich RPM und im Falle von Beschränkungen des Vertriebs über das Internet wider. Besonders auffällig ist die große Anzahl von Fällen im Bereich des Lebensmittelhandels, wo RPM wegen der Konzentration und der Marktmacht der Nachfrageseite besonders komplexe Probleme aufwirft. Das Vorgehen der BWB in diesen Fällen ist deshalb gut begründbar, weil es einen Koordinationsmechanismus zwischen großen Handelsketten gab und RPM anscheinend einen horizontalen Effekt hatte. Dieser horizontalen Kontext ist aber in den relevanten Fällen im Ende nicht betont worden, was die relevanten Entscheidungen weniger verständlich macht.
- Die Situation in den USA ist eine ganz andere. Seit RPM im bundesstaatlichen Kartellrecht nicht mehr als generell rechtswidrig angesehen wird, gibt es keine erfolgreichen reinen RPM Fälle vor bundestaatlichen Gerichten. Demgegenüber verbieten mehrere einflussreiche Einzelstaaten RPM weiterhin, wie zum Beispiel New York und Kalifornien. Daher besteht keine bundesweit einheitliche Praxis. VVBs betreffend Beschränkungen von Internetverkäufen werden als Problembereich kaum diskutiert. Es gibt dazu vereinzelt gerichtliche Fälle im Rahmen der Privatdurchsetzung, in denen die Kläger allerdings nicht erfolgreich waren. Die Beurteilung von Bestpreisklauseln wird fundiert diskutiert und es gibt auch einzelne Entscheidungen, die eine Beschränkung des Wettbewerbs fanden, allerdings im Gegensatz zu Europa in der Regel nicht im Zusammenhang mit Internet Plattformen.
- Die längerfristigen Effekte des zurzeit geltenden rechtlichen Rahmens und der Praxis in Europa sind schwierig abzuschätzen. Das gilt auch deshalb, weil der derzeitige rechtliche Rahmen es unmöglich macht, empirische Erfahrungen zu sammeln. Aus wohlfahrtsökonomischer Sicht sind die häufigen Eingriffe in vertikale Vertriebssysteme sicherlich unnötig. Vor allem die völlige Überdehnung und beinahe missbräuchliche Anwendung des Begriffs der „bezweckten“ Wettbewerbsbeschränkung hat dazu geführt, dass Vereinbarungen ohne fallbezogene Untersuchung als rechtswidrig verurteilt werden, die aus Sicht der Konsumentenwohlfahrt höchstwahrscheinlich keine negativen Effekte für den Wettbewerb hätten. Das Risiko, dass dadurch effiziente Vertriebssysteme unterbunden werden, die bei einer aggregierten Betrachtung Konsumenten am Ende Vorteile bringen würden, erscheint jedenfalls nicht unbedeutend.
- Besonders bedenklich ist, dass dadurch vor allem kleinere Unternehmen, die als Hersteller im Markt auftreten, von wahrscheinlich effizienten vertikalen Vereinbarungen und von Experimenten bei der Gestaltung ihrer Vertriebssysteme abgehalten werden.

- Eine weitgehende Umkehr des derzeitigen Trends in Europa ist realistischer Weise nicht zu erwarten. Aber bestimmte Schritte in Richtung einer sinnvollen Reform sollten längerfristig möglich sein. Eine generelle Freistellung von vertikalen Vertriebsbeschränkungen im Kartellrecht, solange beide Seiten nur geringfügige Marktanteile halten (z. B. unter 15%), wäre aus wettbewerbspolitischer Sicht jedenfalls sinnvoll. Damit würden vor allem Unternehmen ohne besondere Marktmacht größerer Spielraum bei der Bestimmung ihrer Vertriebsstrategien gewährt werden.
- Der Handlungsspielraum auf nationaler Ebene, im Alleingang durch legislative oder regulative Initiativen eine solche verstärkte Ausrichtung auf ökonomische Grundsätze zu erreichen, ist beschränkt. Es wäre denkbar (und gut begründbar), vertikale Vertriebsbindungen zwischen Unternehmen mit geringen Marktanteilen von der Anwendung nationalen Kartellrechts freizustellen. Oder es könnte gesetzlich vorgesehen werden, dass bei rein vertikalen Vereinbarungen in einem „Safe Harbor“ Bereich nicht vermutet werden darf, dass eine Beschränkung des Wettbewerbsrechts vorliegt. Aber eine solche nationale Bestimmung würde nur bei Vereinbarungen wirksam sein, die keine Auswirkung auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten haben. Dies wird gerade im Bereich der Internetverkäufe, wo vielleicht der größte Bedarf an einer vernünftigen Lösung besteht, regelmäßig nicht der Fall sein. Wie bei jeder Regulierung sollte hier im Wege eines Kosten/Nutzen Ansatzes überlegt werden, ob die Kosten eines nationalen Alleingangs im Lichte möglicher Gewinne zu rechtfertigen sind. Das ist durchaus möglich, bedarf aber einer weiteren Untersuchung, vor allem aufgrund von Erhebungen unter potentiell betroffenen Unternehmen. Weitaus relevanter wäre es, wenn die nationale Wettbewerbsbehörde und vor allem nationale Gerichte ihre Praxis bei VVBs stärker an einem *effects based approach* ausrichten würden.

## **I. Ökonomische Grundlagen und ihre Integration in die rechtliche Analyse von VVBs**

Bei der Beurteilung von Preisabsprachen zwischen Konkurrenten und anderen Absprachen, die als „hard core cartels“ beurteilt werden, haben sich alle wesentlichen nationalen Kartellrechtsregime in den letzten zwei bis drei Jahrzehnten kontinuierlich und einheitlich in dieselbe Richtung entwickelt. Unter Ökonomen und Juristen besteht ein Konsens, dass Kartellabsprachen den im Kartellrecht verfolgten Zielen fundamental widersprechen und mit hoher Wahrscheinlichkeit zu Wohlfahrtsverlusten führen.<sup>5</sup> Diese Absprachen werden überall scharf verurteilt, was sich auch in hohen Bußgeldern und zum Teil strafrechtlicher Verfolgung äußert.

Demgegenüber sieht die Entwicklung im Bereich von VVBs aus einer längerfristigen Perspektive ganz anders aus. In vielen Kartellrechtsregimen hat sich die Einstellung zu VVBs

---

<sup>5</sup> Eine im Wesentlichen gleichlaufende Entwicklung gibt es im Bereich der Fusionskontrolle. Trotz gelegentlicher „high profile“ Fälle, in denen die Wettbewerbsbehörden bei der Beurteilung bestimmter Zusammenschlüsse zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen, ist hier in weiten Teilen eine kontinuierliche Entwicklung zu international einheitlichen Standards festzustellen, dazu etwa *Larry Fullerton & Megan Alvarez, Convergence in International Merger Control*, 23 *Antitrust* 20 (2012).

über die Jahre mehrfach geändert. So gab es zum Beispiel im U.S.-amerikanischen, bundesstaatlichen *antitrust law*, das heute an alle VVBs einschließlich RPM sehr entspannt herangeht, vor nicht allzu langer Zeit eine Periode, während der die meisten VVBs als *per se* rechtswidrig angesehen wurden.<sup>6</sup> Auch in Europa lassen sich Diskontinuitäten in der Einstellung zu VVBs feststellen.<sup>7</sup> Und in einer internationalen, vergleichenden Betrachtung wird deutlich, dass im Recht der VVBs weiterhin große Unterschiede bestehen.

Der Grund für die bemerkenswerte Situation gerade im Bereich der VVBs liegt wohl darin, dass sich über die Zeit verschiedene Kartellrechtsregime im unterschiedlichen Grad konsequent dazu bekannt haben, grundlegende ökonomische Konzepte, die ganz generell dem Kartellrecht zugrunde liegen, auch im Bereich der VVBs anzuwenden und nicht-ökonomische Überlegungen aus der rechtlichen Beurteilung zu eliminieren. Die konsequente Durchführung des ökonomischen Ansatzes bedeutet auch, dass die sich auch die aus ökonomischen Überlegungen ergebenden Grenzen einer Anwendung des Kartellrechts auf VVBs anerkannt werden. Auf eine weitergehende Durchsetzung des Kartellrechts mit anderen, nicht-ökonomischen Überlegungen, wird verzichtet, wenn ökonomische Ansätze dafür keine Stütze mehr geben.

Die bereits erwähnte, zunehmend positive Haltung des U.S. Antitrust Rechts gegenüber VVBs war eine direkte Folge der Bereitschaft des Rechtssystems, ökonomische Prinzipien zu inkorporieren und damit auch die Konsequenzen zu akzeptieren. Die *Leegin* Entscheidung des Supreme Courts in 2007, auch bei RPM die gleichen Überlegungen wie bei allen anderen VVBs anzuwenden, war lediglich ein logischer nächster Schritt, mit dem frühere Entwicklungen konsequent weitergeführt wurden.<sup>8</sup>

Interessanterweise - und wohl etwas unerwartet - sind gerade VVBs in den letzten Jahren in Europa in das Zentrum der Aufmerksamkeit zurückgekehrt. Ein Grund für diese erneute Diskussion darüber, wie das europäische Kartellrecht auf VVBs angewendet werden sollte, liegt wohl in dem soeben besprochenen Phänomen: solange man versucht, gerade im Bereich der VVBs einen Sonderweg zu finden, bei dem fundamentale Prinzipien der Wettbewerbsökonomie eine geringe Rolle spielen, fehlt es an überzeugenden, fundamentalen Grundlagen für die Anwendung des Kartellrechts, aufgrund derer die staatlichen Eingriffe in die Vertragsfreiheit in diesem Bereich anhand der auch sonst geltenden Regeln und Standards erklärt werden können und vorhersehbar werden. Bleiben diese wichtigen Fragen unbeantwortet, ist für eine fortgesetzte Diskussion gesorgt.<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> Vgl. U.S. v. Arnold, Schwinn, 388 U.S. 365 (1967) (vertikale Gebietsbeschränkungen *per se* rechtswidrig) und Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc., 433 U.S. 36 (1977) (Anwendung einer *rule of reason* Regel auf die meisten VVBs).

<sup>7</sup> Dazu etwa *Matthew Bennett et al.*, Resale Price Maintenance: Explaining the Controversy, and Small Steps Towards a More Nuanced Policy, 33 Fordham International Law Journal 1278-1299 (2011); *Mario Velez, Mario*, The tenuous evolution of resale price maintenance, 32 European Competition Law Review 297 (2011).

<sup>8</sup> *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007).

<sup>9</sup> Für eine Diskussion von VVBs, die eine konsequente Anwendung ökonomischer Grundsätze vermeidete, s zum Beispiel das Hintergrundpapier des Arbeitskreises Kartellrecht des Bundeskartellamtes zu vertikalen Beschränkungen in der Internetökonomie v. 10.10.2013 abrufbar unter: [http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions\\_Hintergrundpapier/Bundeskartellamt%20-%20Vertikale%20Beschr%C3%A4nkungen%20in%20der%20Internet%C3%B6konomie.pdf?\\_\\_blob=publication](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/Bundeskartellamt%20-%20Vertikale%20Beschr%C3%A4nkungen%20in%20der%20Internet%C3%B6konomie.pdf?__blob=publication)

%20Vertikale%20Beschr%C3%A4nkungen%20in%20der%20Internet%C3%B6konomie.pdf?\_\_blob=publicatio

Bevor auf die Rechtspraxis bezüglich ausgewählter VVBs eingegangen wird und Handlungsoptionen erarbeitet werden, soll daher generell erörtert werden, nach welchen Grundsätzen eine an wohlfahrtökonomischen Prinzipien konsequent orientierte rechtliche Beurteilung von VVBs ausgerichtet sein sollte und auf welcher Form von Beweisen, Entscheidungen aufbauen sollten. Hierzu werden drei Fragen kurz angesprochen: (i) die grundlegenden Prinzipien der Wohlfahrtsökonomie in einem ökonomisch orientierten, oder „effects based“ Kartellrecht; (ii) eine sinnvolle und systematische Berücksichtigung ökonomischer Prinzipien in der rechtlichen Analyse von VVBs im Rahmen des Artikel 101 AEUV; und (iii) das Zusammenwirken von ökonomischen Prinzipien und rechtlicher Analyse bei ausgewählten Formen von VVBs.

Diese Darstellung stellt nicht den Anspruch, das geltende europäische Recht in seinem Jetzzustand darzustellen. Aus dieser normativ orientierten Darstellung ergibt sich aber ein nützliches Referenzsystem, in dessen Rahmen dann die Rechtspraxis in Europa und in ausgewählten Staaten sinnvoll dargestellt werden und auf Optionen für eine Anpassung der derzeitigen Rechtspraxis untersucht werden kann.

## **A. Grundlagen der Wohlfahrtsökonomie**

Das Europäische Kartellrecht, wie auch die Kartellrechte der Mitgliedstaaten, bekennen sich ja seit längerer Zeit ausdrücklich zu einem wohlfahrtökonomisch begründeten Ansatz. Dieser wird häufig auch als „effects based approach“ bezeichnet. Im Folgenden werden nur kurz die Eckpunkte eines „effects based approach“ dargestellt. Aus dieser Darstellung lassen sich bereits grundlegende Leitlinien für die Analyse von VVBs ableiten, aus denen sich die wichtigsten Fragestellungen und Anforderungen an das Nachweisen notwendiger Sachverhaltselemente bei der juristischen Analyse ergeben.<sup>10</sup>

Aus der Sicht der Wohlfahrtsökonomie ist bei der Beurteilung von Absprachen stets darauf abzustellen, ob es die Absprache ermöglicht, erhöhte Marktmacht auszuüben und es dadurch zu Wohlfahrtsverlusten kommt. Dies kann (nur) dann der Fall sein, wenn die Absprache direkt den Wettbewerb zwischen Konkurrenten beschränkt, oder es Konkurrenten erschwert, Wettbewerbsdruck auszuüben. Es gibt hier keinen „dritten Weg.“<sup>11</sup>

Wohlfahrteffekte werden ebenso durch das Vorliegen von Effizienzen beeinflusst. Führt eine Absprache zu einer Verringerung von Kosten, einer Erhöhung des Absatzes, oder zu erhöhten Investitionen, werden damit positive Effekte begründet.

Negative Wohlfahrtseffekte können nur dann angenommen werden, wenn nach einer Analyse von Auswirkungen auf Marktmacht und Effizienzen davon auszugehen ist, dass die Absprache mit hoher Wahrscheinlichkeit im gesamten Markt zu einem verringerten Absatz von Produkten und höheren Preisen führt. Dies ist durch einen Vergleich mit einer

---

nFile&v=2 (zuletzt besucht am 16.06.2015). Zurecht kritisch zur Anwendung nicht-ökonomischer Zielsetzungen im Kartellrecht, Joshua D. Wright & Douglas H. Ginsburg, *The Goals of Antitrust: Welfare trumps Choice*, 81 *Fordham Law Review* 2405 (2013).

<sup>10</sup> Diese Zusammenfassung folgt *Andreas P. Reindl*, *Resale Price Maintenance and Article 101: Developing a more Sensible Analytical Approach*, 33 *Fordham International Law Journal* 1300 (2010).

<sup>11</sup> Die gleichen Überlegungen treffen auch zu, wenn einseitiges Verhalten von Unternehmen mit besonderer Marktmacht beurteilt wird.



(hypothetischen) Situation festzustellen, in der diese Absprache nicht besteht (sogenanntes „couterfactual“).

Die Analyse von Absprachen muss auch berücksichtigen, dass Absprachen durchaus unterschiedliche Effekte haben können, zum Beispiel wenn sie kurzfristig zu höheren Preisen, aber langfristig zu einem höheren Absatz führen. In diesen Fällen ist es sinnvoll, auf langfristige, positive Wohlfahrtseffekte in Form eines erhöhten Absatzes abzustellen.

In diesem analytischen Rahmen ergibt sich, dass Absprachen, die direkt den Wettbewerb zwischen Wettbewerbern beschränken (horizontale Absprachen) viel mehr geeignet sind, den Wettbewerb zu beschränken, als vertikale Absprachen.

## **B. Zur Integration von ökonomischen Prinzipien in die kartellrechtliche Analyse**

Wie Artikel 101 AEUV auf Absprachen in einer Art angewendet werden kann, die mit wohlfahrtsökonomischen Prinzipien konform geht, ist seit Jahren Gegenstand umfassender Diskussionen. Von den europäischen Gerichten wurde in dieser Frage nicht allzu viel Hilfestellung geleistet. Gerade jüngere Entscheidungen des EuGH und des EuG betreffend Artikel 101 AEUV sind höchst einzelfallbezogen und die Gerichte sind bis jetzt nicht bereit, einen analytischen Rahmen systematisch zu entwickeln und konsequent anzuwenden.<sup>12</sup> Der schon früher verwendete Verweis, die Urteile der Gerichte seien einem Rohrschachtest zu vergleichen, in denen alle Kommentatoren und Beobachter des europäischen Kartellrechts ihre Ansichten widerspiegelt sehen, ist auch im Lichte der jüngsten Rechtsprechung zutreffend.<sup>13</sup> Auch von der Kommission wurde hier keine konsequente Linie vorgegeben. Damit fehlt es an klaren, vorhersehbaren Standards und es ist nicht sichergestellt, dass Eingriffe durch das Kartellrecht regelmäßig zu einem besseren Funktionieren der Märkte in dem soeben besprochenen ökonomischen Rahmen führen.

Die Untersuchung einer Absprache unter Artikel 101 AEUV könnte grundsätzlich ohne größere Schwierigkeiten im Lichte wohlfahrtsökonomischer Prinzipien durchgeführt werden. Wortlaut und Struktur von Artikel 101 AEUV müssen in dieser Hinsicht zwar als nicht allzu geglückt angesehen werden. Trotzdem kann eine sinnvolle Anwendung durchaus erzielt werden und ist schon wiederholt vorgeschlagen worden.<sup>14</sup> Dabei sind im Wesentlichen vier Grundsätze zu beachten:

---

<sup>12</sup> Vgl. etwa die Urteile EuGH, Urt. v. 11.09.2014, Rs. C-67/13 P, *Cartes Bancaires*, EU:C:2014:2204, Rn. 53; EuGH, Urt. v. 14.03.2013, Rs. C-32/11, *Allianz Hungaria*, EU:C:2013:116, Rn. 36; EuGH, Urt. v. 13.12.2012, Rs. C-226/11, *Expedia*, EU:C:2012:795, Rn. 21; EuGH, Urt. v. 13.10.2011, Rs. C-439/09, *Pierre Fabre*, EU:C:2011:649, Rn. 36; EuGH, Urt. v. 06.10.2009, Rs. C-501/06 P, *GlaxoSmithKline*, Slg. 2009, I-9291, Rn. 61. In diesen Urteilen findet sich eine Vielzahl von Ansätzen, die untereinander nicht vereinbar sind.

<sup>13</sup> *Andreas P. Reindl*, *Resale Price Maintenance and Article 101: Developing a more Sensible Analytical Approach*, 33 *Fordham International Law Journal* 1300 (2010).

<sup>14</sup> Überblick bei *Jürgen-Peter Kretschmer*, *How to deal with resale price maintenance: What can we learn from empirical results?*, 38 *European Journal of Law and Economics* 343, 355 (2014); *Matthew Bennett et al.*, *Resale Price Maintenance: Explaining the Controversy, and Small Steps Towards a More Nuanced Policy*, 33 *Fordham International Law Journal* 1278 (2011); *Andreas P. Reindl*, *Resale Price Maintenance and Article 101: Developing a more Sensible Analytical Approach*, 33 *Fordham International Law Journal* 1300 (2010).

## **1. Der Begriff „Beschränkung des Wettbewerbs“ und die Beurteilung von Marktmacht**

Bei einer an wohlfahrtökonomischen Prinzipien orientierten Auslegung von Artikel 101 AEUV muss die Frage der Erhöhung von Marktmacht in den Mittelpunkt der Analyse gestellt werden. Das ist im Prinzip ja auch mit dem Begriff des „effects based approach“ gemeint, dem sich das europäische Kartellrecht verschrieben hat. Darunter ist eine kartellrechtliche Beurteilung zu verstehen, die diszipliniert um die Begriffe der Marktmacht, der Konsumentenwohlfahrt, und von Effizienzen aufgebaut ist. Es gibt hier keinen „dritten Weg“, eine Wettbewerbswidrigkeit zu begründen. Das ist in der vorliegenden Studie gemeint, wenn von einem „disziplinierten“ oder „konsequenten“ Anwendung wohlfahrtsökonomischer Prinzipien die Rede ist.<sup>15</sup>

Wird von einer „Beschränkung des Wettbewerbs“ gesprochen, muss zunächst dafür eine ökonomisch überzeugende Erklärung („theory of harm“) entwickelt werden, wie eine Absprache die Erhöhung von Marktmacht erleichtert (oder auch in der Vergangenheit erleichtert hat) und es müssen dieser Erklärung angepasste faktische Umstände nachgewiesen werden. Bei der Beurteilung der Erhöhung von Marktmacht ist zu fragen, ob die Absprache zu höheren Preisen und einer Verringerung des Angebots geführt hat, die im Vergleich zu einer Marktsituation ohne die betreffende Absprache nicht entstanden wären.

Schon jetzt ist es nützlich darauf hinzuweisen, dass es bei VVBs, bei denen sich ein Hersteller eines „Preismechanismus“ bedient um einen größeren Absatz seiner Waren zu erreichen (das heißt ganz generell, eines Mechanismus, der dem Händler eine gewisse Gewinnspanne zusichert oder zumindest in Aussicht stellt) die Ausübung von Marktmacht dadurch sinnvoll nachzuweisen ist, dass es marktweit zu einem verringerten Absatz gekommen ist.<sup>16</sup> Ein Abstellen nur darauf, dass aufgrund der Absprache die Einzelhandelspreise angestiegen sind, ist weder ökonomisch noch rechtlich sinnvoll oder relevant.<sup>17</sup>

Dabei kommt es nicht darauf an, ob eine Absprache unter Artikel 101 als bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung angesehen wird. Die grundlegenden ökonomischen Prinzipien und der Begriff der Wettbewerbsbeschränkung sind stets die gleichen. Das heißt, bei beiden analytischen Ansätzen unter Artikel 101 geht es stets um die Fragen, ob eine Abrede zur Ausübung von Marktmacht beiträgt.

Das trifft auch bei VVBs zu: sie sind bedenklich, wenn sie eine Abstimmung zwischen Konkurrenten erleichtern und daher direkten Wettbewerb abschwächen oder dazu dienen, Wettbewerber aus dem Markt zu verdrängen, und aus einem dieser Gründe die Ausübung von Marktmacht erleichtern. Das können sie in bestimmten Umständen, obwohl sie es in der Regel nicht tun. Es ist hier nicht sinnvoll, bei VVBs „rasch“ noch andere wettbewerbspolitische Ziele anzuführen, um eine kartellrechtliche Verurteilung zu rechtfertigen. Nimmt man nämlich andere Zielsetzungen bei einer Beurteilung unter Artikel

---

<sup>15</sup> Vgl. die Mitteilung der Kommission — Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. (EU) C 45, S. 7.

<sup>16</sup> Oder Großhandelspreise angestiegen sind. S OECD, *Resale Price Maintenance* (2008).

<sup>17</sup> Dazu etwa *Frank Mathewson & Ralph A. Winter*, *The Law and Economics of Resale Price Maintenance*, 13 *Review of Industrial Organization* 1998, 57, 67.

101 in Betracht, besteht ein nicht geringes Risiko, dass es zu Entscheidungen kommt, die negative Effekte auf die Konsumentenwohlfahrt haben. Dies trifft zum Beispiel zu, wenn auf die Einschränkung der Entscheidungsfreiheit eines Händlers oder eines Franchisenehmers durch eine VVB abgestellt wird. Eine Einschränkung individueller Handlungsfreiheit ist aus ökonomischer Sicht bedeutungslos, soweit dabei nicht ein Zusammenhang zur grundsätzlichen Frage besteht, wie es zu einer Ausübung von Marktmacht kommen kann.

Gleiches gilt für das mögliche Argument, eine VVB schränke die Möglichkeit von Konsumenten ein, unter den von ihnen bevorzugten Konditionen Waren zu erwerben. In der Wohlfahrtökonomie ist die individuelle Präferenz einzelner Konsumenten nicht relevant oder schutzwürdig. Relevant sind aggregierte, marktweite Effekte. Das ist ja bei manchen VVBs so anerkannt (Alleinvertriebsrechte eines Händlers schränken zum Beispiel die Wahlmöglichkeit mancher Konsumenten ein), wird aber bei anderen VVBs (wie zum Beispiel bei VVBs betreffend Internetverkäufe) regelmäßig vernachlässigt.

## **2. Das Erfordernis von robusten Nachweisen – Evidence Based Antitrust**

Die Entscheidung, ob eine Absprache eine Wettbewerbsbeschränkung unter Artikel 101 Abs. 1 AEUV darstellt, muss stets auf robusten Beweisen beruhen. In der amerikanischen Literatur wurde dafür der Begriff des „*evidence based antitrust*“ entwickelt.<sup>18</sup> Das gilt gleichermaßen für bewirkte wie für bezweckte Beschränkungen. Spekulationen, dass die Abrede geeignet sein kann, die Ausübung von Marktmacht zu erleichtern, sind nicht relevant oder nützlich. Auch ökonomische Modelle, die „nachweisen“, dass VVBs unter bestimmten Umständen zu Wohlfahrtsverlusten führen können sind in einem solchen *evidence based approach* nicht ausreichend.

Fast alle Arten von vertikalen Abreden können in ganz bestimmten Situationen die Ausübung von Marktmacht erleichtern. Das heißt aber noch lange nicht, dass sie das auch regelmäßig tun; ganz im Gegenteil, sie können in einer Mehrzahl von Fällen positive Wohlfahrtseffekte haben.<sup>19</sup> Die Eignung einer Absprache, den Wettbewerb zu beschränken, sagt daher nichts darüber aus, ob sie auch wettbewerbsrechtlich als problematisch anzusehen ist.

Das Erfordernis eines soliden Beweises für die Erhöhung von Marktmacht sagt noch nichts über die tatsächlichen Art und Umfang der Beweisanforderungen aus. Die erforderlichen Beweise von schädlichen Effekten müssen nämlich nicht immer im Einzelfall konkret vorliegen. Es kann Arten von Absprachen geben, bei denen die Erkenntnisse aus früheren Fällen, empirisch begründete Erfahrungen, und damit konsistente ökonomische Theorie gemeinsam den Schluss zulassen, dass eine Absprache in aller Regel und in beinahe allen

---

<sup>18</sup> Eingehend dazu *Joshua D. Wright*, *Abandoning Antitrust's Chicago Obsession: The Case for Evidence-Based Antitrust*, 78 *Antitrust Law Journal* 2012, 241, 263 (2012); *ders.*, *Evidence-Based Antitrust Enforcement in the Technology Sector*, abrufbar unter: [https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public\\_statements/evidence-based-antitrust-enforcement-technology-sector/130223chinaevidence.pdf](https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/evidence-based-antitrust-enforcement-technology-sector/130223chinaevidence.pdf) (zuletzt besucht am 03.07.2015)

<sup>19</sup> Für einen Überblick über die Literatur zur positiven und negativen Effekten von RPM s. *Jürgen-Peter Kretschmer*, *How to deal with resale price maintenance: What can we learn from empirical results?*, 38 *European Journal of Law and Economics* 343, 347 (2014); s. auch aus ökonomischer Sicht *Ulrich Schwalbe*, *Preisgestaltung in vertikalen Strukturen – Preisbindung und Preisempfehlung aus ökonomischer Sicht*, *WuW* 2011, 1197 ff.

Umständen zu einer Ausübung von Marktmacht beiträgt. In den Worten eines U.S.-amerikanischen Gerichts, diejenigen Absprachen, die bereits „in the court of consumer welfare“ verurteilt worden sind,<sup>20</sup> können (und sollen) aus kartellrechtlicher Sicht als höchst problematisch angesehen werden. Eines umfassenden Beweises im Einzelfall bedarf es dafür nicht.

Im System des Artikel 101 Abs. 1 AEUV liegt bei diesen Arten von Abreden, bei denen vermutet wird, dass sie regelmäßig die Ausübung von Marktmacht erleichtern, eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung vor. Es geht hier darum, ob die *Art* der Vereinbarung (zum Beispiel RPM, Ausschließlichkeitsvereinbarung, oder Internetverkaufsverbot) generell in den meisten Fällen negative Wohlfahrtseffekte hat, und nicht darum, ob im konkreten Fall die Voraussetzungen für solche Effekte vorliegen.

Das Vorliegen der Voraussetzungen für eine solche Vermutung – empirische Stütze und damit konsistente ökonomische Theorie – ist kritisch zu prüfen und kann nicht ohne weiteres angenommen werden. Das Vorliegen dieser Voraussetzungen für eine vermutete Rechtswidrigkeit kann nicht durch die „persönliche Überzeugung“ Einzelner ersetzt werden. Auch können sich die Voraussetzungen für eine solche vermutete Rechtswidrigkeit im Lichte neuer theoretischer Erkenntnisse oder empirischer Ergebnisse im Laufe der Zeit ändern. Die andauernde Diskussion zu RPM zeigt dieses Phänomen gut auf.

Aus ökonomischer Sicht gibt es nur wenige Arten von Abreden, bei denen die Voraussetzungen für eine solche Vermutung vorliegen. Dies trifft im Wesentlichen auf solche Absprachen zwischen Konkurrenten zu, die sich auf zukünftige Preise oder ähnlich wichtige Wettbewerbsfaktoren beziehen und daher mit großer Wahrscheinlichkeit den direkten Wettbewerb zwischen Konkurrenten abschwächen. Bei rein vertikalen Absprachen ist eine solche Vermutung nicht zutreffend. Dies deshalb, weil die gängigen ökonomischen Modelle bei rein vertikalen Vereinbarungen einen Zuwachs an Marktmacht in allen Umständen als wenig wahrscheinlich einschätzen, und weil bei diesen Vereinbarungen das Vorliegen von Effizienzbegründungen als plausibel gilt. Vermutungen einer Wettbewerbsbeschränkung sind aus ökonomischer Sicht eine Ausnahme. Das muss auch bei einer rechtlichen Analyse gelten.<sup>21</sup>

Vermutungen der Rechtswidrigkeit (die Annahme einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung) werden aus entscheidungstheoretischen Gründen angewendet, nicht deshalb, um Klägern das Gewinnen von Fällen zu erleichtern. Aus entscheidungstheoretischer Sicht geht es darum, Beweisregeln zu verwenden, die dazu beitragen, die Summe der Kosten von Fehlentscheidungen (Typ 1 und Typ 2 Fehler) und von Rechtsdurchsetzung/Compliance zu minimieren.<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> Polygram Holding, Inc. v. Fed. Trade Comm'n, 416 F.3d 29, 37 (D.C. Cir. 2005).

<sup>21</sup> In dieser Hinsicht gibt es weitgehend Übereinstimmung zwischen einem ökonomische Ansatz und Aussagen des EuGH in *Cartes Bancaires*, wonach das Vorliegen einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung als Ausnahme anzusehen ist und das Überprüfen, ob eine Absprache eine Beschränkung des Wettbewerbs bewirkt, die Regel ist. EuGH, Urt. v. 11.09.2014, Rs. C-67/13 P, *Cartes Bancaires*, EU:C:2014:2204, Rn. 58.

<sup>22</sup> Dazu etwa *Christiansen, Arndt/Kerber, Wolfgang*, Competition Policy with Optimally Differentiated Rules Instead of „Per Se Rules vs. Rule of Reason“, *Journal of Competition Law and Economics* (2) 2006, 215 ffö

Daher sind einzelfallbezogene Untersuchungen aus entscheidungstheoretischer Sicht nicht immer optimal. Sie führen zu höheren Kosten, wenn ohnehin wahrscheinlich ist, dass eine Abrede die Ausübung von Marktmacht erleichtert, und eine detaillierte Untersuchung wahrscheinlich zum gleichen Ergebnis käme, oder allenfalls aufgrund einer unvollkommenen Beweislage zum falschen Schluss käme, dass die Absprache den Wettbewerb nicht beschränkt. Andererseits sind Vermutungen nur sinnvoll, wenn eine fallbezogene, detaillierte Untersuchung nicht geeignet ist, bessere Resultate zu erzielen, deren positiven Effekte über die höheren Durchsetzungs- und Compliancekosten hinausgehen. Das wird regelmäßig dann der Fall sein, wenn eine Absprache sowohl positive als auch negative Effekte haben kann und das Überwiegen des einen oder des anderen Effekts nicht abstrakt vorausgesagt werden kann.

### **3. Die Begriffe „bewirkte“ und „bezweckte“ Wettbewerbsbeschränkung**

Die Begriffe „bewirkte“ und „bezweckte“ Wettbewerbsbeschränkung sind keine unabhängige, fundamental unterschiedliche analytische Ansätze.<sup>23</sup> Leider hat aber in der europäischen Diskussion um die Begriffe der bewirkten und bezweckten Wettbewerbsbeschränkung das Konzept der „boxes“ zu viel Einfluss gehabt. Bei diesem Ansatz handelt es sich um zwei abschließende, voneinander scharf zu trennende und vollkommen unterschiedliche Ansätze des Artikel 101 Abs. 1 AEUV: bei einer Analyse muss der Kläger im Großen und Ganzen keinerlei Nachweise bezüglich der Erhöhung der Marktmacht des Beklagten erbringen; bei der anderen Analyse muss der Kläger dann jedes Detail nachweisen, um zu zeigen, dass eine Absprache zur Ausübung von Marktmacht beiträgt. All dies hat der Diskussion und der Entwicklung der Anwendungspraxis nicht gut getan. Die Variation unter verschiedenen Formen der Absprachen und deren Eignung, den Wettbewerb zu beschränken, ist zu groß um hier von strikt binären Analysemethoden auszugehen.

Natürlich ist das Organisieren der Analyse anhand dieser zwei Begriffe nützlich, aber sie sollten eher als zwei Eckpunkte eines Systems verstanden werden, zwischen denen es graduelle Unterschiede geben kann. Nimmt zum Beispiel der Entscheidungsträger an, dass eine Absprache eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung darstellt, bedarf es diesbezüglich keines umfassenden Beweises im Einzelfall. Zum Beispiel ist es nicht erforderlich, dass ein Kläger detaillierte Nachweise zum relevanten Markt, dem Bestehen nachhaltiger Marktmacht, oder zur Intensität des Wettbewerbs vorlegt. Es kann aber durchaus Situationen geben, bei denen ein Kläger sich auf eine bezweckte Absprache beruft, aber dabei doch einige Elemente nachweisen muss, die diese Ansicht unterstützen. Fälle zum Informationsaustausch illustrieren dies gut.<sup>24</sup>

Andererseits kann es bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen betreffende Fälle geben, in denen es in den Augen des Entscheidungsbefugten für die Annahme einer Wettbewerbsbeschränkung ausreicht, wenn der Kläger einige Schlüsselemente darlegt. Das

---

Andreas P. Reindl, Resale Price Maintenance and Article 101: Developing a more Sensible Analytical Approach, 33 Fordham International Law Journal 1300 (2010).

<sup>23</sup> Andreas P. Reindl, Resale Price Maintenance and Article 101: Developing a more Sensible Analytical Approach, 33 Fordham International Law Journal 1300 (2010).

<sup>24</sup>Vgl. EuGH, Urt. v. 04.07.2009, Rs. C-8/08, T-Mobile Netherlands, Slg. 2009, I-4529. Andreas P. Reindl, Resale Price Maintenance and Article 101: Developing a more Sensible Analytical Approach, 33 Fordham International Law Journal 1300 (2010).

kann sich zum Beispiel darauf beziehen, von wem die Initiative zur Vereinbarung ausging, das Bestehen von Marktmacht, und grundlegende Charakteristika des Marktes wie z. B. eine hohe Marktkonzentration. In diesen Fällen kann es sinnvoll sein, zugunsten des Klägers eine Form eines *prima facie* Anscheinsbeweises zuzulassen, bei denen ein Kläger weniger als einen vollen Beweis zu erbringen hat, bevor der Beklagte zumindest hinreichende Beweise vorlegen muss, die den ersten Anschein einer Wettbewerbsbeschränkung widerlegen. Eine umfassende Prüfung aller Aspekte eines Falles um die Anwendung von Artikel 101 Abs. 1 AEUV zu begründen, sollte daher auch bei bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen nicht in jedem Fall erforderlich sein.

Die jüngste *Cartes Bancaires*-Entscheidung des EuGH illustriert diese Problematik sehr gut. Zwar hat der EuGH dort überzeugend festgestellt, dass man bei der fraglichen Absprache unter (Bank)Mitgliedern eines „Payment Card Networks“ (Kartennetzwerks), durch die neuen (Bank)Mitgliedern zusätzlich Kosten entstanden und die sie nach Ansicht der Kommission beim Anbieten neuer, konkurrierender Produkte behindern konnten, nicht ohne weiteres und ohne weitere Feststellungen davon ausgehen darf, dass eine bezweckte Beschränkung des Wettbewerbs vorlag.<sup>25</sup> Aber auch unter der vom EuGH in *Cartes Bancaires* geforderten „effects-based Analysis“ sollten an die Anwendung von Artikel 101 Abs. 1 AEUV in diesem Fall nicht allzu hohe Anforderungen zu stellen sein. So könnte es wohl für das erste Vorbringen einer bewirkten Wettbewerbsbeschränkung wohl ausreichen, das System des Kartennetzwerks und die Rollen der großen Banken und der neu in den Markt eintretenden, konkurrierenden Banken sowie die Wirkungen der fraglichen Absprache auf die Möglichkeit neuer Konkurrenten, ihren Kunden Karten zu günstigeren Konditionen anzubieten, konkret zu beschreiben.

Auch in Fällen betreffend VVBs kann ein solcher Ansatz, der in bestimmten Fällen von verringerten Anforderungen an den Kläger unter Artikel 101 Abs. 1 AEUV ausgeht, hilfreich angewendet werden. Wie weiter unten noch besprochen wird, kann man auf gewisse Elemente in einem Sachverhalt abstellen, die regelmäßig negative Wohlfahrtseffekte wahrscheinlich machen, wie zum Beispiel das Ausgehen der Initiative für VVBs von Händlerseite, eine konzentrierte Marktstruktur, und Anzeichen von Marktmacht unter den Händlern. In diesen Fällen könnte man vom Kläger nur verlangen, diese - beschränkten - Sachverhaltselemente zu substantiieren und mit einer sinnvollen Erklärung („theory of harm“) zu verbinden. Das Vorliegen solcher Elemente macht VVBs noch nicht rechtswidrig, erhöht aber die Wahrscheinlichkeit negativer Wohlfahrtseffekte.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> EuGH, Urt. v. 11.09.2014, Rs. C-67/13 P, *Cartes Bancaires*, EU:C:2014:2204, Rn. 83 ff..

<sup>26</sup> *Andreas P. Reindl*, Resale Price Maintenance and Article 101: Developing a more Sensible Analytical Approach, 33 *Fordham International Law Journal* 1300 (2010). Vgl. *Rey, Patrick/Vergé, Thibaud*, Resale Price Maintenance and Interlocking Relationships, *The Journal of Industrial Economics* (58) 2010, 928-961; *dies.*, Bilateral Control with Vertical Contracts, *RAND Journal of Economics*, (35) 2004, 728-746; *Dobson, Paul W./Waterson, Michael*, The Competition Effects of Industry-wide Vertical Price Fixing in Bilateral Oligopoly, *International Journal of Industrial Organization*, (25), 2007, 935-962; *Paldor, Ittai*, RPM as an Exclusionary Practice, *The Antitrust Bulletin*, Vol. 55, No. 2, 2010, 309-347; einen Überblick über die Argumentation der unterschiedlichen Modelle geben *Bennett, Matthew/Fletcher, Amelia/Giovannetti, Emanuele/Stallibrass, David*, Resale Price Maintenance: Explaining the Controversy, and Small Steps Towards a More Nuanced Policy, *Fordham International Law Journal* (33) 2011, 1278, 1288.

Das heißt, es muss in jedem Anwendungsfall des Art. 101 AEUV darum gehen, dass in den Augen des Entscheidungsträgers das Vorbringen des Klägers hinreichend plausibel und durch ausreichende Beweise gestützt ist, dass die Absprache tatsächlich oder zumindest höchst wahrscheinlich zur Ausübung von Marktmacht beiträgt. Manchmal kann die Anforderung an den Kläger einfach sein (zum Beispiel bei horizontalen Preisabsprachen); eine Vermutung der Rechtswidrigkeit kann vom Kläger rasch begründet werden, und der Beklagte kann nur noch durch den Nachweis von Effizienzen die Feststellung einer Rechtsverletzung vermeiden. In anderen Sachverhaltssituationen können und sollten die Anforderungen an den Kläger hoch sein. Dies trifft zum Beispiel bei vertikalen Vereinbarungen zu, bei denen keine Partei ersichtlich Marktmacht besitzt. Wie soeben besprochen, gibt es zwischen diesen beiden „Extremen“ auch Fälle, bei denen Artikel 101(1) einem Kläger geringere Anforderungen auferlegt.<sup>27</sup>

Der hier entwickelte Ansatz hat mit einer Anwendung einer „rule of reason“ nichts zu tun. Oder, genauer gesagt: man sollte sich in der Diskussion über eine sinnvolle Analyse unter Artikel 101 Abs. 1 AEUV, von dem Begriff der „rule of reason“ fernhalten. Dies vor allem, weil der Begriff der „rule of reason“ selbst höchst undeutlich ist und ohne eine klare Bestimmung ist dieser Begriff in der Diskussion von Artikel 101 AEUV wenig hilfreich.<sup>28</sup>

#### 4. Effizienzgewinne

Ob am Ende eine Absprache den Wettbewerb beschränkt, hängt immer vom Vorliegen von Effizienzen ab. Auch wenn im Schema des Artikel 101 AEUV die zwei Schritte deutlich getrennt erscheinen, sollten analytisch beide Schritte miteinander verbunden werden. Viele Sachverhaltselemente sind sowohl hinsichtlich einer möglichen Ausübung von Marktmacht als auch hinsichtlich möglicher Effizienzen relevant.

Auch kann ein erster „rascher“ Blick darauf, ob eine bestimmte Art einer Vereinbarung regelmäßig zu Effizienzgewinnen führen kann, bei der Entscheidung verwendet werden, ob eine Absprache als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung angesehen werden kann.<sup>29</sup>

Überzogene Anforderungen an den Nachweis von Effizienzen sind nicht sinnvoll oder gerechtfertigt. Die Beweissituation bei Effizienzen ist nicht leichter als beim Nachweis möglicher negativer Wohlfahrtseffekte (und sicherlich schwieriger vor allem dann, wenn es um Fragen des Image und Qualität geht). Zu hohe Anforderungen erhöhen die Wahrscheinlichkeit, dass es aufgrund ungenügender Nachweise zu falschen Beurteilungen kommt. Sie lassen auch Experimente von Unternehmen nicht zu, die für die Entwicklung von Märkten wichtig sind.

---

<sup>27</sup> Im Unterschied zu einer bezweckten Rechtswidrigkeit kann aber in den soeben besprochenen Fällen die Beklagte vorbringen, dass die Vereinbarung konkret nicht unter Artikel 101(1) fällt, dh keine negativen Wohlfahrtseffekte hat.

<sup>28</sup> Im modernen Verständnis bedeutet eine „rule of reasons“ analysis nur, dass es dem Beklagten möglich ist, eine Effizienzeinrede vorzubringen, das heißt, dass ihm eine solche Einrede nicht automatisch abgeschnitten wird wie dies unter einer *per se* Rule der Fall wäre. In diesem Verständnis verlangt das europäische Wettbewerbsrecht immer einen „rule of reason“ Ansatz. *Andreas P. Reindl, Resale Price Maintenance and Article 101: Developing a more Sensible Analytical Approach*, 33 *Fordham International Law Journal* 1300 (2010).

<sup>29</sup> Ähnlich auch *GA Nils Wahl*, EuGH, SchlA v. 27.03.2014, Rs. C-67/13 P, *Cartes Bancaires*, EU:C:2014:1958, Rn. 44.

Auch wenn in der oben angeführten Art bei bestimmten VVBs Vermutungen aufgestellt werden, sollten sich diese auf Gesamteffekte beziehen. Das heißt, Vermutungen einer Rechtswidrigkeit sollten nur dann aufgestellt werden, wenn es in einer Gesamtschau regelmäßig der Fall ist, dass eine VVB negative Effekte hat, die durch Effizienzen nicht aufgewogen werden.

Theoretisch sollte ein Entscheidungsträger das Vorliegen von negative Effekten und Effizienzen abwägen um zu entscheiden, ob eine Absprache im Ende Artikel 101 AEUV verletzt. Eine solche Abwägung ist freilich nicht anhand objektiver Kriterien durchführbar. Besser ist es wohl, bei Vorliegen eines glaubwürdigen Vorbringens von Effizienzgewinnen davon auszugehen, dass die Absprache mit Artikel 101 AEUV vereinbar ist.

### **C. Ökonomische Beurteilung ausgewählter VVBs**

Im nächsten Kapitel sollen die ökonomischen Grundlagen für in diesem Bericht schwerpunktmäßig erörterten Absprachen – RPM, Internetverkaufsbeschränkungen, Preisparitätsbestimmungen – zunächst getrennt dargestellt werden. Dabei muss man sich allerdings daran erinnern, dass zwischen diesen Absprachen weitgehende Überschneidungen bestehen. In vielen Fällen treten sie nebeneinander auf; zum Beispiel kann eine Internetverkaufsbeschränkung mit einer RPM Bestimmung Hand in Hand gehen. Auch aus ökonomischer Sicht haben diese Absprachen Vieles gemeinsam. In vielen Konstellationen geht es dem Hersteller darum, seinen Händlern durch höhere Profitspannen einen Anreiz zu größeren Verkaufsanstrengungen zu bieten, die wiederum Qualität oder Image des Produkts positiv beeinflussen sollen, und dadurch den Absatz seiner Produkte zu erhöhen.

#### **1. RPM**

Es besteht weitgehende Übereinstimmung unter den meisten Ökonomen, dass RPM in bestimmten Situationen negative Wohlfahrtseffekte haben kann, dass RPM aber in vielen Konstellationen dem Wettbewerb nicht schadet. Das wesentliche Unterscheidungskriterium dabei ist, ob eine RPM Absprache über das vertikale Verhältnis zwischen Hersteller und Händler hinaus auch horizontale Effekte hat.<sup>30</sup> Es ist jedenfalls sinnvoll, zunächst von einem einfachen Modell, bei dem ein Hersteller RPM in einem rein vertikalen Verhältnis verwendet, auszugehen, und danach komplexere Modellannahmen einzuführen.

Wenn ein Hersteller von sich aus vertikale Preisbindungen einführt, dient das dazu, den Händlern eine Gewinnspanne zu sichern und sie damit zu verstärkten Bemühungen beim Absatz der Produkte des Herstellers anzuhalten.<sup>31</sup> Das heißt, das Ziel der Preisbindung ist, den Händlern eine Aussicht auf Gewinn dadurch zuzusichern, dass direkter Preiswettbewerb mit Händlern desselben Herstellers eingeschränkt wird. Insofern unterscheidet sich RPM nicht wesentlich von den Zielen bei bestimmten anderen VVBs, wie zum Beispiel dem

---

<sup>30</sup> Theoretisch könnte RPM auch Verdrängungseffekte haben. S dazu zB die Leitlinien für vertikale Beschränkungen der Europäischen Kommission, ABl. EU 2010 C 130/1. Dieser Ansatz ist aber wiederum nur ein gutes Beispiel dafür, dass ein auf eine theoretische Möglichkeit abstellendes Modell praktisch weitgehend irrelevant sein kann.

<sup>31</sup> Dazu *Benjamin Klein & Kevin M. Murphy*, Vertical Restraints as Contract Enforcement Mechanisms, 31 J. L. & ECON. 265 (1988) ; *Benjamin Klein*, Competitive Resale Price Maintenance in the Absence of Free-Riding, Antitrust Law Journal (76) 2009, 431, 440.



Einräumen eines Alleinvertriebsrechts. Auch diese dienen dazu, den Wettbewerb zwischen Händlern von Produkten des gleichen Herstellers zu beschränken. Auch damit ist noch keine Beschränkung des Wettbewerbs iS von Artikel 101 verbunden.

Ein Hersteller hat kein Interesse, seinen Händlern ein Quantum an Marktmacht einzuräumen und eine höhere Gewinnspanne zu ermöglichen (und damit aufgrund höherer Preise, die aus einer doppelten Marginalisierung resultieren, potentiell an Absatz zu verlieren), wenn er nicht größere Profite aufgrund erhöhter Umsätze erwartet. Ansonsten wäre dem Hersteller immer am besten gedient, den Wettbewerb unter seinen Händlern so intensiv wie möglich zu gestalten, Marktmacht auf der Händlerseite zu verringern, und durch geringere Einzelhandelspreise den Umsatz zu steigern.

Funktioniert diese Strategie, erhöht sich der Umsatz. Dadurch haben auch Konsumenten Vorteile weil es im Ende zu einer größeren Anzahl von Verkäufen-Käufen kommt. Es entstehen (durchaus messbare) Effizienzen. Der Gesamteffekt auf Konsumenten (höhere Preise, höherer Output) ist nicht generell vorhersehbar. Aber jedenfalls kann man keinesfalls annehmen, dass regelmäßig negative Effekte überwiegen oder dass durch ein Verbot von RPM Wohlstandsgewinne erzielt würden.<sup>32</sup> Funktioniert die Strategie nicht, weil Konsumenten nicht hinreichend die zusätzlichen Leistungen nachfragen, verringern sich die Profite des Herstellers und er wird eine andere Vertriebsstrategie anwenden. Auch hier gibt es keinen längerfristigen Nachteil aus Sicht der Konsumentenwohlfahrt.

Es sollte auch betont werden, dass eine Erklärung der positiven Effekte von RPM auch bei nicht komplexen Produkten zutreffen kann. Nicht selten wird ja die Ansicht vertreten, ein „Schutz“ des Händlers gegen reinen Preiswettbewerb sei nur dann relevant, wenn RPM auf komplexe Produkte angewendet wird, bei denen ein Händler in die Beratung potentieller Kunden und Service investieren muss. Hier besteht offenbar die Trittbrettfahrer-Gefahr, wonach Händler, die nicht in diese zusätzlichen Leistungen investieren, Kosten vermeiden und durch niedrigere Preise mit anderen Händlern konkurrieren können und größere Absätze erzielen, wodurch letztlich der Anreiz, diese Leistungen anzubieten, untergraben wird.

Diese Erklärung stimmt natürlich, ist aber nicht abschließend. In der Literatur wird auch überzeugend dargestellt, dass die Möglichkeit für den Hersteller, den Einzelhandelspreis zu beeinflussen, positive Wohlfahrtseffekte auch deshalb haben kann, weil durch den Preis die Qualität und das Qualitätsimage von Produkten aufgebaut und geschützt werden kann. Auch dies liegt durchaus im Interesse von Konsumenten und nicht nur des Herstellers. Die Präferenzen der Einzelhändler müssen in diesen Dimensionen nicht unbedingt mit denen der Konsumenten übereinstimmen oder gar wohlfahrtmaximierend sein. Der Hersteller wird demgegenüber oft in der Position sein, über den Mix aus Preis, Qualität, und Qualitätsimage so zu entscheiden, dass letztlich auch die Wohlfahrt am besten geschützt wird.<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> *Iacobucci, Edward/Winter, Ralph A.*, European Law on Selective Distribution and Internet Sales: An Economic Perspective. Erscheint demnächst in *Antitrust Law Journal*.

<sup>33</sup> Inderst, Roman, An Economic Analysis of ‚Price Ownership‘ by Branded Goods Manufacturers, October 2013, S. 5 ff., S. 38 ff. abrufbar unter: <http://www.markenverband.de/publikationen/studien/Branded%20Goods%20and%20Price%20Ownership%20R>

In allen diesen Fällen wird die Kontrolle des Einzelhandelspreises dazu eingesetzt, aus der Sicht des Konsumenten positive Effekte auf dem Markt hervorzurufen, weil damit vom Konsumenten nachgefragte Leistungen angeregt werden oder ein in den Augen des Konsumenten positives Image gestützt wird. Gerade kleinere, in einen Markt neu eintretende Hersteller können ein Interesse an solchen Strategien haben, mit denen sie ihre Produkte gegenüber den Produkten ihrer Konkurrenten differenzieren können.

Ebenso unbestritten ist es unter Ökonomen, dass RPM dem Wettbewerb schaden kann.<sup>34</sup> Das wird regelmäßig dann der Fall sein, wenn durch RPM horizontale Effekte erzielt werden können und Wettbewerb zwischen Konkurrenten abgeschwächt wird. In weiten Teilen des Marktes angewendete RPM kann größere Transparenz zwischen Konkurrenten schaffen und damit die Überwachung der Einhaltung eines bereits erzielten Verständnisses (oder einer Absprache) unter ihnen erleichtern. Die wettbewerbsbeschränkenden Effekte bestehen in diesem Fall freilich nicht schon darin, dass vertikale Preisbindungen größere Transparenz hinsichtlich zukünftiger Preise schaffen und damit zukünftige Koordination erleichtern. Vertikal festgelegte Preise betreffen nur gegenwärtige Preise. Sie lassen Schlüsse hinsichtlich zukünftiger Preise nicht mehr zu als alle anderen öffentlich zugänglichen Preise. In diesen Sachverhalten geht es statt dessen darum, ob bestehende Übereinkommen zwischen Herstellern besser überwacht und damit stabiler werden können. Darauf ist auch bei der rechtlichen Analyse unter der Beurteilung des Sachverhalts zu achten.

Dem Wettbewerb schadende, horizontale Effekte werden bei vertikalen Preisbindungen Weise auch dann häufig bestehen, wenn sie von Händlern mit Marktmacht ausgehen.<sup>35</sup> In diesen Fällen kann RPM Kollusion zwischen Händlern unterstützen oder von ihnen verwendet werden, den Marktzutritt von Händlern mit konkurrierenden Geschäftsmodellen zu erschweren, ohne dass damit Vorteile für Konsumenten verbunden sind.

Bestimmte ökonomische Modelle zeigen auch, dass unter sehr spezifischen Annahmen RPM den Wettbewerb unter Händlern abschwächen kann, ohne dass dabei Kollusion zwischen den Händlern vorliegen muss. Die Betonung liegt bei diesem, wie auch bei anderen Modellen, darauf, dass solche Ergebnisse sehr von spezifischen Annahmen abhängig sind und nicht generalisiert werden können.<sup>36</sup> Viele dieser Modelle beruhen auf der Annahme, dass auf Hersteller oder Händlerseite eine Monopol oder zumindest große Marktmacht besteht, oder dass ein ganz bestimmter Teil der Marktes RPM Strategien verfolgt, aber nicht alle Marktteilnehmer.

---

eport%20-%20Roman%20Inderst.pdf (zuletzt besucht am 03.07.2015); *Klein, Benjamin*, Competitive Resale Price Maintenance in the Absence of Free-Riding, *Antitrust Law Journal* (76) 2009, 431, 440.

<sup>34</sup> Dazu ausführlich *Fletcher, Amelia/Hviid, Morten*, Retail Price MFNs: RPM at its worst?, demnächst in *Antitrust Law Journal*; *Rey, Patrick/Vergé, Thibaud*, Resale Price Maintenance and Interlocking Relationships, *The Journal of Industrial Economics* (58) 2010, 928-961; *dies.*, Bilateral Control with Vertical Contracts, *RAND Journal of Economics*, (35) 2004, 728-746; *Dobson, Paul W./Waterson, Michael*, The Competition Effects of Industry-wide Vertical Price Fixing in Bilateral Oligopoly, *International Journal of Industrial Organization*, (25), 2007, 935-962.

<sup>35</sup> Auch hier können natürlich Effizienzerwägungen relevant sein.

<sup>36</sup> *Fletcher, Amelia/Hviid, Morten*, Retail Price MFNs: RPM at its worst?, demnächst in *Antitrust Law Journal*; *Rey, Patrick/Vergé, Thibaud*, Resale Price Maintenance and Interlocking Relationships, *The Journal of Industrial Economics* (58) 2010, 928-961; *dies.*, Bilateral Control with Vertical Contracts, *RAND Journal of Economics*, (35) 2004, 728-746; *Dobson, Paul W./Waterson, Michael*, The Competition Effects of Industry-wide Vertical Price Fixing in Bilateral Oligopoly, *International Journal of Industrial Organization*, (25), 2007, 935-962.

In vielen Fällen, in denen die Initiative zu RPM von der Händlerstufe ausgeht, wird der Konsumentenwohlfahrt geschadet, weil der Händler Wettbewerb mit seinen Konkurrenten zu verringern versucht und seine eigene Marktmacht ausbauen will. Der Hersteller wird an der Durchführung einer effizienteren Vertriebsstrategie gehindert, wenn er zum Beispiel annimmt, dass Preisdifferenzierung zu einem größeren Output führen würde. Ein besonders gutes Beispiel für so eine Situation sind sogenannte hub-and-spoke Systeme, bei denen Händler ein Netzwerk von RPM Bestimmungen mit einem Hersteller dazu benutzen, untereinander eine Preisabsprache durchzuführen.

Sieht man sich daher die verschiedenen ökonomischen Modelle zu RPM an, lässt sich für die Frage, ob RPM generell für den Wettbewerb schädlich ist, überhaupt nichts ableiten. Auch empirische Studien haben bis jetzt nicht zu verlässlichen Resultaten geführt, die eine generelles Verbot von RPM rechtfertigen könnten oder auch nur eine Vermutung stützen könnten, RPM würde regelmäßig zu Wohlfahrtsverlusten führen.<sup>37</sup> Dies gilt auch für eine neuere Studie, die versucht hatte, Unterschiede in den Regeln betreffend RPM zwischen mehreren U.S. Bundesstaaten dazu zu verwenden, die Auswirkungen von Regeln zu untersuchen, die RPM weniger streng regeln.<sup>38</sup> Diese Studie kam zum Schluss, dass sich aus der Abschaffung des generellen Verbots von RPM deutliche Wohlfahrtsverluste ergeben haben. Diese Ergebnisse hatten einige Aufmerksamkeit erregt und wurden von manchen als Rechtfertigung der derzeitigen rechtlichen Regeln und Durchsetzungspraxis in Europa gesehen. Damit wird allerdings die Aussagekraft der Studie überbewertet. In der Literatur wurde bereits kritisch angemerkt, dass die Studie methodisch so beschränkt war, dass ihre Schlussfolgerungen nicht als Grundlage für rechtspolitische Schlussfolgerungen verwendet werden kann.<sup>39</sup> Insbesondere die Auswahl bei der in die Studie eingeschlossenen Produkte, die nicht hinreichend auf Produkte und individuelle Marken abstellte, bei denen RPM eine besondere Rolle spielen dürfte, wirft Zweifel auf, ob ihre Ergebnisse als besonders aussagekräftig angesehen werden können. Jedenfalls gibt es keinen Anlass, ihr größeres Gewicht bezumessen als den Studien, die zum Schluss kamen, dass es keine empirische Stütze für die Annahme gibt, RPM führe regelmäßig zu Wettbewerbsbeschränkungen.<sup>40</sup>

Jedenfalls deutet die Diskussion unter Ökonomen regelmäßig in die Richtung, dass jedenfalls bei starkem Wettbewerb zwischen Herstellern schädliche Effekte von RPM unwahrscheinlich sind. Je stärker der Wettbewerb im Markt ist, desto wahrscheinlicher ist es, dass RPM die

---

<sup>37</sup> Vgl. etwa Pauline M. Ippolito, Resale price maintenance: Empirical evidence from litigation, 34 *Journal of Law and Economics* 263 (1991); Francine Lafontaine & Margaret Slade, *Exclusive Contracts and Vertical Restraints: Empirical Evidence and Public Policy* (Sept. 2005) (unpublished paper), available at <http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/economics/staff/academic/slade/wp/ecsept2005.pdf>; Alexander MacKay & David A. Smith, The Empirical Effects of Resale Price Maintenance, Kilts Booth Marketing series, Paper No. 1-009, 2014; Bailey, Elizabeth M./Leonard, Gregory K., Minimum Resale Price Maintenance: Some Empirical Evidence from Maryland, *The B.E. Journal of Economic Analysis & Policy*, (10) 2010, 1-6.

<sup>38</sup> Alexander MacKay & David A. Smith, The Empirical Effects of Resale Price Maintenance, Kilts Booth Marketing series, Paper No. 1-009, 2014;

<sup>39</sup> S dazu Thomas A. Lambert & Michael Sykuta, Why the New Evidence on Minimum RPM Doesn't Justify a Per se Look Approach, *CPI ANTITRUST CHRON.* (Nov. 2013).

<sup>40</sup> S dazu die Übersicht bei Joshua D. Wright, The Economics of Resale Price Maintenance / Implications for Competition Law and Policy, Remarks before the British Institute of International and Comparative Law (9. April 2014); Francine Lafontaine & Margaret Slade, *Exclusive Contracts and Vertical Restraints: Empirical Evidence and Public Policy* (Sept. 2005) (unpublished paper), available at <http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/economics/staff/academic/slade/wp/ecsept2005.pdf>

hier beschriebenen positiven Effekte haben wird und, im Prinzip in die gleiche Richtung weisend, dass RPM nicht zu einer Erhöhung der Marktmacht führen kann. Und gerade in Märkten mit starkem Wettbewerb können Hersteller darauf angewiesen sein, zu experimentieren und zu versuchen, ihre Marktposition unter anderem auch durch erfolgreichere Vertriebssysteme zu verbessern. Gerade KMUs und in einen Markt neu eintretende Unternehmen (das heißt, Unternehmen ohne Marktmacht) können auf solche Strategien angewiesen sein. Man kann daher auch Sachverhalte erwarten, in denen ein Hersteller mit der Einführung von Preisbindungen experimentiert und noch keine klaren Nachweise von Effizienzen vorlegen kann. Das heißt nicht, dass in dieser Situation die Strategien dem Wettbewerb schaden müssen; vielmehr heißt das, dass man in einer solchen Situation noch genauer die Frage prüfen muss, ob die VVB überhaupt plausibel den Wettbewerb einschränken kann.

Eine hervorragende Illustration, wie diese ökonomischen Überlegungen in die Beurteilung eines konkreten Falles relativ einfach eingebaut werden können, liefert der jüngst ergangene Beschluss der schwedischen Wettbewerbsbehörde („KKV“), eine Untersuchung einer RPM Bestimmung einzustellen. In diesem Fall untersuchte die KKV RPM Bestimmungen, die die 13:e Protein Import AB, ein Hersteller einer proteinreichen Zusatzkost für Sportler, seinen Internet Verkäufern auferlegte.<sup>41</sup> Die KKV traf Feststellungen zu einigen zentralen Sachverhaltselementen, die für die ökonomische Analyse des Falles entscheidend waren, unter anderem die große Anzahl von Anbietern konkurrierender Produkte, der geringe Marktanteil des 13:e Protein Import AB, die große Anzahl verschiedener, effektiver Verkaufskanäle einschließlich eigene Geschäfte vertikal integrierter Hersteller, und das Fehlen jeglicher Anzeichen, dass die RPM Bestimmungen das Preisniveau im Gesamtmarktbeeinträchtigt hatten. Die KKV fand daher keinen Anlass, die Bestimmung weiter zu untersuchen. Die Entscheidung ist insofern bemerkenswert, als sie gut zeigt, wie RPM Fälle anhand relativ weniger Kriterien einer ersten Beurteilung zugänglich sind, ob überhaupt ein kartellrechtliches Problem wahrscheinlich ist.

Es ist aus ökonomischer Sicht daher sicherlich verfehlt, den Standpunkt einzunehmen, RPM schade vermutlich in der allergrößten Zahl der Fälle (zumindest höchstwahrscheinlich) der Konsumentenwohlfahrt. Dafür gibt es weder in ökonomischen Modellen noch in empirischen Untersuchungen eine Stütze.

Ebenso verfehlt ist die Aussage, RPM schade der Konsumentenwohlfahrt, weil ein Hersteller damit höhere Preise für seine Produkte erzielen kann. Wie schon oben dargelegt, lässt sich aus dem Preisniveau auf der Einzelhandelsstufe allein über Wohlfahrtseffekte nichts ableiten. Das ist natürlich auch rechtlich relevant, weil sich aus der Ökonomie keine Stütze dafür ergibt, dass bei RPM vermutet werden kann oder soll, dass Artikel 101 Abs. 1 AEUV erfüllt ist.

## **2. *Beschränkungen des Internetverkaufs***

Bei der Durchsetzung des Kartellrechts wird in jüngerer Zeit verschiedenen Beschränkungen betreffend Internetverkäufe großes Interesse entgegengebracht. Dabei kann es um reine

---

<sup>41</sup> KKV, Dnr 559/13, 30. Oktober 2014.

Verkaufsverbote über das Internet gehen, die einem Händler auferlegt werden, quantitative Beschränkungen für Internetverkäufe, Preisbeschränkungen hinsichtlich des Einzelhandelspreises bei Internetverkäufen, oder Strategien betreffend Großhandelspreise, die bei Internetverkäufen höher sein können als bei Verkäufen durch „brick and mortar stores“.

In der ökonomischen Literatur spiegelt sich dieses juristische Interesse aber überhaupt nicht wider. Das geringe Interesse in der ökonomischen Literatur an „reinen“ Internetverkaufsbeschränkungen erklärt sich wohl daraus, dass es hier kaum ökonomische Modelle gibt, die auf einen Wohlfahrtsverlust schließen lassen. Das trifft generell bei den sogenannten „selektiven Vertriebssystemen“ zu als auch speziell bei Beschränkungen, die das Internet als Verkaufskanal betreffen.

Das im Zusammenhang mit RPM bereits Gesagte ist auch im Fall von Internetverkaufsbeschränkungen relevant:<sup>42</sup> Ein Schaden aus der Sicht der Konsumentenwohlfahrt könnte dadurch entstehen, dass eine das Internet betreffende VVB Kollusion erleichtert oder Konkurrenten den Marktzugang erschwert. Beides ist im Fall von VVBs, die das Internet betreffen, nicht ausgeschlossen, aber noch weniger wahrscheinlich als bei RPM.

Die Erklärung, dass ein Internetverkaufsverbot dazu dient, die Überwachung einer kollusiven Absprache unter Herstellern zu erleichtern, macht wenig Sinn, weil gerade Verkäufe über das Internet leicht zu überwachen sind und die erforderliche Transparenz von Einzelhandelspreisen erleichtern.<sup>43</sup> Das bedeutet, dass vom Hersteller ausgehende VVBs, die die Möglichkeit von Internetverkäufen beschränken, in aller Regel nicht zu einer Beschränkung des Wettbewerbs zwischen Konkurrenten führen.

Allenfalls wäre zu untersuchen, ob in bestimmten Fällen Beschränkungen, die in weiten Teilen eines Marktes von den Herstellern angewendet werden, zu einem Verständnis unter den Herstellern führen können, einen aggressiven Preiswettbewerb generell zu vermeiden und dadurch in eine bessere Position zu kommen um kollektiv Marktmacht auszuüben. Generelle Spekulation sollte aber nicht ausreichen, so eine Annahme zu begründen. Auch wenn mehrere Hersteller ähnliche Vertriebssysteme verwenden, kann Wettbewerb im gesamten Markt sehr intensiv sein. So kann zum Beispiel zwischen Herstellern von Markenartikeln Wettbewerb bestehen, der sich nicht nur auf den Preis als einzigen Wettbewerbsparameter beschränkt. Und idR werden Markenartikelhersteller dem Wettbewerb durch Produkte ausgesetzt sein, die vorwiegend auf niedrige Preise setzen und weniger auf Qualität und Image. Fallspezifische Feststellungen zu solchen Sachverhaltselementen, die erklären können, wie Internetverkaufsbeschränkungen Konkurrenzdruck im gesamten Markt abschwächen können, finden sich allerdings in keinem bisher entschiedenen Fall.

---

<sup>42</sup> Die weiteren Ausführungen stellen zum Teil auf ein Verbot von Internetverkäufen ab. Die dabei erreichten Schlüsse – dass sich aus einem vollkommenen Verbot von Internetverkäufen keine negative Wohlfahrtseffekte erwarten lassen – gelten natürlich umso mehr, wenn der Hersteller Verkäufe über das Internet beschränkt und nicht generell verbietet.

<sup>43</sup> *Iacobucci, Edward/Winter, Ralph A.*, European Law on Selective Distribution and Internet Sales: An Economic Perspective, *Antitrust Law Journal* (Im Erscheinen)

Eine mehr relevante Erklärung von negativen Effekten auf den Wettbewerb kann darin bestehen, dass *Händler* die Hersteller dazu drängen, Internetverkäufe durch konkurrierende, „*low cost*“ Händler einzuschränken und dadurch dadurch ihr eigenes Geschäftsmodell schützen wollen. Dies ist ja bereits oben besprochen worden. Geht die Initiative für VVBs von Händlern aus, besteht eine größere Wahrscheinlichkeit, dass sie dazu benutzt werden, Marktmacht zu erhöhen. Auch hier zeigen sich deutliche Parallelen zu RPM Bestimmungen.

Demgegenüber kann von einer Strategie eines *Herstellers*, durch Internetverkaufsbeschränkungen gewissen *low cost* Händler und Vertriebskanäle für seine Produkte zu beschränken keineswegs geschlossen werden, dass eine Beschränkung des Wettbewerbs vorliegt. Diese Ansicht wird recht häufig vertreten, wenn Internetverkaufsbeschränkungen als Wettbewerbsbeschränkungen charakterisiert werden. Sie ist aber unzutreffend. Ein Hersteller wird stets darauf abstellen, seine Umsätze angesichts der Konsumentennachfrage zu optimieren. Nimmt er dabei in Kauf, dass er weniger Produkte absetzt, als er ohne Beschränkungen über den Internetvertriebskanal absetzen kann, macht dies nur dann Sinn, wenn er sich über andere Vertriebskanäle angesichts der gesamten Konsumentennachfrage bessere Ergebnisse erwarten kann. Davon können auf alle Fälle auch Konsumenten profitieren.

Als positive Erklärungen für eine solche Vertriebsstrategie lassen sich dabei Anliegen des Herstellers nennen, Trittbrettfahrer-Effekte durch Internethändler zu vermeiden und/oder Händler dazu anzuhalten, durch besondere Bemühungen zum Image, Qualität, und Qualitätsimage beizutragen. Wie schon bei RPM sind nämlich die Interessen des Hersteller und der Konsumenten mit denen des Händlers nicht notwendigerweise gleichlaufend. Der Händler selbst kann durchaus ein größeres Interesse daran haben, eine Verkaufsstrategie mit niedrigeren Preisen und weniger Investitionen in Qualität und Image zu verfolgen. Das hilft dem Händler, aber nicht notwendigerweise der Gesamtheit der Konsumenten.

VVBs betreffend Internetverkäufe sollen letztlich dazu beitragen, durch Anreize, die nicht direkt mit dem Preis verbunden sind, neue Käufer für die Produkte des Herstellers zu gewinnen und dadurch Verkaufszahlen zu erhöhen; der Hersteller legt da weniger Wert darauf, dass ein Händler durch niedrige Preise Konsumenten des anderen Händlers an sich zieht.<sup>44</sup>

In diesem Sinn unterscheidet sich RPM von Internet-Verkaufsbeschränkungen nicht wesentlich; lediglich die gewählte Form der VVB Strategie ist unterschiedlich. Und vielleicht lässt sich im Zusammenhang mit Internetverkäufen noch deutlicher die Motivation des Herstellers erklären, VVBs zu verwenden: Gerade weil das Internet ein so effektiver Verkaufskanal ist, durch den Konsumenten leicht erreicht werden können, sollte ein Hersteller alle Gründe haben, Verkäufe durch diesen Vertriebsweg zu fördern. Die Tatsache, dass gewisse Hersteller durch VVBs diesen Vertriebsweg einschränken ist schon ein Indiz

---

<sup>44</sup> Edward Iacobucci & Ralph A. Winter, *European Law on Selective Distribution and Internet Sales: An Economic Perspective*, *Antitrust Law Journal* (im Erscheinen).

dafür, dass der Hersteller durch eine stärkere Betonung nicht preisbezogener Aspekte zu Lasten von niedrigeren Preisen bessere Verkaufsergebnisse erwartet.<sup>45</sup>

### 3. *Preisparitätsbestimmungen*

Vor allem angesichts der wachsenden Bedeutung von Internetplattformen haben sogenannte Preisparitätsbestimmungen in der Literatur und im Fallrecht wieder große Bedeutung erlangt. Dabei handelt es sich um vertikale Absprachen, bei denen der bilaterale Preis mit Bezug auf einen anderen vertikalen Vertrag festgelegt ist, an dem eine der beiden Parteien beteiligt ist. Zu denken ist zum Beispiel an eine Vereinbarung zwischen Apple und einem Buchverlag, dass der Verlag seine E-Books anderswo (über Amazon) nicht günstiger anbieten wird als über einen Apple online bookstore, oder eine Zusage eines Hotels gegenüber einer Reise-Internetplattform, seine Zimmer bei anderen Internetplattformen oder auf der eigenen Website nicht zu günstigeren Konditionen anzubieten. Es wird also dem Hersteller eine Preisdiskriminierung (Preisdifferenzierung) zwischen unterschiedlichen Händlern oder Vertriebsplattformen unmöglich gemacht.

Im Prinzip handelt es sich bei dieser Art der Absprache nicht um ein neues Phänomen. Meistbegünstigungsklauseln („MFN“) sind dem Kartellrecht nicht unbekannt und haben es schon vor der Entwicklung des Internets beschäftigt. Aber das Internet hat die Beurteilung dieser Absprachen wieder in das Zentrum der Aufmerksamkeit gerückt, wobei aber die Probleme etwas anders gelagert sein können als bei traditionellen MFN-Bestimmungen.

Die möglichen negativen und positiven Wohlfahrtseffekte von Preisparitätsbestimmungen sind in der ökonomischen Literatur im Allgemeinen gut herausgearbeitet und es gibt in dieser Hinsicht keine allzu große Diskussion. Schwierig ist es aber, in konkreten Fällen und unter bestimmten Bedingungen zu bestimmen, ob die negativen oder positiven Effekte überwiegen.<sup>46</sup>

Weil Preisparitätsbestimmungen ein horizontales Element beinhalten, ist das Risiko, dass sie den direkten Wettbewerb zwischen Konkurrenten abschwächen, besonders relevant. Zum einen können solche Absprachen eine kartellartige Absprache zwischen Konkurrenten unterstützen. Sind zum Beispiel Internetplattformen übereingekommen, welche Buchungsgebühren sie Hotels verrechnen wollen, können Preisparitätsbestimmungen dazu beitragen, dass ein solches Kartell effektiver und stabiler wird.

Es kann auch ohne solche kollusiven Aspekte zu einer Abschwächung des Wettbewerbs kommen. Das kann zum Beispiel dann der Fall sein, wenn aufgrund der Preisparitätsbestimmungen eine Internetplattform davon abgehalten wird, seine Buchungsgebühren an Hotels zu senken, weil sie weiß, dass die niedrigeren Preise, die das Hotel wegen der geringeren Gebühren auf dieser Internetplattform verlangen könnte, auf allen anderen Internetplattformen, zu deren Gunsten eine Preisparitätsbestimmung besteht, ebenso aufscheinen werden. Im Endeffekt kann der Druck, durch niedrige

---

<sup>45</sup> Edward Iacobucci & Ralph A. Winter, *European Law on Selective Distribution and Internet Sales: An Economic Perspective*, *Antitrust Law Journal* (im Erscheinen).

<sup>46</sup> S. dazu zB, Fiona M. Scott Morton, *Contracts that Reference Rivals*, 27 *Antitrust* 3, 72 (2013).

Buchungsgebühren zu konkurrieren, abgeschwächt werden, womit es zu vergleichsweise höheren Buchungsgebühren kommen kann.

Das vielleicht größte und in konkreten Fällen relevanteste wettbewerbliche Problem von Preisparitätsbestimmungen ist, dass sie den Neueintritt in den Markt durch innovative und kostengünstigere Marktteilnehmer erheblich erschweren können. Diese Erklärung ist in mehreren Fällen verwendet worden, um gegen Preisparitätsbestimmungen kartellrechtlich vorzugehen. Hat sich ein Anbieter verpflichtet, auf anderen Plattformen keine niedrigeren Preise anzubieten, so wird es für neu in den Markt eintretende Plattformen, die mit kostengünstigeren Modellen und daher mit geringeren Gebühren im Markt auftreten, schwierig, Anbieter zu überzeugen, auf ihren Plattformen Produkte zu günstigeren Preisen anzubieten. Senkt der Anbieter nämlich seine Preise auf der neu eingetretenen Plattform, muss er sie auf den bestehenden Plattformen, zu deren Gunsten eine MFN Bestimmung besteht, ebenfalls senken. Dies ist für den Anbieter teuer (und daher weniger attraktiv als selektive Preissenkungen) und macht es schwierig für neue Plattformen, mit attraktiveren Preisen neue Abnehmer an sich zu ziehen. Wird diese Art von wettbewerblichem Druck verringert, können bestehende Plattformen höhere Gebühren verlangen, als sie das bei effektiverem Wettbewerbsdruck tun könnten.

Das Risiko solcher Effekte wird vor allem beim Bestehen von Marktmacht bestehen. Fehlt es an wesentlicher Marktmacht seitens der durch die MFN Bestimmung begünstigten Plattform, schränkt eine MFN Bestimmung die Flexibilität des Anbieters bei der Preisfestsetzung nicht wesentlich ein. Es kann daher in diesem Fall nicht angenommen werden, dass eine MFN Bestimmung zu vergleichsweise höheren Preisen führen und negative Wohlfahrtseffekte haben kann.

Ebenso sind in der Literatur und Entscheidungspraxis Effizienzen anerkannt, die sich aus Preisparitätsbestimmungen ergeben können. Solche Bestimmungen können unter anderem ein Trittbrettfahrerphänomen lösen, das sich zwischen Internetplattformen dann ergeben kann, wenn eine Plattform in ein umfassenderes Angebot und reichhaltige Information investiert (und daher höhere Gebühren verlangt) und eine andere, Plattform ohne diese Investitionen hofft, Verbraucher zum endgültigen Buchungsvorgang mit niedrigeren Preisen an sich zu ziehen. Preisgleichheit unterstützt daher Investitionen in Angebote mit höherer Qualität, wie auch schon in einem brick and mortar Umfeld. In anderen Fällen können Preisparitätsbestimmungen den Marktzutritt für Anbieter neuer Produkte erleichtern, weil sie zum Beispiel Investitionen in neue Produkte lohnend machen können oder weil sie einem Anbieter es ermöglichen, einer neuen Plattform glaubhaft günstige Angebote zuzusichern.

Aus ökonomischer Sicht gibt es daher keine Grundlage für eine Vermutung, dass MFN Bestimmungen regelmäßig den Wettbewerb beschränken.

Interessant ist in diesem Zusammenhang die *Hotel Online Booking* Entscheidung der britischen OFT (mittlerweile die CMA).<sup>47</sup> Die Entscheidung enthält eine ausführliche Zusammenstellung von Effizienzargumenten, die die Parteien vorgebracht haben. Obwohl die Entscheidung selbst lediglich RP- ähnliche Bestimmungen angegriffen

---

<sup>47</sup> Case CE 9320/10.



hat,<sup>48</sup> haben in der gesamten Untersuchung des Falles Preisparitätsbestimmungen zwischen einer Hotelkette und den Internetplattformen „Expedia“ und „Booking.com“ eine zentrale Rolle gespielt und sind auch in den Effizienz begründungen der Parteien angesprochen worden. Auch die in der Entscheidung aufgegriffenen RPM Bestimmungen haben im Endeffekt dazu geführt, dass zwischen der Hotelwebsite und den Internetplattformen eine Preisparität bestanden hat. Unter anderem brachten die Parteien vor, eine Preisgleichheit sei aus der Sicht der Hotels erforderlich, um die wichtigen Buchungen über die eigene Website zu schützen. Ein Preiswettbewerb durch Internetplattformen würde Hotels veranlassen, Inventar von den Plattformen zurückzuhalten, wodurch im Endeffekt Konsumenten geschadet würde. Daneben haben die Internetplattformen auch noch das Trittbrettfahrerproblem als Rechtfertigung vorgebracht, das schon oben im Text angesprochen wurde.

Zwar fehlt es in der Entscheidung an einer ausführlichen Auseinandersetzung mit diesen Effizienzvorbringen. Dass die OFT ihnen einiges Gewicht beigemessen hat, ist schon deshalb klar, weil sie die untersuchten Bestimmungen im Ende weitgehend unangetastet gelassen hat und nur eine beschränkte Auflockerung der RPM Bestimmungen verlangte.

Auch die von der europäischen Kommission koordinierte Untersuchung von MFN Bestimmungen durch *booking.com* kommt einem Ergebnis, das mit dem oben Besprochenen konform ist. Auf der einen Seite wurden *Booking.com*, das eine bedeutenden Stellung im Markt innehat, die Verwendung von MFN Bestimmungen untersagt, die Preise auf anderen Buchungsplattformen betrafen. Andererseits wurden MFN Bestimmungen, die die Preisfestsetzung auf einer Hotelwebsite betrafen, als zulässig erachtet. Diese beiden Ergebnisse lassen sich mit dem Abstellen auf Marktmacht und möglichen Effizienz begründungen gut erklären.

Fasst man die ökonomische Literatur zu Preisparitätsbestimmungen zusammen, wiederholen sich die Themen, die schon im Zusammenhang mit RPM angesprochen worden sind: Preisparitätsbestimmungen sind nicht generell als Wettbewerbsbeschränkung zu sehen. Negative Effekte können vor allem dann entstehen, wenn zumindest eine der an der Absprache beteiligten Parteien besondere Marktmacht hat, oder wenn solche Bestimmungen in einem Markt weit verbreitet sind und vor allem wichtigen Marktteilnehmern zugutekommen. Dadurch kann eine Preisdifferenzierung durch Anbieter verhindert werden, die vor allem neu in den Markt eintretenden Marktteilnehmern mit innovativen, kostengünstigen Modellen helfen könnte und am Ende auch Konsumenten Vorteile bringen kann. Andererseits gibt es auch hier sehr plausible Gründe, warum Preisparitätsbestimmungen positive Effekte haben können. Ohne Beurteilung individueller Umstände lässt sich daher über die Auswirkungen von Preisparitätsbestimmungen nichts aussagen. Es gibt hier auch keine Modelle, die eine Vermutung zulassen, dass Preisparitätsbestimmungen regelmäßig die Ausübung von Marktmacht erleichtern.

Dass selbst bei marktstarken Unternehmen die Verwendung von Preisparitätsbestimmungen nicht zu einer anhaltenden Ausübung von Marktmacht

---

<sup>48</sup> Dazu unten.

führen muss, illustriert der HRS-Fall des Bundeskartellamts. Das Bundeskartellamt hat seit Jahren die Verwendung von Preisparitätsbestimmungen durch HRS, der seinerzeit größten deutschen Hotelbuchungs-Plattform untersucht und diese auch untersagt. HRS hatte sich allerdings über viele Jahre gegen die Entscheidung des Bundeskartellamts gewendet und daher über mehrere Jahre diese Bestimmungen weiter in Verträgen mit Hotels angewendet. In dieser Zeit sank der Anteil der HRS an Hotelbuchungen über das Internet in Deutschland von über 50% auf gerade 30%. Das zeigt, dass die Preisparitätsbestimmungen letztlich den Eintritt und die Expansion von anderen Buchungsplattformen nicht verhindern und HRS letztlich nicht andauernd Marktmacht ausüben konnte.<sup>49</sup>

#### **D. Schlussfolgerungen für eine ökonomisch begründete rechtliche Analyse von VVBs**

Die Schlussfolgerungen für eine rechtliche Analyse von VVBs, die sich konsequent an Konsumentenwohlfahrt ausrichtet, sind rasch gezogen. Bei keiner Art einer VVB kann angenommen werden, dass sie in den meisten Fällen mit großer Wahrscheinlichkeit zu negativen Wohlfahrtseffekten führt. Dies gilt für alle VVBs, einschließlich RPM. Eine Vermutung der Rechtswidrigkeit, das heißt unter Artikel 101 AEUV die Annahme einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung, ist bei allen VVBs mit ökonomischen Argumenten nicht begründbar.

Ohne Prüfung im Einzelfall kann über die Effekte von VVBs überhaupt nichts Verlässliches gesagt werden. Hier hat die Ökonomie bestimmte Kriterien entwickelt, die es erlauben können, relativ rasch zwischen solchen VVBs zu unterscheiden, die höchstwahrscheinlich keinerlei negative Effekte haben, und solchen, bei denen die Wahrscheinlichkeit negativer Effekte größer ist. Diese Kriterien sind: (i) das Bestehen von Marktmacht bei zumindest einer an der VVB beteiligten Parteien; (ii) eine weit verbreitete Anwendung der gleichen VVB im gesamten Markt; oder (iii) die Initiative für eine VVB, die vom Händler mit Marktmacht ausgegangen ist.

Diese Kriterien sollten in jeder juristischen Analyse von VVBs vorrangig berücksichtigt werden. Sie können als eine Art „Filter“ verstanden werden, die es dem Entscheidungsträger ermöglichen, die weitere Analyse des Falles effizienter zu organisieren. Sie bringen auch Klarheit darüber, welche substantiierte Vorbringen der beiden Parteien notwendig sind, um zu einer „richtigen“ Entscheidung zu kommen. Sind diese Kriterien im Sachverhalt nicht substantiiert, sollte es im Kartellrecht einen „Safe Harbor“ geben. Denn VVBs sind dann im Allgemeinen nicht geeignet, die Ausübung von Marktmacht zu erleichtern und es kann in der Regel keine Kartellrechtsverletzung vorliegen. Ganz im Gegenteil, es kann in diesen Fällen angenommen werden, dass die VVB positive Wohlfahrtseffekte hat oder dass sie zumindest aus Gründen bestehen, die mit den Zielen des Kartellrechts vereinbar sind. Das Kartellrecht sollte daher VVBs in diesen Situationen nicht untersagen.

Liegen diese Kriterien hingegen vor, muss das Vorbringen des Klägers erklären, wie die VVB zur Ausübung von Marktmacht beitragen kann. In gewissen Fällen könnte ein beschränktes (obwohl gleichwohl substantiiertes) Vorbringen des Klägers bereits ausreichen

---

<sup>49</sup> Bundeskartellamt, Entscheidung B9 – 66/10.

um zu zeigen, dass die Voraussetzungen des Artikels 101 Abs. 1 AEUV erfüllt sind. Gibt es zum Beispiel im Markt nur wenige große Händler und verwenden sie in ihren Verträgen mit Produzenten alle Preisparitätsbestimmungen, ist die Wahrscheinlichkeit recht groß, dass es dadurch zu negativen Wohlfahrtseffekten kommt. Dies könnte ausreichen, den Entscheidungsträger davon zu überzeugen, dass zumindest *prima facie* die Voraussetzungen des Artikel 101 Abs.1 erfüllt sind.

Ein anderes, gerade in Österreich in neuerer Zeit relevantes Beispiel sind hub-and spoke Systeme, bei denen scheinbar vertikale Preisabsprachen mit einem Hersteller von Händlern in einem konzentrierten Markt dazu verwendet werden, den Preiswettbewerb zwischen ihnen abzuschwächen. Die vertikale Preisabsprache zwischen Hersteller und Händler allein ist für sich für die Anwendung von Artikel 101 Abs. 1 AEUV noch nicht besonders aussagekräftig (und sollte als nicht ausreichend beurteilt werden). Hohe Marktkonzentration und das horizontale Element, das sich auf dem konzentrierten Markt auswirkt, sind es schon.<sup>50</sup>

Es kann daher durchaus Fallkonstellationen geben, in denen die Verwendung von VVB den Wettbewerb beeinträchtigen können und in denen es dem Kläger relativ leicht sein sollte, ein dementsprechendes Vorbringen zu substantiieren.

Ein Vorbringen, dass eine VVB wie zum Beispiel RPM zu höheren Einzelhandelspreisen geführt hat, ist für sich kein relevanter Nachweis negativer Wohlfahrtseffekte, weil ja aufgrund der vom Hersteller gewählten Strategie gerade die höheren Gewinnspannen, die mit höheren Einzelhandelspreisen geschützt werden, positive Effekte haben sollen. Dieses Kriterium ist auch deshalb nicht geeignet, rechtswidrige VVBs von rechtmäßigen zu unterscheiden, weil viele VVBs, die nach ganz allgemeiner Ansicht in aller Regel rechtmäßig sind, genau die gleichen Preiseffekte haben. So führt zum Beispiel auch die Einräumung eines Alleinvertriebsrechts dazu, dass dem Händler ein Quantum von Marktmacht eingeräumt wird, das ohne den Alleinvertrieb nicht bestehen würde. Damit kann man erwarten, dass die Preise des Händlers in der Alleinvertriebssituation vergleichsweise etwas höher sein werden als bei unbeschränkter Konkurrenz zwischen allen Händlern. Das nimmt man in Kauf ohne dabei ernstliche Probleme für das Wettbewerbsrecht zu sehen. Zum einen wird akzeptiert, dass damit in der Regel der Wettbewerb zwischen Herstellern nicht beeinträchtigt; zum zweiten werden von der Erteilung eines Alleinvertriebsrechts Vorteile für den Absatz erwartet. Bei RPM ist die Situation nicht anders.

Aus diesen Gründen ist es sinnvoller, bei der rechtlichen Analyse möglicher Wettbewerbsbeschränkungen darauf abzustellen, ob infolge der VVB die verkauften Mengen geringer wurden oder generell im Markt die Großhandelspreise angestiegen sind. Für diese Fragen sind auch relevante Nachweise nicht so schwer beizubringen. Sie verlangen ökonomische Expertise, aber darauf zugunsten intuitiver, juristischer Kurzschlüsse zu verzichten birgt ein erhebliches Risiko, dass VVBs, die keine negativen Wohlfahrtseffekte haben, als Wettbewerbsbeschränkungen charakterisiert werden.

Vor allem in Märkten mit effektivem Wettbewerb wiegen Effizienzbegründungen für VVBs schwer. Hier werden Hersteller Beschränkungen des Vertriebs, die ja den Preiswettbewerb

---

<sup>50</sup> Spar Fall

unter den Händlern beschränken und damit die Absätze des Herstellers verringern, nur dann einsetzen, wenn sie davon insgesamt positive Effekte für den Absatz erwarten. Die rechtliche Beurteilung muss daher in diesen Fällen Effizienzbegründungen ernst nehmen. Argumente, dass der Hersteller andere Beschränkungen anwenden könnte, sind nicht zielführend, weil solche Entscheidungen besser dem Markt zu überlassen sind als staatlichen Institutionen. Selbst marktstarke Unternehmen können VVBs aus Effizienzgründen verwenden. Das heißt, selbst wenn eine VVB die Kriterien des Artikel s 101 Abs. 1 AEUV erfüllt, sollten plausible Effizienzbegründungen durchaus beachtet werden. An das Vorliegen von Effizienzen sollten dabei – entgegen einer weit verbreiteten Praxis – keine höheren Anforderungen gestellt werden, als bei der Beurteilung, ob die Voraussetzungen des Artikel 101 abs. 1 erfüllt sind.

## **II. Darstellung der Rechtsdurchsetzung in ausgewählten Rechtssystemen**

Im Folgenden wird das Kartellrecht betreffend VVBs in ausgewählten Jurisdiktionen zusammenfassend dargestellt.<sup>51</sup> Das der rechtliche Rahmen in den EU-Mitgliedstaaten in weiten Teilen dem EU-Kartellrecht entspricht, wird in diesen Ländern vor allem die Durchsetzungspraxis anhand ausgewählter Fälle beschrieben.

### **A. Europäische Union**

Das Recht der Europäischen Union betreffend VVBs ist gut entwickelt und dokumentiert. Es geht im folgenden Abschnitt lediglich darum, die wesentlichen Eckpunkte des derzeit geltenden Rechts zu beschreiben und auf offene Fragen im Bereich der VVB einzugehen.

Die rechtlichen Normen betreffend VVB sind im Wesentlichen ein Resultat der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) und der regulativen Vorgaben der Europäischen Kommission insbesondere durch die Vertikal-GVO. Gerade im regulativen Bereich hat sich das EU-Kartellrecht durchaus in Richtung einer verstärkten ökonomischen Betrachtung entwickelt, vor allem dadurch, dass man im Anwendungsbereich der Vertikal-GVO bei vielen VVBs durch Unternehmen mit geringen Marktanteilen vermutet, dass sie mit Artikel 101 AEUV vereinbar sind.

Gleichzeitig hat die Kommission aber die bestehende, widersprüchliche Haltung bei der Beurteilung von VVBs nie ganz aufgegeben und hält im Gegensatz zu dem in anderen Bereichen des europäischen Kartellrechts vertretenen ökonomischen Ansatz daran fest, dass bestimmte VVBs als dem Wettbewerb besonders schädlich anzusehen sind. Dementsprechend werden gemäß Artikel 4 Vertikal-GVO bestimmte VVBs, wie RPM, bestimmte Beschränkungen von Gebieten oder Kundengruppen, in die oder an die Waren weiterverkauft werden dürfen, und bestimmte Beschränkungen innerhalb eines selektiven Vertriebssystems als Kernbeschränkungen betrachtet. Sind sie in einem Vertrag enthalten, findet die GVO keine Anwendung. Nach den Leitlinien soll bei Kernbeschränkungen weiter eine Vermutung bestehen, dass sie unter Artikel 101 Abs. 1 AEUV fallen, also eine bezweckte Beschränkung des Wettbewerbs darstellen, und die Voraussetzungen des Artikel 101Abs. 3 AEUV nicht erfüllen. Dieser Querverweis zwischen Kernbeschränkung und

---

<sup>51</sup> Im Hauptteil der Studie werden die wichtigsten Jurisdiktionen und Entscheidungen behandelt. Weitere Länderberichte finden sich im Anhang.

Zweckbeschränkung ist zirkulär. Ökonomisch begründet oder begründbar sind diese Regeln nicht.<sup>52</sup>

Diese zum Teil widersprüchliche Haltung spiegelt sich auch im Fallrecht der europäischen Gerichte wider. Der EuGH hat gerade in seiner jüngeren Rechtsprechung Hinweise auf Konsumenteninteressen erwähnt (wohl zu verstehen im Sinne von Konsumentenwohlfahrt) und in manchen Fällen als entscheidend für die Beurteilung von Fällen erachtet.<sup>53</sup> Er weigert sich aber standhaft, diesen Standard konsequent als den einzigen Maßstab anzuerkennen, nach dem stets zu beurteilen ist, ob eine VVB den Wettbewerb beschränkt. So hat der EuGH gerade in neueren Fällen wiederholt festgestellt, dass eine Verletzung von Artikel 101 AEUV nicht nur anhand von Konsumentenwohlfahrtskriterien festgestellt werden kann. Stattdessen sollen auch Beeinträchtigungen der Marktstruktur und des „Wettbewerbs an sich“ ausreichen um festzustellen, dass eine Absprache den Wettbewerb beschränkt.<sup>54</sup>

Diese Ansicht ist bedauerlich. Denn damit erkennt der EuGH die Konsumentenwohlfahrt zwar als ein relevantes Konzept an. Zugleich gibt er aber die Vorteile einer disziplinierten Analyse unter Konsumentenwohlfahrtsstandards auf, ohne eine Alternative dafür anzubieten, die in einer ähnlich vorhersehbaren Art und Weise klar machen könnte, wieso eine Absprache von Artikel 101 AEUV erfasst wird und vor allem, und, vor allem, unter welchen Umständen das nicht der Fall ist. Weder das Konzept der „Marktstruktur“ noch das Konzept des „Wettbewerbs an sich“ beinhalten Standards, die über den Einzelfall hinaus generalisiert werden können und daher zu vorhersehbaren Normen beitragen. Die Grenzen der Rechtsdurchsetzung des Kartellrechts bleiben unklar, weil in Fällen, in denen eine Absprache offenbar keine negativen Wohlfahrtseffekte hat, andere Überlegungen herangezogen werden, um doch eine Rechtsverletzung zu begründen.

Bei dem vom EuGH verfolgten Ansatz bleibt auch die Abgrenzung von bezweckten und bewirkten Beschränkungen willkürlich. Weder das Konzept der „Marktstruktur“ noch das Konzept des „Wettbewerbs an sich“ beinhalten Standards, die über den Einzelfall hinaus generalisiert werden können und daher zu vorhersehbaren Rechtsanwendung beitragen. Dem wichtigsten Ziel kartellrechtlicher Durchsetzung – mithilfe relativ vorhersehbarer Standards Unternehmen von wettbewerbswidrigem Verhalten und damit einer Rechtsverletzung abzuschrecken („deterrence“) – tragen die Entscheidungen des EuGH jedenfalls nicht bei. Diese unklare Haltung zeigt sich insbesondere in Fällen, die VVBs und andere vertikale Vereinbarungen betreffen.<sup>55</sup>

## **1. RPM**

RPM-Bestimmungen in vertikalen Vereinbarungen werden im europäischen Recht traditionell als Kernbeschränkung und als bezweckte Beschränkung des Wettbewerbs angesehen.

---

<sup>52</sup> Andreas P. Reindl, Resale Price Maintenance and Article 101: Developing a more Sensible Analytical Approach, 33 Fordham International Law Journal 1300, 1302 (2010).

<sup>53</sup> EuGH, Urt. v. 27.03.2012, Rs. C- 209/10, Post Danmark, EU:C:2012:172, Rn. 42; EuGH, Urt. v. 11.09.2014, Rs. C-67/13 P, Cartes Bancaires, EU:C:2014:2204, Rn. 51.

<sup>54</sup> EuGH, Urt. v. 06.10.2009, Rs. C-501/06 P, GlaxoSmithKline, Slg. 2009, I-9291, Rn. 55.

<sup>55</sup> EuGH, Urt. v. 14.03.2013, Rs. C-32/11, Allianz Hungaria, EU:C:2013:116, Rn. 36; EuGH, Urt. v. 13.12.2012, Rs. C-226/11, Expedia, EU:C:2012:795, Rn. 21; EuGH, Urt. v. 13.10.2011, Rs. C-439/09, Pierre Fabre, EU:C:2011:649, Rn. 36.

Aussagen des EuGH in einem RPM Fall waren zwar in dieser Hinsicht nicht ganz eindeutig und ließen die Auslegung zu, eine Rechtswidrigkeit von RPM könne nicht generell vermutet werden.<sup>56</sup> Aber die Einstufung von RPM als einer besonders problematischen Beschränkung des Wettbewerbs hat sich nie geändert und kennzeichnet mit wenigen Ausnahmen weiterhin die Praxis der Wettbewerbsbehörden.

Zu dieser Frage gab es im Zuge der Vorbereitung der zurzeit geltenden Vertikal-GVO nochmals eine fundiert und kontrovers geführte Diskussion. Von Vertretern der Wissenschaft und Praxis wurde angeregt, unter gewissen Umständen davon Vermutung abzugehen, RPM Bestimmungen als Kernbeschränkungen anzusehen. Sie sollten statt dessen entweder unter bestimmten Umständen von der Vertikal-GVO freigestellt oder zumindest nicht länger als Kernbeschränkung behandelt werden.<sup>57</sup> Damit hätte sich das europäische Kartellrecht ökonomischen Konzepten angenähert. Am Ende ist die Kommission aber von ihrer kritischen Position gegenüber RPM nicht abgerückt. In den Leitlinien wird nun verstärkt betont, dass auch RPM Bestimmungen unter Artikel 101 Abs. 3 AEUV freigestellt werden können. Aber die Anforderungen für die Freistellbarkeit sind so eng formuliert, dass sie in der Praxis keine wesentliche Bedeutung erlangt haben.<sup>58</sup>

Daher hat die aktuell geltende Vertikal-GVO die praktische Durchsetzung des europäischen Kartellrechts gegenüber RPM nicht wesentlich geändert.<sup>59</sup> Die Kommission selbst hat zur Entwicklung der Rechtspraxis nichts beigetragen, und leider bis jetzt vor allem auch nicht dazu Stellung genommen, wann in einem konkreten Fall eine RPM Bestimmung unter Artikel 101 Abs. 3 AEUV fallen kann. Die nationalen Wettbewerbsbehörden haben an der sehr kritischen Haltung gegenüber RPM Bestimmungen, durch die ja die Rechtsdurchsetzung wesentlich vereinfacht wird, unbeirrt festgehalten und in gewissen Fällen ihre kritische Haltung wohl verstärkt. RPM Bestimmungen können daher weiterhin im europäischen Recht mehr oder weniger als beinahe per se rechtswidrig angesehen werden.<sup>60</sup>

Einige Ökonomen, die die derzeitige rechtliche Situation und die Vermutung einer Rechtswidrigkeit verteidigt haben, haben zwar anerkannt, dass diese pauschal kritische Einstellung zu RPM ökonomisch nicht wirklich begründet ist. Sie haben dazu aber erklärt, ökonomische Grundsätze könnten unter anderem dadurch beachtet werden, dass Wettbewerbsbehörden in Fällen von RPM, bei denen offensichtlich keine Gefahr einer Wettbewerbsbeschränkung besteht, im Rahmen ihrer Priorisierung davon absehen könnten, das Verbot von Artikel 101 AEUV durchzusetzen.<sup>61</sup> Bei rein vertikalen Fällen von RPM zum

---

<sup>56</sup> Pedro Servicios, para. 82. See also Case C-279/06 CEPSA Estaciones de Servicio SA [2008] ECR I-6681.

<sup>57</sup> Economic Advisory Group (Motta, Rey, Verboven, Vettas) (Freistellung unter der GVO bei niedrigen Marktanteilen); *Matthew Bennett et al.*, Explaining the Controversy, and Small Steps Towards a More Nuanced Policy, 33 *Fordham International Law Journal* 1278 (2010); *Reindl, Andreas P.*, Resale Price Maintenance and Article 101: Developing a more Sensible Analytical Approach, *Fordham International Law Journal* (33) 2010, 1300.

<sup>58</sup> Leitlinien, paras. 223-229.

<sup>59</sup> Amato, CPI 2013, mit Nachweisen zu nationalen Entscheidungen.

<sup>60</sup> *Reindl, Andreas P.*, Resale Price Maintenance and Article 101: Developing a more Sensible Analytical Approach, *Fordham International Law Journal* (33) 2010, 1300 mwN.

<sup>61</sup> *Matthew Bennett et al.*, Explaining the Controversy, and Small Steps Towards a More Nuanced Policy, 33 *Fordham International Law Journal* 1278 (2010)

Beispiel, bei denen der Hersteller keine Marktmacht habe, könnte eine Wettbewerbsbehörde im Rahmen ihres Ermessens von einer Verfolgung nach Artikel 101 AEUV absehen.

Diese Lösung ist nicht nur konzeptuell unbefriedigend. Sie ist aus mehreren Gründen ungeeignet, die europäische Kartellrechtspraxis an ökonomische Grundsätze anzunähern. Zum einen hat sich in den letzten Jahren gezeigt, dass nationale Kartellbehörden der „Versuchung“ nicht widerstehen konnten, auch eindeutig rein vertikale RPM Fälle mit geringen Marktanteilen der Parteien und intensivem Wettbewerb doch zu verfolgen, um damit relativ einfache Fälle erfolgreich abzuschließen und zu zeigen, wie sich die Behörde der Konsumenten annimmt. Gab es früher noch Anzeichen, dass wenigstens einige Behörden gewillt waren, RPM Fälle nicht zu verfolgen, bei denen offensichtlich keine Gefahr einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von negativen Wohlfahrtseffekten bestand, hat sich dieses Bild in jüngerer Zeit geändert.<sup>62</sup> Ausnahmen bestehen, sind aber selten.<sup>63</sup> Ein wirksames Gegengewicht gegen diese Entwicklung gibt es nicht. Die Kommission, die in dieser Situation eine gewisse Leitfunktion hätte übernehmen können und vielleicht noch mehr in der Lage gewesen wäre, eine ökonomisch fundierte Durchsetzungspraxis zu entwickeln, hat sich in diesem Bereich mit Ausnahme einer Koordinierungsfunktion bei MFN Bestimmungen viel zu passiv verhalten.

Damit werden unter Artikel 101 AEUV weiterhin Fälle entschieden, die RPM als eine schwerwiegende Verletzung des Artikel 101 AEUV einstufen, obwohl es recht offensichtlich ist, dass die Verwendung von RPM Bestimmungen keinerlei negativen Wohlfahrtseffekte haben konnte und aller Voraussicht nach durchaus positive Erklärungen hatte. Ein Beispiel dafür ist eine jüngere Entscheidung betreffend RPM der polnischen Wettbewerbsbehörde.<sup>64</sup>

Im *Sfinks Polska* Fall ging es um Preisbindungen bei Restaurants, die in einem Franchisesystem betrieben werden; für bestimmte Produkte sollten Preise für das gesamte Franchisesystem mittels Preisbindungen kurzfristig einheitlich ausgestaltet werden. Die Wettbewerbsbehörde sah darin eine schwerwiegende Verletzung des Wettbewerbsrechts und verhängte eine Geldbuße. Bei Restaurants handelt es sich ja in der Regel um Märkte mit intensiver Konkurrenz und ohne Anzeichen von Marktmacht oder der Möglichkeit horizontaler Absprachen. Eine Verstärkung von Marktmacht durch die untersuchte RPM Praxis sollte daher weitgehend auszuschließen sein. Koordinierte Werbekampagnen in einem Franchisesystem mit einheitlichen Preisen können darüber hinaus auch den Konsumenten zu Gute kommen. In einer solchen Situation einem Franchisegeber die Anwendung vertikaler Preisbindungen zu untersagen, hat keine ersichtlichen positiven Effekte aus der Sicht der Konsumentenwohlfahrt und kann den effizienten Betrieb eines Franchisesystems untergraben.

Die Lösung, unproblematische RPM Fälle im Wege einer Priorisierung von der Anwendung des Artikels 101 AEUV auszunehmen, ist auch deswegen nicht nützlich, weil sie bei der

---

<sup>62</sup> OFT/CMA

<sup>63</sup> KKV 2014.

<sup>64</sup> Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, *Sfinks Polska*, Pressemitteilung vom 27. Juni 2013.

privaten Durchsetzung des Kartellrechts nicht anwendbar ist. Ein nationales Gericht ist an die derzeitige Rechtslage gebunden und kann zum Beispiel eine Klage eines Händlers nicht aus Priorisierungsüberlegungen ablehnen. Ein Gericht muss daher in einem RPM Fall eine Verletzung von Artikel 101 AEUV annehmen, es sei denn, es findet die Effizienzbegründungen des Beklagten überzeugend. Gerade dazu gibt es aber in der europäischen Rechtspraxis wenig hilfreiche Anhaltspunkte.

## 2. *Beschränkungen des Internetverkaufs*

Auch in diesem Bereich hat das Europäische Kartellrecht ohne einen realistischen Bezug zu ökonomischen Grundlagen sehr strikte Regeln entwickelt. Gibt es im Bereich von RPM wenigstens noch eine Anzahl robuster ökonomischer Modelle, die auf mögliche negative Effekte unter bestimmten Umständen hindeuten, fehlt es daran bei Beschränkungen von Internetverkäufen. Noch mehr also bei RPM Bestimmungen ergibt sich der Eindruck, dass hier ein falsches Verständnis des „Konsumentenschutzes“ zu einer überzogenen Rechtsdurchsetzungspraxis geführt hat.

Besonders deutlich zeigt sich diese Problematik in den Aussagen des EuGH in *Pierre Fabre*, einem Fall betreffend ein Verbot von Internetverkäufen für höherwertige Kosmetikprodukte, die einen gewissen Prestigecharakter hatten.<sup>65</sup> Der EuGH entschied, dass zumindest in einem selektiven Vertriebssystem Verkaufsverbote für das Internet als bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen anzusehen sind. Wie solche Beschränkungen Marktmacht verstärken können, sei im Einzelfall daher gar nicht zu fragen. Das wurde mit der Feststellung verbunden, dass in selektiven Vertriebssystemen alle Beschränkungen, die angesichts des vertriebenen Produktes objektiv nicht gerechtfertigt sind, als Zweckbeschränkungen unter Artikel 101 Abs. 1 AEUV anzusehen sind. Das kann ja wohl so nicht stimmen und ist mit anderen Aussagen des EuGH zu Zweckbestimmungen, gilt aber nun so im europäischen Recht. Schließlich meinte der EuGH auch noch, dass zumindest im vorliegenden Fall das Anliegen des Herstellers von Kosmetikartikeln, den Prestigecharakter seiner Produkte durch Beschränkungen von Internetverkäufen zu schützen, nicht als Rechtfertigung iS des Artikel 101 Abs. 3 anerkannt werden kann.

Aus ökonomischer Sicht macht die Position des EuGH zu Beschränkungen von Verkäufen über das Internet wenig Sinn. Zum ersten ist es schon nicht klar, wie die fragliche Beschränkung zu einer Ausübung von Marktmacht beitragen könnte. Tatsächlich gab es in dem Fall hinreichend viele Hinweise, dass dies nicht der Fall sein konnte: der Marktanteil von Pierre Fabre war recht gering, es gab keine Anzeichen, dass die Beschränkung auf einer Initiative von Händlern mit besonderer Marktmacht beruhte; und im Markt für Kosmetikartikel herrscht generell effektiver Wettbewerb.

Zum anderen sind die Aussagen des EuGH zur Schutzwürdigkeit des Produktimages nicht nachvollziehbar. Eindeutig ist, dass das Produktimage ein Aspekt ist, nach dem der Hersteller seine Produkte im Wettbewerb aufstellt. Konsumenten kaufen diese „Prestigeprodukte“ gerade wegen ihres Images. Strategien, die das Image eines Produkts schützen, liegen daher durchaus im Interesse der Konsumenten. Das sehen aber auf billigere Verkäufe konzentrierte

---

<sup>65</sup> Rs C-439/09, *Pierre Fabre*, Slg 2011 I-09419.



Händler nicht so, die vom Produktimage profitieren wollen, zu dessen Aufrechterhaltung aber nichts beitragen möchten. Diese Händler verfolgen damit Interessen, die mit denen der Konsumenten nicht übereinstimmen.

*Pierre Fabre* ist daher ein Fall, der besonders gut das Risiko illustriert, dass die Interessen des Herstellers, mit der richtigen Vertriebsstrategie von Qualität, Preis, und Image die Nachfrage von Konsumenten am besten zu decken, und des Händlers nicht übereinstimmen müssen. Wie schon oben erläutert, hat das Verhalten von Händlern, die sich lediglich auf Preiswettbewerb konzentrieren, nicht unbedingt positive Wohlfahrtseffekte.<sup>66</sup> Warum der EuGH die Interessen der Händler unterstützte, und damit das Kartellrecht verwendete, um die Entscheidungen eines im Wettbewerb erfahrenen Herstellers über die beste Strategie, ein von den Konsumenten nachgefragtes Produktimage aufzubauen, zu hinterfragen, ist unerklärlich. Ökonomisch begründbar sind die Aussagen in *Pierre Fabre* jedenfalls nicht.

*Pierre Fabre* ist nur ein Beispiel für die Tatsache, wie weit sich das europäische Kartellrecht in Bezug auf Internetverkäufe von grundlegenden ökonomischen Prinzipien entfernt hat. Auch die Kommission hat dazu beigetragen, vor allem durch die Standpunkte, die sie in den Leitlinien für vertikale Absprachen entwickelt hat. Dort werden Beschränkungen der Internetverkäufe in vielen Fällen als vermutlich rechtswidrig eingeordnet.

Ihren Ausgangspunkt hat diese Entwicklung in der Rechtsprechung zu Gebietsbeschränkungen, durch die ein Hersteller seinen Händlern ausschließliche Gebiete einräumen will. Hier hat der EuGH schon frühzeitig die Unterscheidung zwischen aktiven und passiven Verkaufsverboten eingeführt, die auch in den jeweils relevanten GVOs und der Entscheidungspraxis übernommen wurde. Danach soll es zulässig sein, wenn ein Hersteller seinen Händlern untersagt, aktiv in das Gebiet eines anderen Händlers zu verkaufen; er darf aber Händlern passive Verkäufe nicht untersagen, das heißt, es darf die Möglichkeit nicht einschränken, auf Bestellungen, die von einem Kunden in einem anderen Gebiet angebahnt werden, einzugehen. Diese Unterscheidung zwischen aktiven und passiven Verkaufsverboten, und das strikte Verbot sogenannter passiver Verkaufsbeschränkungen, ist seit langem eine feste Praxis im europäischen Kartellrecht.<sup>67</sup> Sie ist allerdings ein rein juristisches Gebilde, das einen Kompromiss darstellt zwischen dem europäischen Anliegen der Marktintegration und dem anerkannten Interesse des Herstellers, den Vertrieb seiner Produkte effizient zu organisieren. Ökonomisch begründet oder begründbar ist dieser Ansatz nicht. Ein Zusammenhang mit den Konzepten der Marktmacht und Effizienzen fehlt vollständig.

Durch einen juristischen „Trick“ wurde dann diese Unterscheidung auch herangezogen, um Beschränkungen von Internetverkäufen zu beurteilen und zu erklären, dass solche Beschränkungen als eine Zweckbeschränkung des Wettbewerbs unter Artikel 101 AEUV anzusehen sind. Hierzu erklärte die Kommission, ohne richtige Grundlage und ohne viel Diskussion, dass Internetverkäufe in der Regel passive Verkäufe seien, und Beschränkungen solcher Verkäufe daher als – höchst problematische und vermutlich rechtswidrige – passive

---

<sup>66</sup> Edward Iacobucci & Ralph A. Winter, *European Law on Selective Distribution and Internet Sales: An Economic Perspective*. Erscheint demnächst in *Antitrust Law Journal*.

<sup>67</sup> Leitlinien, para. 51

Verkaufsbeschränkungen anzusehen seien<sup>68</sup> Die meisten Beschränkungen von Internetverkäufen stellen daher im System des europäischen Rechts eine Zweckbeschränkung dar. Lediglich durch glaubhaftes Effizienzvorbringen könnte ein Hersteller solche Beschränkungen vor der Anwendung des Artikels 101 AEUV retten.

Die Unterscheidung von aktiven und passiven Verkaufsverboten war immer schon ökonomisch zweifelhaft; mit der Ausdehnung dieser Unterscheidung auf Internetverkäufe hat sich das europäische Kartellrecht von Marktrealitäten noch weiter entfernt. Das Erfordernis, wenigstens passive Verkäufe durch Händler zuzulassen, kann ja damit begründet werden, dass damit ja noch immer ein gewisser Schutz der Händler gesichert sei. Bei passiven Verkäufen müssen Konsumenten vergleichsweise höhere Barrieren und vor allem Suchkosten auf sich nehmen, um Händler in anderen Gebieten zu erreichen; da dies nur wenige Konsumenten tun würden, könnte die Zulassung passiver Verkäufe die ausschließlichen Rechten von Händlern letztlich recht wenig beeinträchtigen. Diese Überlegung ist schon bei herkömmlichen Verkäufen aus ökonomischer Sicht zweifelhaft. Bei Internetverkäufen ist sie völlig unzutreffend. Die Möglichkeiten für Konsumenten, alternative Händler zu erreichen, sind im Internet nahezu grenzenlos, und die Suchkosten äußerst gering. Den gewissen Schutz von Händlern, den die Unterscheidung zwischen aktiven und passiven Verkäufen ursprünglich sicherstellen sollte, geht damit weitgehend verloren.

Der grundlegenden Annahme des europäischen Kartellrechts, dass die meisten Beschränkungen von Internetverkäufen im System der GVO als Kernbeschränkung anzusehen seien und daher eine Zweckbeschränkung darstellen, sodass lediglich durch glaubhaftes Effizienzvorbringen ein Hersteller solche Beschränkungen vor der Anwendung des Artikel 101 Abs. 1 AEUV retten kann, wird unter anderem damit begründet, das Internet sei für Konsumenten ein herausragender und besonders attraktiver Verkaufskanal.<sup>69</sup> Das mag so stimmen. Aber, wie oben bereits ausgeführt, wissen das auch die Hersteller. Wenn sie dennoch die Verkäufe über das Internet einschränken wollen und damit absatzmöglichkeiten einschränken, so muss man annehmen, dass es dafür ökonomisch relevante Rechtfertigungen gibt.

Die Leitlinien zu vertikalen Vereinbarungen der Kommission haben versucht, hier noch Kompromisslösungen zu finden und den Herstellern die Möglichkeit zu geben, gewisse Beschränkungen für Internetverkäufe durchzusetzen. So soll es nach den Leitlinien erlaubt sein, Verkäufe über reine Internetplattformen zu untersagen. Eine Begrenzung des über das Internet verkauften Anteils der Gesamtverkäufe eines Händlers soll eine Kernbegrenzung darstellen, nicht aber das Erfordernis, einen absolut definierten Umfang eines Produktes offline zu verkaufen.<sup>70</sup>

Das Problem bei diesen Abgrenzungen ist, dass die Kommission hier erkennbar versucht zwischen den konkurrierenden Interessen einen Ausgleich zu finden, dass sie es aber

---

<sup>68</sup> So zum Beispiel Leitlinien, para. 52. Die Aussage, dass zumindest auf bestimmte Kundengruppen gezielte online Werbungen wie zum Beispiel gebietsspezifische Banners als aktive Verkäufe einzuschätzen sein, erscheint realitätsfremd zu sein, weil sich ein Kunde ja stets sehr leicht über bestehende Angebote im Internet unterrichten kann.

<sup>69</sup> Leitlinien.

<sup>70</sup> Leitlinien, para. 52.

unterlässt, für ihre Ansichten eine logische, und vor allem ökonomisch fundierte Erklärung zu geben. Sie überzeugen daher nicht. Wie bei den einzelnen Länderberichten weiter unten diskutiert, hat dies dazu geführt, dass manche Wettbewerbsbehörden, die den Internethandel noch stärker schützen wollen, den Begriff der Kernbeschränkung weiter auslegen als die Kommission das in ihren Leitlinien vorsieht, und daher Beschränkungen als rechtswidrig einstufen, die nach den Leitlinien erlaubt wären.

Auch aus diesem Grund gibt es im Bereich der Internetverkäufe nach wie vor viele offene Fragen. Dies ist insbesondere dann problematisch, wenn es um mehr nuanzierte Beschränkungen geht, wie zum Beispiel, wenn der Hersteller durchaus übliche Qualitätserfordernisse auch auf Internethändler anwenden will und es nicht mehr um reine Verkaufsverbote geht. Es wird allerdings bis jetzt nicht ernstlich versucht, diese Fragen nach sonst anerkannten ökonomischen Grundsätzen zu beantworten. Versuchte man dies, müsste man die Beurteilung von Beschränkungen von Internetverkäufen recht fundamental abändern und mit den zentralen Fragen beginnen, wie solche Beschränkungen zur Ausübung von Marktmacht beitragen. In vielen Fällen wäre die Analyse eines Falles schon an dieser Stelle zu Ende, weil in Märkten, in denen der Wettbewerb zwischen Anbietern robust ist, von vornherein keine Einschränkung des Wettbewerbs bestehen würde. Dies gilt insbesondere auch bei Beschränkungen, die nicht ein generelles Verbot von Verkäufen über das Internet bezwecken, sondern den Vertrieb über das Internet besser in ein generelles Vertriebssystem integrieren wollen und dabei Bestimmungen, die alle Händler betreffen, auch auf den Internetvertrieb anwenden.

### **3. Preisparitätsbestimmungen**

Die Anwendung von Preisparitätsbestimmungen in Verträgen mit Internetplattformen ist ein relativ neues Phänomen im europäischen Kartellrecht, dessen Bedeutung aber stetig zunimmt. Weil das Kartellrecht in diesem Bereich von früheren Entwicklungen „unbelastet“ ist, gibt es hier keine einfachen, generell anwendbaren Regeln.

Die Kommission hat sich mit einigen der relevanten Fragen in der Entscheidung *Apple-E-Books* auseinandergesetzt, in dem Apple und die betroffenen Buchverlage letztlich zusagten, keine Bestpreisklauseln in ihren Verträgen betreffend E-Books zu verwenden.<sup>71</sup> Der Fall ist allerdings etwas anders gelagert als „herkömmliche“ Preisparitätsbestimmungen, weil auch explizite horizontale Elemente vorlagen. In *Apple-E-Books* waren nämlich die Verlage mit Hilfe oder unter Druck von Apple übereingekommen, die gleichen Geschäftsmodelle anzuwenden und gleiche Bestimmungen in ihre Verträge aufzunehmen, was zu einer koordinierten Strategie führte, Preise anzuheben.

Ansonsten haben weder die europäischen Gerichte noch die Kommission Fälle entschieden, in denen die Anwendung von Artikel 101 AEUV auf Preisparitätsbestimmungen bei Internetplattformen diskutiert wurden. Allerdings hat sich die Kommission in neuerer Zeit verstärkt in Diskussionen mit nationalen Wettbewerbsbehörden engagiert, die auf nationaler Ebene relevante Fälle untersucht haben. So haben mehrere nationale Wettbewerbsbehörden

---

<sup>71</sup> Case AT.39847, E-Books 25. Juli 2013.

die Preisparitätsbestimmungen der Hotelbuchungsplattform Booking.com parallel untersucht und die Kommission hat in diesen Verfahren eine Koordinierungsfunktion übernommen.<sup>72</sup>

Zwar gibt es zur Zeit keine Details zur der Art der Analyse, die in diesen Verfahren vorgenommen wurde. Diese Koordinierung durch die Kommission hat sich allerdings auch auf die Prüfung der von *Booking.com* vorgeschlagenen Zusagen erstreckt. In diesen Zusagen hatte sich *Booking.com* bereit erklärt, Preisparitätsbestimmungen, die andere Buchungsplattformen betreffen, aus ihren Verträgen mit Hotels zu entfernen. Aber Preisparitätsbestimmungen, die sich auch die Webseiten von Hotels beziehen, dürften beibehalten werden. Aus diesen Zusagen lässt sich zu der Beurteilung der Bestimmungen doch Einiges zur materiellrechtlichen erkennen, insbesondere auch das Anerkennen plausibler Effizienzbegründungen. Sie zeigen nämlich, dass der Begründung, dass Buchungsplattformen bei einem Preiswettbewerb von hoteleigenen Seiten weniger bereit wären, Hotels in ihr Angebot aufzunehmen, großes Gewicht zukommt.<sup>73</sup> Interessant wird es in diesen Fällen insbesondere sein, in Zukunft festzustellen, wie weit die nach den Zusagen geltenden Regeln für die Zulässigkeit von MFN Bestimmungen tatsächlich zu mehr Preiswettbewerb führen.<sup>74</sup>

In dem bereits früher entschiedenen (allerdings immer noch anhängigen) englischen *Booking.com* Fall, in dem es unter anderem um Preisparitätsklauseln ging, entschied sich die Behörde letztlich, in der Entscheidung lediglich auf RPM Bestimmungen zwischen einer Hotelkette und Buchungsplattformen abzustellen und nicht auf die – viel interessantere und aus wettbewerblicher Sicht viel problematischere – offenbar weit verbreitete Verwendung von Preisparitätsklauseln einzugehen.<sup>75</sup>

Ganz allgemein lässt sich zum europäischen Recht sagen, dass es keinen Grund gibt, bei Preisparitätsbestimmungen eine bezweckte Beschränkung des Wettbewerbs anzunehmen. Das wäre auch völlig realitätsfremd, weil ja solch Bestimmungen auch in Märkten, in denen effektiver Wettbewerb herrscht, recht weit verbreitet sein können, und niemand ernstlich behaupten könnte, diese Bestimmungen wären alle undurchsetzbar. Es ist daher im Einzelfall zu prüfen, welche Effekte diese Bestimmungen hinsichtlich der Ausübung von Marktmacht haben. Dabei müssen die üblichen Kriterien bedeutend sein, wie das Bestehen besonderer Marktmacht vor allem auf der durch die Preisparitätsbestimmung begünstigten Seite, die weite Verbreitung gleichlautender Bestimmungen, und Zugangsschranken für Konkurrenten, die durch sie geschaffen werden können. Ebenso relevant sind Effizienzbegründungen. All dies ist auch mit den bereits erwähnten Zusagen im Fall *Booking.com* vereinbar.

---

<sup>72</sup> Reuters, *Booking.com offers concessions in bid to end competition probes*, December 15, 2014. Anderswo wird berichtet, dass europaweit in etwa ein Dutzend Verfahren anhängig sind. Sherman / Sterling, *Tribunal Forces UK Competition Authority to Rethink Hotel Bookings Settlement*, October 8, 2014.

<sup>73</sup> Daher ist die Fragestellung, ob *Hotels* daran interessiert wären, wenn sie betreffende Bestpreisklausel untersagt würden, irrelevant. Das wird natürlich der Fall sein. Damit wird aber übersehen, dass sich die Effizienzgewinne, die letztlich den Konsumenten zugute kommen, aus dem Verhalten der Buchungsplattformen ergeben. Siehe dazu aber die Untersuchung der BWB im Sommer 2015, <http://www.bwb.gv.at/Aktuell/Seiten/Markttest-Hotelbuchungsplattformen-Ergebnisse-der-Bundeswettbewerbsbeh%C3%B6rde.aspx>.

<sup>74</sup> Solange Hotels verpflichtet werden können, die Preise auf den eigenen Buchungswebseiten nicht unter die auf Booking.com angebotenen Preise abzusenken, erscheint es sehr fraglich, ob Hotels die Preise, die auf konkurrierenden Buchungsplattformen unter die auf Booking.com angebotenen Preise absenken werden, weil sie damit Buchungen über ihre eigenen Buchungswebseiten verlieren werden.

<sup>75</sup> S dazu unten.

Eine andere Meinung hat allerdings das Bundeskartellamt im Fall *HRS* vertreten, in dem einer deutschen Hotel-Buchungsplattform die Anwendung von Preisparitätsbestimmungen in Verträgen mit Hotels untersagt wurde. Aber die Auslegung des Bundeskartellamts, wonach Bestpreisklauseln RPM gleichzustellen sind und daher als Kernbeschränkung im Sinn der GVO gelten, ist doch sehr kühn. Sie war in dem Fall auch (noch) nicht entscheidungsrelevant und wurde daher nicht gerichtlich überprüft.<sup>76</sup> Interessanterweise könnte sich *HRS* darauf berufen, dass Preisparitätsbestimmungen von der GVO erfasst sind, sobald sein Marktanteil unter 30% sinkt (was wohl bald der Fall sein dürfte). Dann wäre die - wohl unrichtige - Ansicht des Bundeskartellamts entscheidungsrelevant.

Neben der Entscheidung des Bundeskartellamts in Fall *HRS* gab es auch noch die Untersuchung gegen *Amazon* durch das Kartellamt und die OFT/CMA, aufgrund derer *Amazon* zusagte, die Preisparitätsklauseln in Verträgen mit Händlern auf *Amazon Marketplace* zu entfernen. Eine formelle Entscheidung gab es in diesem Fall nicht. Auch hier lässt sich allerdings erkennen, dass das Bestehen einer besonders starken Marktposition von Amazon in der Beurteilung möglicher kartellrechtlicher Probleme wesentlich waren.

## B. Deutschland

Das deutsche Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) stimmt weitestgehend mit dem europäischen Kartellrecht überein. Vertikale Vertriebsbindungen, die von § 1 GWB erfasst werden, können über § 2 Abs. 2 GWB i. V. m. der unionsrechtlichen Vertikal-GVO<sup>77</sup> freigestellt werden oder nach § 2 Abs. 1 GWB im Einzelfall von dem Kartellverbot ausgenommen werden.<sup>78</sup>

In der Praxis des Bundeskartellamtes zeigt sich eine äußerst strenge Haltung gegenüber vielen VVBs.<sup>79</sup> Europaweit ist das Bundeskartellamt im Bereich der VVBs sicher eine der aktivsten Wettbewerbsbehörden und die von ihm vertreten Ansichten sind zum Teil strikter als die Entscheidungspraxis anderer Kartellbehörden. Viele Entscheidungen werden höchst formal begründet, die Auslegung europäischen Rechts erscheint zum Teil sehr ergebnisbezogen, die Freiheit des Händlers spielt eine große Rolle, und Internetverkäufe werden zu einem besonderen Schutzgut des Kartellrechts erklärt, ohne viel auf Effekte im Gesamtmarkt abzustellen. Auch plausible Effizienzbegründungen werden rasch als nicht relevant eingestuft.

---

<sup>76</sup> Bundeskartellamt, Entscheidung B9 – 66/10. Bestätigt durch das OLG Düsseldorf, VI-Kart 1/14 (V), 9. 1. 2015.

<sup>77</sup> VO (EU) Nr. 330/2010 der Europäischen Kommission v. 20. April 2010 über die Anwendung von Art. 101 Abs. 3 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. (EU) 2010 Nr. L 102/1.

<sup>78</sup> In einigen Verfahren lässt sich eine verstärkte Heranziehung des § 21 Abs. 2 GWB beobachten, der eine Besonderheit gegenüber dem europäischen Kartellrecht insoweit enthält, als bereits eine einseitige Einflussnahme auf den Vertragspartner in Gestalt von Druck- oder Lockmittel verboten wird, wenn dadurch ein Verhalten herbeigeführt werden soll, das im Ergebnis ein verbotenes Kartell wäre. Das führt dazu, dass der Kreis des erfassten unternehmerischen Verhaltens weiter gezogen wird und deshalb schneller unter Rechtfertigungsdruck gerät.

<sup>79</sup> Vgl. dazu die Rede des Präsidenten des Bundeskartellamt, Andreas Mundt, anlässlich des International Cartel Forum 2011 abrufbar unter: [http://www.bundeskartellamt.de/DE/UeberUns/Publikationen/Fachartikel/fachartikel\\_node.html](http://www.bundeskartellamt.de/DE/UeberUns/Publikationen/Fachartikel/fachartikel_node.html) (zuletzt besucht am 04.01.2015), S. 2 und 7; sowie den Anstieg der verfolgten Fälle in Bundeskartellamt Tätigkeitsbericht 2009/2010 v. 20.07.2011, Dt. Bundestag Drs. 17/6640, S. 43 und Bundeskartellamt Tätigkeitsbericht 2011/2012 v. 29.05.2013, Dt. Bundestag Drs. 17/13675, S. 36.

Regelmäßig wird dazu erklärt, es gäbe auch weniger beschränkende Alternativen, mit denen der Hersteller die gleichen Ziele erreichen könnte; aber dabei stellt sich immer die Frage, wieso eine Behörde über effektives Marktverhalten so viel mehr verstehen soll, als Hersteller, deren Produkte sich über viele Jahre im Wettbewerb in den Augen der Konsumenten bestätigt haben. Die Aussage des Präsidenten des Bundeskartellamt, das Internet sei ein Verkaufskanal, der für Kunden von überragender Wichtigkeit sei und deshalb ein Schwerpunkt der Kartellrechtsdurchsetzung, spiegelt sich in Entscheidungen wider.

### **1. RPM**

#### *Microsoft Deutschland GmbH*<sup>80</sup>

Eine der früheren Entscheidungen des Bundeskartellamts zu RPM betraf Microsoft. Microsoft hatte sich mit einem Einzelhändler im Oktober 2008 über die Wiederverkaufspreise für das Softwarepaket „Office Home & Student 2007“ verständigt. Für die Einhaltung der von Microsoft vorgeschlagenen Preise wurde der Einzelhändler bei der Bewerbung des Produkts von Microsoft finanziell unterstützt.

Das Bundeskartellamt verhängte eine Geldbuße i. H. v. 9 Millionen Euro und erklärte, dass die Grenze zwischen einer unbedenklichen Kontaktaufnahme zwischen Händler und Lieferant dann überschritten werde, wenn der Lieferant sich konkret um die Preisgestaltung des Händlers bemüht.

#### *Phonak*<sup>81</sup>

Der Hörgerätehersteller Phonak verhängte erfolgreich gegen einen Hörgeräteakustik-Händler eine Liefersperre, weil dieser als einziger seine Preise für Phonak-Hörgeräte im Internet veröffentlicht hatte. Diese Preise lagen dabei erheblich unterhalb der von Phonak empfohlenen Preisen. Nachdem sich andere Hörgeräteakustik-Händler bei Phonak beschwerten, weil sie einen bundesweiten Preisverfall sowie Nachfragen seitens ihrer Kunden befürchteten, stoppte Phonak seine Lieferungen mit der Aufforderung an den Händler, die Preise anzuheben und die Preise nicht im Internet zu kommunizieren.

Nach Ansicht des Bundeskartellamt ist die Liefersperre ein Druckmittel im Sinne des § 21 Abs. 2 GWB, wodurch der abweichende Händler zur Einhaltung der empfohlenen Preise bewegt werden sollte, damit wollte Phonak eine Verhaltensabstimmung erzwingen, die nach § 1 GWB eine verbotene Preisbindung der zweiten Hand verkörpern würde. Darüber hinaus befand das Bundeskartellamt, dass das Verbot der Preiskommunikation über das Internet eine unzulässige mittelbare Bindung an die Preisempfehlung bewirke und deshalb mit § 1 GWB nicht vereinbar sei: „ein generelles Verbot, Preise, die ein gewisses Niveau (unterhalb der UVP) unterschreiten, im Internet zu bewerben, lässt für den Händler den Anreiz entfallen, in einen Preiswettbewerb überhaupt einzutreten.“<sup>82</sup>

---

<sup>80</sup> S. Pressemitteilung des Bundeskartellamt v. 8. April 2009 abrufbar unter: [http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2009/08\\_04\\_2009\\_Microsoft.htm](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2009/08_04_2009_Microsoft.htm) 1 (zuletzt besucht am 31.12.2014).

<sup>81</sup> B 3-69/08 - Phonak.

<sup>82</sup> B 3-69/08 - Phonak, Rz. 27.

Leider wird über die Begründung der Preispolitik von Phonak nicht viel gesagt. Interessant ist an diesem Fall, dass Phonak von einem Preisverfall Vorteile durch gesteigerte Absätze gehabt hätte, dass der Preisverfall aber offenbar auch dazu hätte führen können, dass bestimmte Händler die Geräte Phonaks nicht mehr anbieten würden, zumindest nicht unter den bisher geltenden Anforderungen. Man müsste sich daher fragen, was Phonak dazu motivierte, einen reinen Preiswettbewerb zwischen seinen Händlern einzuschränken. Eine effektivere Gestaltung des gesamten Vertriebssystems könnte eine durchaus plausible Erklärung sein. Dazu fehlt es freilich an relevanten Feststellungen.

### *Garmin Deutschland GmbH*<sup>83</sup>

Garmin, ein Hersteller für tragbare Navigationsgeräte, verfolgte ein System vertikaler Preisbindung (sog. „Kickback-Programm“). Die Internethändler sollten die von Garmin empfohlenen Preise einhalten. Um dieses Ziel zu erreichen, verlangte Garmin von Internethändlern höhere Großhandelspreise als von stationären Händlern. Hoben Internethändler ihre Preise auf das von gewährte von Garmin gewünschte Preisniveau an, dann erhielten sie rückwirkend einen ausgleichenden Bonus. Das Bundeskartellamt fand eine Rechtsverletzung und verhängte eine Geldbuße.

Der Sachverhalt deutet darauf hin, dass Garmin die höheren Internetpreise aus seinen eigenen Profiten finanzierte, was wiederum darauf hindeutet, dass es sich aufgrund dieser Strategie im Endeffekt höhere Absätze erwartete. Allerdings ist in diesem Fall bemerkenswert, dass Garmin selbst das Preisüberwachungssystem nach dessen Einstellung dem Bundeskartellamt anzeigte. Möglicherweise hatte Garmin erkannt, dass das Experiment der Preiskontrolle auf dem Internet nicht die erwarteten Vorteile hatte.

## **2. Duale Preissysteme**

Duale Preissysteme, bei denen der Hersteller stationären Händlern bessere Großhandelspreise gewährt als Internethändlern, lassen sich ja leicht erklären. Er geht dem Hersteller legitimer Weise wohl darum, die Leistungen stationärer Händler, die aufwendig aber für den Absatz der Produkte besonders wichtig sind, anzuregen und finanziell zu unterstützen. Das Bundeskartellamt geht gegen solche Strategien allerdings sehr strikt vor. Mit ökonomischen Prinzipien haben diese Fälle wenig zu tun.

### *Aloys F. Dornbracht GmbH & Co. KG*<sup>84</sup> (13. Dezember 2011)

Der Hersteller von Sanitärarmaturen „Dornbracht“ hatte in den Fachhandelsvereinbarung mit Großhändlern bestimmte Kriterien aufgestellt, wie die Gewährleistung einer fachgerechten Montage und Inbetriebnahme von Dornbracht-Produkten und adäquater After-Sale-Service, bei deren Einhaltung ein Rabatt gewährt wurde. Diese Qualitätskriterien bewirkten, dass der Weiterverkauf an Abnehmer wie Baumärkte und Discounter, vor allem aber auch reine Internethändler, für die Großhändler wirtschaftlich unattraktiv wurde.

---

<sup>83</sup> B 5-100/09 - Garmin.

<sup>84</sup> B 5-100/10-Dornbracht.

Das Bundeskartellamt erkannte darin ein Doppelpreissystem, weil Ware, die im Internet verkauft werden sollte, wegen des nicht gewährten Rabattes auf der Großhandelsebene teurer war als Ware, die im stationären Handel vertrieben werden sollte. Dies sei eine nicht freistellungsfähige Kernbeschränkung.<sup>85</sup> Ein Doppelpreissystem sei wettbewerbsrechtlich auch deshalb bedenklich, weil für seine Einhaltung die Händler sensible, unternehmensinterne Daten, wie z. B. die Menge und Art seiner Abnehmer, offenlegen müsse.

Diese Entscheidung, die mittlerweile auch zu einer erfolgreichen Schadenersatzklage geführt hat, ist bemerkenswert, weil sie auf die Frage, welche Effekte die Preisstrategie haben könnte, nicht eingeht. Dass Produkte eines Herstellers in gewissen Verkaufskanälen nicht erhältlich sind, führt ja noch nicht zu Wohlfahrtsverlusten. Vor allem zeigt sie auch, dass das Bundeskartellamt wenig gewillt ist, sich ernstlich mit der offensichtlichen Rechtfertigung eines dualen Preissystems auseinanderzusetzen und den Hersteller selbst entscheiden zu lassen, wie er die Zusatzleistungen seiner Händler am effektivsten entlohnen will.

#### *Bosch Siemens Hausgeräte GmbH*<sup>86</sup>

Auch in der *Bosch Siemens* Entscheidung zeigt sich diese Einstellung. Die Bosch Siemens Hausgeräte GmbH (BSH) hatte ein Rabattsystem für seine Fachhändler, welche die Haushaltsgeräte stationär und online vertrieben (sog. Hybridhändler), eingeführt. Das Rabattsystem basierte auf einem Quotenfeststellungsverfahren, danach hat BSH zunächst selbst und ohne Angaben seitens der Händler ermittelt, in welchem Umfang Waren online oder stationär verkauft wurden. Anhand dessen wurde für den jeweiligen Händler mithilfe zuvor festgelegter Rabatte der individuelle Rabattsatz errechnet. Diese festgelegten Rabatte bevorzugten den stationären Handel. BSH wollte dadurch die höherwertigen Leistungen des stationären Handels belohnen.

Nach Auffassung des Bundeskartellamts bezweckte das Rabattsystem eine Wettbewerbsbeschränkung. Denn der Preisdruck, der vom Online-Handel auf den stationären Handel ausgeht, wäre reduziert. Nach Ansicht des Bundeskartellamts war auch relevant, dass die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Händler eingeschränkt wurde. Folge des Rabattsystems seien höhere Preise im Online-Handel, was die Händler dazu veranlasst, den stationären Handel zu forcieren.

Eine Freistellung nach der Vertikal-GVO lehnte das Bundeskartellamt ab, weil nach seiner Ansicht das Rabattsystem eine Kernbeschränkung der Kundengruppe bzw. des Gebiets im Sinne des Art. 4 lit. b) Vertikal-GVO war. Zwingend ist diese Schlussfolgerung nicht, weil das Rabattsystem ja nichts über die Zielgruppe für Verkäufe aussagte. Geht man – wohl zurecht - von einem alle Kunden umfassenden Vertriebskanal aus, liegt keine Beschränkung auf bestimmte Kundengruppen vor.

Das Bundeskartellamt sah auch keine nennenswerten Effizienzgewinne und meinte, die höheren Kosten des stationären Handels können über fixe Zuschüsse abgegolten werden. Warum das so sein soll, und vor allem, ob eine solche Strategie kosteneffektiv umzusetzen

---

<sup>85</sup> Art. 4 lit. b) Vertikal-GVO; s. auch Leitlinien für vertikale Beschränkungen der Europäischen Kommission, ABl. EU 2010 C 130/1, Rn. 52 d.

<sup>86</sup> B 7-11/13-Bosch Siemens.



wäre, bleibt unklar. Wiederum fragt man sich, warum eine Behörde besser als ein Unternehmen wissen will, wie der Hersteller Kosten seiner Händler vergelten soll. Mit direkten Zuschüsse für erfolgte Verkäufe kann der Hersteller möglicherweise nicht hinreichende Anreize schaffen, den Absatz im stationären Bereich zu fördern. Dann ergibt sich wieder das Problem, dass die Interessen des Händlers nicht mit denen des Herstellers übereinstimmen müssen und Entscheidungen, die eine Niedrigpreispolitik eines Händlers unterstützen, nicht unbedingt positive Wohlfahrtseffekte haben muss.

### **3. Plattformverbote**

Ob Verbote des Warenabsatzes über Auktionsplattformen (wie zum Beispiel Ebay) zulässig sein sollen, ist in der deutschen Praxis umstritten. Diese Diskussion ist schon deshalb bemerkenswert, weil hier zumindest das Bundeskartellamt bewusst von den Leitlinien der Kommission abweicht, nach denen Beschränkungen von Verkäufen über reine Internetplattformen zulässig sein sollten.

Nach Ansicht des Bundeskartellamt geht es in diesen Fällen vor allem darum, dass das Plattformverbot eine Kernbeschränkung im Sinne des Art. 4 lit. b) Vertikal-GVO ist, wonach Beschränkungen des Kundenkreises von der Freistellung der GVO ausgenommen sind.<sup>87</sup> Überzeugend ist diese Auslegung nicht, weil hier vom Hersteller ja nicht sinnvoll zwischen Endkunden unterschieden werden kann (und das auch gar nicht Ziel der Beschränkungen ist). Gerichte in Deutschland haben diese Ansicht nicht immer geteilt. Bemerkenswert wenig wird in diesen Fällen darauf Bezug genommen, warum solche Verbote überhaupt als Wettbewerbsbeschränkung angesehen werden sollen.

#### *Adidas-Vertriebsgesellschaft (OLG München)*<sup>88</sup>

Adidas untersagte seinen Händlern, Waren über Internet-Auktionsplattformen zu vertreiben. Das OLG München sah keinen Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EG (heute Art. 101 Abs. 1 AEUV) sowie § 1 GWB. Zwar würden die VVBs den Wettbewerb beschränken, weil sie den Händlern einen bestimmten Vertriebsweg verbietet. Gleichwohl sei die Klausel nach der Vertikal-GVO freigestellt, weil der Marktanteil der Vertriebsgesellschaft 30% nicht überschreitet. Die Freistellung ist auch nicht gem. Art. 4 lit. b) Vertikal-GVO ausgeschlossen, weil die Beschränkung des Vertriebs über Internetplattformen keine verbotene Kernbeschränkung des Kundenkreises der Händler ist. Ein Kundenkreis ist ein auf dem relevanten Markt nach abstrakten und objektiven Kriterien zu bestimmender Personenkreis. Im Falle des Internethandels ist es die Gesamtheit der Käufer, die auf dem relevanten Markt bereit und in der Lage sind, über das Internet einzukaufen. Deshalb ist nicht jede Beschränkung des Internethandels eine Beschränkung des Kreises der Internetkunden im Sinne des Art. 4 lit. b) Vertikal-GVO. Dementsprechend wird der Kundenkreis nur dann

---

<sup>87</sup> Art. 4 Vertikal-GVO: Die Freistellung gilt nicht für vertikale Vereinbarungen, die [...] bezwecken lit. b) die Beschränkung des Gebiets oder der Kundengruppe, in das oder an die ein an der Vereinbarung beteiligter Abnehmer, vorbehaltlich einer etwaigen Beschränkung in Bezug auf den Ort seiner Niederlassung, Vertragswaren oder -dienstleistungen verkaufen darf, mit Ausnahme

i) der Beschränkung des aktiven Verkaufs in Gebiete oder an Kundengruppen, die der Anbieter sich selbst vorbehalten oder ausschließlich einem anderen Abnehmer zugewiesen hat, sofern dadurch der Verkauf durch die Kunden des Abnehmers nicht beschränkt wird.

<sup>88</sup> OLG München Kartellsenat Az. U (K) 4842/08, Urteil v. 02.07.2009, GRUR-RR 2009, 394.

eingeschränkt, wenn es dem Händler unmöglich wird eine bestimmte Kundengruppe anzusprechen, andernfalls liegt nur eine kartellrechtlich zulässige Vertriebsmodalität vor.<sup>89</sup>

*Sternjakob Schulrucksäcke und -ranzen* (OLG Karlsruhe)<sup>90</sup>

Die Sternjakob GmbH stellt Schulrucksäcke und -ranzen her. Für den Vertrieb ihrer Marken „Scout“ und „4YOU“ hat sie neue Auswahlkriterien für sogenannte „zugelassene Vertriebspartner“ getroffen. Die ausführlichen Anforderungen an die Ausgestaltung der Online-Shops ihrer Händler untersagten de facto einen Vertrieb beispielsweise über Ebay.

Das OLG Karlsruhe entschied, dass die Auswahlkriterien ein zulässiges qualitativ-selektives Vertriebssystem errichten und den Wettbewerb nicht beschränken. Das Verbot, Waren über Internetauktionsplattformen zu verkaufen, war nach Ansicht des Gerichts ein zulässiges qualitatives Kriterium für die Auswahl des Händlers in einem selektiven Vertriebssystem. Die Art und Weise, wie die Markenprodukte präsentiert werden, ist ein entscheidendes Merkmal für die Händlerauswahl. Der produktspezifische Beratungsbedarf, die Zugehörigkeit der Ware zum höheren Preissegment rechtfertigen es, dass der Hersteller bestimmte Anforderungen an den Absatz im Internet stellt. Das Interesse des Händlers einen Vertriebsweg zu nutzen, der keinen erhöhten Investitionsaufwand erfordert und vergleichsweise geringen Kosten verursacht, unterliegt dabei dem Interesse des Herstellers an der Wahrung des Markenimages und damit einhergehend seinem Recht auf freie Entscheidung über die Gestaltung des Absatzes seiner Erzeugnisse.

*Sternjakob Scout-Schulrucksäcke und -ranzen*“ (KG Berlin)<sup>91</sup>

Dem Urteil des KG Berlin lag ein ähnlicher Sachverhalt wie dem des OLG Karlsruhe zu Grunde. Das Gericht entschied allerdings, dass eine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, weil Sternjakob sein selektives Vertriebssystem uneinheitlich und diskriminierend verfolgt. Indem die Discountermärkte „Real“ mit Waren beliefert werden, schädigt das Unternehmen das von ihm anvisierte Markenimage in gleicher Weise wie es ein Verkauf über Plattformen tun würde, sodass diese Händler gegenüber den Internethändlern diskriminiert würden. Dass hier nur Restposten und Auslaufmodelle verkauft werden, ist für die Verbraucher nicht ersichtlich. Vor diesem Hintergrund ist das Verbot des Warenvertriebs über Internetauktionsplattformen kein zulässiger Bestandteil des selektiven Vertriebssystems. Die Lieferverweigerung diene der Durchsetzung dieser Wettbewerbsbeschränkung, die eine Kernbeschränkung im Sinne des Art. 4 lit. b) Vertikal-GVO ist, weil es eine Beschränkung des Kundenkreises ist.<sup>92</sup> Mit dem Plattformverbot bezwecke es Sternjakob gerade den Kreis der Internetkunden einzuschränken. Wird ein selektives Vertriebssystem dagegen nicht diskriminierungsfrei gehandhabt und ist es deswegen wettbewerbsbeschränkend, liegt darin zugleich eine Kernbeschränkung im Sinne

---

<sup>89</sup> OLG München Kartellsenat Az. U (K) 4842/08, Urteil v. 02.07.2009, Rn. 29 ff.

<sup>90</sup> OLG Karlsruhe Az. 6 U 47/08, Urteil v. 25.11.2009, EuZW 2010, 237.

<sup>91</sup> KG Berlin, Az. 2 U 8/09 Kart., Urteil v. 19.09.2013, EuZW 2013, 873; Die zugelassene Revision zum BGH hat Sternjakob zurückgenommen.

<sup>92</sup> Anders OLG München (s. o.).

der Vertikal-GVO.<sup>93</sup> Eine Freistellung im Einzelfall scheidet aus, weil das Vorliegen einer Kernbeschränkung es indiziert, dass die Wettbewerbsbeschränkung nicht unerlässlich ist.

#### *Casio-Digitalkameras* (OLG Schleswig)<sup>94</sup>

Der Hersteller von Digitalkameras der Marke „Casio“ hatte in seinen Händlervereinbarungen Regelungen für die Präsentation, Bevorratung und Bewerbung seiner Produkte vorgesehen. Er gestatte den Vertrieb seiner Waren in eigenen Online-Shops, verbot allerdings den Vertrieb über Plattformen (Ebay) und Internetmarktplätze (Amazon).

Nach Ansicht des Gerichts verfolge der Hersteller kein selektives Vertriebssystem, sodass das Verbot des Vertriebs über Drittplattformen eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecke und bewirke. Zum einen werde der Marktzugang beschränkt, weil der Händler daran gehindert wird mit Händlern gleichartiger Waren auf Plattformen zu konkurrieren. Zum anderen wird durch die Vereinbarung die Erreichbarkeit des Händlers aus Sicht der Kunden beschränkt, weil die Kundschaft von Händlern mit eigenen Online-Shops regelmäßig nur dann erreicht wird, wenn sie eine bestimmte Größe bzw. eine gewissen Anzahl an Klicks erreicht haben, sodass sie unter den ersten Suchergebnissen erscheinen. Letzteres bevorzuge insbesondere den Online-Shop des Herstellers. Deshalb bezweckt das Verbot die Reduzierung des Preisdrucks des Online-Handels sowie den Schutz und Stärkung des eigenen Online-Shops. Eine Rechtfertigung aus Gründen der Qualitätssicherung und der Kundenzufriedenheit ist angesichts der inkonsequenten Verfolgung des Vertriebssystems einerseits sowie der wachsenden Professionalisierung des Internethandels andererseits nicht überzeugend. Eine Freistellung nach der Vertikal-GVO scheidet aus, weil das Plattformverbot eine Kernbeschränkung im Sinne des Art. 4 lit. b) Vertikal-GVO ist. Der Hersteller bezwecke es den über das Internet erreichbaren Kundenkreis einzuschränken.

#### *Adidas*<sup>95</sup> (Bundeskartellamt)

Die Adidas AG unterhält ein selektives Vertriebssystem, welches 2013 mit einem pauschalen Verbot des Verkaufs der Adidas-Produkte über Internetauktions- und Handelsplattformen ergänzte. Außerdem sollten die Händler ihre Online-Shops so einrichten, dass sie nicht über Drittplattformen aufgerufen werden konnten, dadurch sollte auch ein Plattformverbot bewirkt werden.

Das Bundeskartellamt meinte, das Per-se-Verbot von Online-Marktplätzen sei kein erforderliches qualitatives Kriterium, das Adidas an seine Händler stellen könne, um die Qualitätssicherung seiner Produkte zu gewährleisten. Vielmehr werden damit bestimmte Vertriebskanäle pauschal ausgeschlossen, was nicht erforderlich ist, da spezifische Vorgaben im Vergleich dazu mildere Mittel wären. Eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung erkannte das Amt darin, dass die Erreichbarkeit von mehr und anderen Kunden für die Händler beschränkt werde, was vor allem für kleinere und mittlere Händler den Zugang zu neuen Kundengruppen erschwert.

---

<sup>93</sup> KG Berlin, Az. 2 U 8/09 Kart., Urteil v. 19.09.2013, EuZW 2013, 873, 879; so auch das LG Frankfurt, Az. 2-03 O 158/13, Urteil v. 18.06.2014 „Deuter“ Funktionsrucksäcke, Rn. 40.

<sup>94</sup> OLG Schleswig Az. 16 U Kart. 154/13, Urteil v. 05.06.2014, NJW 2014, 3104.

<sup>95</sup> B 3-137/12 - Adidas.

Bemerkenswert an diesen Teilen der Entscheidung ist, wie sehr das Bundeskartellamt bereit ist, eine Einschränkung des Wettbewerbs mit einer Einschränkung der Freiheit von Händlern gleichzusetzen. Das stimmt so nicht.

Das Bundeskartellamt nahm interessanterweise auch zu einer möglichen Beschränkung des Inter-brand-Wettbewerbs Stellung, wegen der hohen Marktkonzentration und der Tatsache, dass nahezu alle Sportartikelhersteller derartige Verbote für ihre Händler vorsehen, das führe zur Abschwächung des Wettbewerbsdrucks insgesamt. Die erhöhten Endkundenpreise, die von Adidas erreicht würden, tragen dazu bei, dass insgesamt das Preisniveau ansteigt. Diese Aussagen sind freilich recht spekulativ. Wie sie vor allem mit den anderswo gemachten Aussagen vereinbar sein sollen, wonach funktionierender Wettbewerb trotz weitverbreitetem Gebrauch selektiver Vertriebssysteme bestand, bleibt unklar.

Unbeeindruckt zeigte sich das Bundeskartellamt von Effizienzbegründungen. Im Wesentlichen geht aus diesen Teilen der Entscheidung hervor, dass das Bundeskartellamt Effizienzbegründungen im Zusammenhang mit Internetverkaufsverböten grundsätzlich nicht anerkennen will. Dies wird vor allem auch daran klar, dass das Bundeskartellamt immer wieder auf die Gruppe von Kunden abstellt, die im Internet einkaufen wollen. Diese Kunden sind natürlich immer durch Beschränkungen der Internetverkäufe benachteiligt. Über die gesamte Gruppe von Kunden sagt das allerdings noch nichts aus. Es gibt natürlich auch Kunden, denen an Beratung, Qualität, und Image mehr gelegen ist als nur am niedrigen Preis. Warum die Interessen dieser Kunden, die der Hersteller ja auch in Betracht zieht, nicht relevant sein sollen, bleibt rätselhaft. Auch bei plausiblen Erklärungen für die Strategie von Adidas meint schließlich das Bundeskartellamt, dass die Begründungen nicht überzeugen oder dass der Hersteller ja die gleichen Effekte durch andere Maßnahmen sicherstellen kann.

Abschließend erklärte das Bundeskartellamt, dass auch bei denjenigen Adidas-Produkten, welche die 30%-Marktanteilsschwelle nicht überschreiten, eine Freistellung nach der Vertikal-GVO nicht möglich wäre. Nach vorläufiger Auffassung des Amtes ist insoweit zwischen Qualifikationsanforderungen zu differenzieren, die der Hersteller an den Vertrieb seiner Waren stellt und solchen, die sich gegen den Internetvertrieb als solchen richten. Letzteres ist eine „schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkung“, die von vornherein nicht nach der Vertikal-GVO freigestellt werden kann.<sup>96</sup> Darunter fasst das Bundeskartellamt solche Vorgaben in selektiven Vertriebssystemen, die den Kundenkreis des Händlers beschränken sowie den Online-Handel gegenüber dem stationären Handel diskriminieren und nicht der Sicherung oder Verbesserung der Qualität des Vertriebs beitragen. Aus der GVO lassen sich diese Aussagen nicht nachvollziehen und es ist sehr fraglich, ob sie einer gerichtlichen Überprüfung standgehalten hätten.

### C. Österreich

Der rechtliche Rahmen in Österreich für die Beurteilung von vertikalen Absprachen entspricht im Wesentlichen den Bestimmungen desd Artikel 101 AEUV. Absprachen, die eine Beschränkung des Wettbewerbs bewirken oder bezwecken, sie gemäß § 1 KartG verboten, können allerdings gemäß § 2 KartG freigestellt werden.

---

<sup>96</sup> B 3-137/12 - Adidas.

Dieser rechtliche Rahmen bietet ebenso wie Artikel 101 einen weiten Spielraum für die Beurteilung vertikaler Absprachen, insbesondere dahingehend, nach welchen Kriterien das Vorliegen einer Beschränkung des Wettbewerbs anzunehmen ist, und wie Effizienzbegründungen beurteilt werden. Das könnte aufgrund ökonomischer Prinzipien geschehen, kann aber auch in im Sinne einer mehr formalistischen, rein rechtlichen Beurteilung durchgeführt werden. Im Endeffekt beruht daher die Behandlung von VVBs auf der Entscheidungspraxis der BWB und der Gerichte.

Im den letzten Jahren hat die BWB in diesem Bereich eine sehr strikte Ablehnung bestimmter VVBs entwickelt, die im wesentlichen der oben besprochenen Einstellung des Bundeskartellamts entspricht, und wenig gegenüber ökonomischen Überlegungen aufgeschlossen ist. In den 2014 veröffentlichten Leitlinien macht die BWB jedenfalls schon klar, dass sie RPM Bestimmungen idR nicht tolerieren wird.<sup>97</sup> Die große Anzahl von Verfahren zeigt, dass VVBs ein Schwerpunkt der Tätigkeit der BWB sind. Wie weit sich daraus positive Effekte für die betroffenen Märkte ergeben, ist nicht belegt.

Viele Fälle, die RPM betreffen, betreffen den Lebensmitteleinzelhandel.<sup>98</sup> Sowohl Handelketten als auch Lieferanten sind von diesen Verfahren betroffen. Die Lage ist in diesem Bereich kompliziert, weil es auf der Handelsebene eine hohe Marktkonzentration gibt und es Anlass geben dürfte anzunehmen, dass Preisabsprachen zumindest teilweise auf dem Druck der Handelsketten beruhen. Trifft dies zu, sind diese Preisabsprachen auch nach dem oben Ausgeführten bedenklich, da sie auch mit horizontalen Effekten im Sinne einer Presikordinierung auf den Händlerebene einhergehen könnten. In diesem Fall sind negative Effekte auf den Wettbewerb nicht auszuschliessen, wenn sie auch nicht zwingend bestehen müssen. Die Anträge der BWB stellen allerdings auf diese horizontalen Element nicht deutlich ab, was das den Ausgang der Fälle schwer nachvollziehbar macht.

Auch gegen Beschränkungen des Internethandels ist die BWB strikt eingestellt und hat mehrere Anträge an das Kartellgericht gestellt.<sup>99</sup> Auch hier gilt das oben zu den Verfahren des Bundeskartellamts Ausgeführte. Ökonomischen Überlegungen wird auch hier offenbar nicht allzuviel Gewicht beigemessen.

Offenbar hat sich in letzter Zeit die BWB auch für Bestpreisklauseln interessiert. Wie weit die 2015 durchgeführte Marktuntersuchung zu Verfahren führt, ist allerdings unklar. Angesichts der europaweit geführten Verfahren, die mit Zusagen beendet werden sollten, ist auch nicht klar, wie weit hier eine Notwendigkeit besteht, noch in den Markt einzugreifen.<sup>100</sup>

## **D. Großbritannien**

In jüngerer Zeit wurden von der OFT bzw. der CMA zwei besonders interessante Fälle betreffend RPM und Preisparitätsbestimmungen entschieden, die auch einige der Probleme im Bereich der VVB gut illustrieren.

### *DBA Sports Bras*

---

<sup>97</sup> BWB, Standpunkt zu vertikalen Preisbindungen, Abschnitt IV (2014)

<sup>98</sup> Vgl zB Kartellgericht, 29 Kt 12/15-7, Pago International GmbH, 8.7.2015; Kartellgericht, 26 Kt 9/15-6, Pfeiffer HandelsgmbH & Zielpunkt GmbH, 2. 7. 2015; Kartellgericht, 25 Kt 76/14, Vöslauer Mineralwasser AG, 3. 3. 2015; Kartellgericht, 29 Kt 27/14, AFS Franchise-Systeme GmbH, 2. 7. 2014; Kartellgericht, 29 Kt 60/14, NÖM AG, 26.11.2014. Zu erwähnen sind ebenso die Fälle betreffen Spar und REWE/Billa.

<sup>99</sup> Kartellgericht, 24 Kt 17/14, Grundig Intermedia GmbH, 21.05.2014; Kartellgericht, 25 Kt 18/14, Hans Lurf GmbH, 08.05.2014.

<sup>100</sup> Siehe dazu die Untersuchung der BWB, <http://www.bwb.gv.at/Aktuell/Seiten/Markttest-Hotelbuchungsplattformen-Ergebnisse-der-Bundeswettbewerbsbeh%C3%B6rde.aspx>. Wie schon oben erwähnt ist das Abstellen darauf, wie Hotels Bestpreisklauseln, die ihre eigenen Websites betreffen, nicht unbedingt relevant für eine wettbewerbsrechtliche Beurteilung.

Im Fall *DBA* hatte die Wettbewerbsbehörde Informationen untersucht, wonach DBA, der Hersteller von Sports BHs, mit mehreren Händlern RPM Vereinbarungen abgeschlossen hatte. Die Behörde versandte auch ein *Statement of Objection*, in dem sie davon ausging, dass eine Entscheidung getroffen würde, wonach die RPM Vereinbarungen eine Verletzung des Kartellrechts darstellten. Allerdings kam es danach noch zu einer mündlichen Anhörung, bei der es den Parteien gelang, die Behörde davon zu überzeugen, dass die der Behörde vorliegenden Dokumente keinen Nachweis einer RPM Absprache darstellten, sondern eine übliche und nützliche Kommunikation zwischen Hersteller und Händler über ein angemessenes Preisniveau im Einzelhandel. Die Behörde stellte deshalb ihre Untersuchung ein, allerdings nicht ohne noch den Hinweis abzugeben, dass sie RPM Vereinbarungen als gravierende Verletzungen des Kartellrechts ansehe.

Die Entscheidung ist interessant, weil sie deutlich macht, dass Kommunikation über Einzelhandelspreise üblich ist, und durchaus positive Effekte haben kann. Wie in einem Kommentar zur Entscheidung hingewiesen wurde, haben gerade Händler, die ein weites Produktsortiment führen, viel weniger Information über die angemessenen Preise, die vor allem für neue Produkte verlangt werden sollten, als der Hersteller, der die Marktkonditionen für seine eigenen Produkte viel besser kennt. Daher kann die Kommunikation über Preise positive Wohlfahrtseffekte haben.<sup>101</sup> In dem Fall war offenbar auch noch relevant, dass statistisch nachgewiesen werden konnte, dass es zwischen den besprochenen Preisen und den tatsächlich verlangten Preisen hinreichende Abweichungen gab, um zu zeigen, dass die Kommunikation über Preise nicht zu RPM führte.

Im Endeffekt zeigte sich die Behörde daher bereit, die Notwendigkeit und die Vorteile von Kommunikation über den Einzelhandelspreis anzuerkennen und daraus nicht zu schnell einen RPM Fall zu konstruieren, der in der Zukunft die Möglichkeit von potentiell positiver Kommunikation zwischen Hersteller und Händler hätte beschränken können. Diese Kommunikation über Preise kann durchaus vorteilhaft sein, weil der spezialisierte Hersteller über den Markt für seine Produkte und die Nachfrage der Konsumenten oft viel besser Bescheid weiss als ein Händler, der eine breite Palette von unterschiedlichen Produkten vertreibt.

### *Booking.com*

Die zweite Entscheidung der OFT, die dann von der CMA vor Gericht verteidigt werden musste, betraf Preisabsprachen zwischen Intercontinental Hotels, vor allem dem Hotel Intercontinental London- Park Lane (ILPL), und Booking.com bzw. Expedia. Diese Absprachen verpflichteten die beiden Hotelbuchungs-Plattformen, dass ihre Standardraten für herkömmliche Buchungen im ILPL Hotel nicht unter den Raten liegen dürften, die auf der Buchungs-Website von ILPL vorgesehen waren (RPM Bestimmungen). Zunächst untersuchte die OFT auch zusätzliche Absprachen, nach denen ILPL den Buchungs-Plattformen Preisparität zusagte, das heißt sich verpflichtete, auf anderen Buchungs-Plattformen keine besseren Preise anzubieten. Beide Verpflichtungen wurden noch im *Statement of Objections* angesprochen, allerdings entschied sich die OFT in der endgültigen Entscheidung, die auf

---

<sup>101</sup> *Bennet et al.*, When do retail price communications between retailers and manufacturers become RPM? (CRA Competition Memo).

Zusagen der Parteien beruhte, nur auf die RPM Verpflichtungen abzustellen und die Preisparitätsbestimmungen nicht weiter zu verfolgen. Auch die Tatsache, dass ähnliche RPM Bestimmung im Markt recht weit verbreitet waren, wurde in der endgültigen Entscheidung nicht problematisiert. Diese Entwicklungen sind relevant, weil damit in der endgültigen Entscheidung die Erklärung von negativen Effekten durch die RPM Bestimmungen auf den Wettbewerb recht „dünn“ ausfällt und nicht überzeugt, und auch eine unzureichende Grundlage für die Zusagen der Parteien darstellt. Dies mag wiederum beeinflusst haben, dass die Entscheidung vom CAT aufgehoben wurde.<sup>102</sup>

Das Verfahren endete mit einer – möglicherweise recht rasch getroffenen – Entscheidung, in der die Parteien zusagten, in spezifischen, sehr eingeschränkten Fällen von den RPM Bestimmungen abzusehen. Allerdings hob das CAT die Entscheidung aufgrund einer Beschwerde von Skyscanner, einer Metasearchplattform, die die Zusagen als unzureichend betrachtete, wieder auf. Die Entscheidung des CAT beruhte allerdings auf formellen Gründen, weil es entschied, dass bei der Beurteilung der von den Parteien vorgeschlagenen Zusagen die Einwände von *Skyscanner* nicht ausreichend gewürdigt worden waren.

Ein wesentlicher Aspekt der Entscheidung liegt daher darin, dass die OFT von den Parteien nicht verlangte, die RPM Bestimmungen komplett aufzugeben; statt dessen sagten die Parteien lediglich zu, auf RPM Bestimmungen zu verzichten, soweit Buchungen von Kunden vorgenommen werden, die zu sogenannten „geschlossenen Gruppen“ („closed groups“) gehören, das heißt Kunden, die zum Beispiel Mitglieder in einem Kundentreueprogramm sind. Gegenüber der generellen Öffentlichkeit können die Parteien ihr RPM Arrangement fortsetzen. Auch gegenüber anderen Plattformen, wie zum Beispiel Metasearchplattformen, konnten die Buchungsplattformen Expedia und Booking.com weiterhin nicht angeben, welche Rabatte genau erhältlich sind.

Dies ist bemerkenswert, weil die OFT offenbar die Effizienzvorbringen der Parteien als glaubhaft eingestuft hat. Zum Beispiel wurde vorgebracht, dass ILPL die Angebote auf seiner eigenen Buchungs-Website gegen Rabatte auf den Buchungsplattformen schützen wollte, zum einen um diese wichtige Quelle für Buchungen zu schützen und zum anderen, um seine Preispolitik kontrollieren zu können („yield management“). Offenbar muss die OFT akzeptiert haben, dass weitergehende Eingriffe in die Art, wie ILPL seine Zimmerangebote vermarkten wollte, wie ein umfassendes Verbot von RPM Bestimmungen, Effizienzen verhindern und negative Auswirkungen haben könnte. Hier dürfte eine der ersten Entscheidungen zu RPM in Europa vorliegen, in der Effizienzüberlegungen wesentlich für den Ausgang der Untersuchung waren, obwohl die Wettbewerbsbehörde davon ausging, dass es sich bei RPM im Prinzip um eine gravierende Einschränkung des Wettbewerbs handelt.

Der zweite wesentliche Aspekt, der auch möglicherweise mit der Aufhebungsentscheidung des CAT zusammenhängt, lag darin, dass die OFT am Ende versuchte, den Fall auf eine RPM Vereinbarung zu reduzieren und die anderen, aus der Sicht des Wettbewerbs wesentlich problematischeren Aspekte, außer Acht ließ. Sie verlangte daher auch nicht, dass die Zusagen der Parteien darauf Bezug nehmen. Dabei handelt es sich um die zunächst in der Untersuchung angesprochenen Preisparitätsbestimmungen, die unter der Annahme, dass

---

<sup>102</sup> CAT, *Skyscanner v. CMA* 2014 CAT 16, 26. September 2014.

solche Bestimmungen weit verbreitet waren,<sup>103</sup> erhebliche Zugangsschranken für konkurrierende Plattformen darstellen könnten. Sie könnten ILPL auch daran hindern, überschüssige Kapazität auf dafür spezialisierten Plattformen kurzfristig anzubieten. Diese Aspekte wurden auch in der Literatur als die eigentlich bedenklichen Bestimmungen charakterisiert, von denen mit größerer Wahrscheinlichkeit negative Effekte auf die Konsumentenwohlfahrt entstehen könnten.<sup>104</sup>

Weil diesen Aspekten in der Entscheidung der OFT keine Bedeutung zugemessen wurde, hat das OFT nicht überzeugend begründet, warum die RPM Bestimmungen als problematisch erscheinen. Die OFT stellt hier lediglich auf die Beschränkung des Preiswettbewerbs zwischen dem ILPL Hotel und den beiden Buchungsplattformen ab. Das reicht aber aus den oben diskutierten Gründen für den Schluss nicht aus, dass damit negative Effekte für die Konsumentenwohlfahrt entstehen. Der Wettbewerb zwischen Hotels ist ja intensiv, daher fehlt es an einer Voraussetzung, dass VVBs negative Auswirkungen haben können. Das könnte allenfalls anders sein, wenn ähnliche VVBs weit verbreitet sind, aber dazu wollte die Behörde in der Entscheidung ja keine Feststellungen treffen.

Das Hotel würde weiter im Prinzip von niedrigeren Preisen bei Buchungsplattformen auch Vorteile haben (die Zahl der Buchungen würde steigen) und man muss sich daher fragen, warum ein Hotel, das ja in intensiver Konkurrenz mit anderen Hotels steht, eine solche Strategie wählt. Eine plausible Erklärung besteht darin, dass das Hotel erwartet, dass in Folge der gewählten Strategie die Anzahl der Buchungen insgesamt ansteigt. Davon profitieren aber auch Konsumenten. Eine weitere Begründung der OFT, dass nämlich durch die RPM Bestimmungen Zutrittsschranken für andere Buchungsplattformen entstehen, überzeugt angesichts des engen Fokus der bilateralen RPM Bestimmungen in den Verträgen mit *Booking.com* und *Expedia* nicht.

Vielleicht meinte die OFT auch aufgrund dieser engen Betrachtungsweise gegen Ende des Verfahrens, dass die Einwände von *Skyscanner* nicht mehr relevant waren und daher bei der Beurteilung der Zusagen der Parteien nicht relevant waren.<sup>105</sup> Trifft dies zu, wären die Aufhebungsentscheidung des CAT zumindest teilweise ein Resultat einer ungenügenden Erklärung, warum in diesem Fall eine Einschränkung des Wettbewerbs bestand („theory of harm“). Obwohl sich das CAT zum Inhalt der Entscheidung noch nicht geäußert hat und die Aufhebung lediglich auf formalen Verfahrensfehlern beruhte, könnten diese Aspekte im weiteren Verfahren durchaus Bedeutung erlangen. Dies könnte auch für andere Verfahren, die sich mit ähnlichen Bestimmungen im online Bereich auseinandersetzen, von Bedeutung sein: Versucht man, komplexe Sachverhalte auf einer engen RPM Schiene zu lösen, bleiben die Ergebnisse wenig überzeugend.

## **E. USA**

Das U.S. amerikanische Kartellrecht hat heute eine ganz andere Einstellung zu VVBs als das europäische Recht. Es sieht VVBs im Prinzip also rechtmäßig an, es sei denn, es liegen

---

<sup>103</sup> Auch finden sich in der Entscheidung Andeutungen, dass gleiche RPM Bestimmungen in einer Vielzahl von Verträgen vorkamen.

<sup>104</sup> *Fiona M. Scott Morton*, *Contracts that Reference Rivals*, 27 *Antitrust* 3, 72, 76 (2013).

<sup>105</sup> Zeitgründe könnten wohl auch eine Rolle gespielt haben.



Anzeichen für kollusive Elemente vor. Das war nicht immer so. Noch vor nicht allzu langer Zeit, nach der Entscheidung des US Supreme Court in *Schwinn* im Jahre 1967 galten die meisten VVBs als per se rechtswidrig.<sup>106</sup> Diese Situation änderte sich erst 1977, als der Supreme Court in *Sylvania* entschied, dass VVBs generell unter einem rule of reason Standard zu untersuchen sind.<sup>107</sup> In der Änderung der Rechtsprechung zeigte sich der dramatisch wachsende Einfluss ökonomischer Prinzipien im U.S. amerikanischen antitrust Recht. Der Supreme Court anerkannte in *Sylvania*, dass Annahmen über die schädlichen Effekte von VVBs nicht mit den Grundsätzen der Wohlfahrtökonomie vereinbar sind. Seit dem gibt es in bundestaatlichen Gerichten im Prinzip keinen Fall mehr, in dem ein Kläger bei rein vertikalen VVB den Anspruch einer Kartellrechtswidrigkeit mit Erfolg durchsetzen konnte. Die Beweisanforderungen sind in der Regel zu hoch, und oft scheitern Kläger schon im Vorverfahren an dem Erfordernis, bestehende Marktmacht des Beklagten nachzuweisen.

Von der Änderung der Rechtsprechung waren reine RPM Bestimmungen zunächst nicht erfasst. Sie betraf allerdings viele Bestimmungen, die einen RPM vergleichbaren Effekt haben können. Dies galt zum Beispiel für sogenannte „*Minimum Advertising Prices*“ oder *MAPs*, bei denen ein Hersteller dem Händler untersagt, Preise unter den empfohlenen Richtpreisen leicht zugänglich zu machen und im Gegenzug die Werbeaktionen des Händlers unterstützt. Diese wurde seit längerem nicht als kartellrechtliches Problem angesehen.

In der *Leegin* Entscheidung aus 2007 nahm der Supreme Court dann konsequent den nächsten Schritt und anerkannte, dass die von ihm im Fall *Sylvania* angenommenen Grundsätze auch bei RPM anwendbar sind und daher auch RPM unter die gleichen, rule of reason Regeln, fällt.<sup>108</sup> *Leegin* war ein hervorragender Testfall, weil es darin um einen kleinen Hersteller hochqualitativer Lederprodukte handelte, dessen Vertriebsstrategie auf das Bewahren des Produktimages ausgelagert war. Wie auch später im Fall festgestellt wurde, hatte das Unternehmen keine Marktmacht. Die *Leegin* Entscheidung war sicher kontrovers, sie wurde von den meisten Beobachtern aber nicht als Überraschung gewertet, weil sie eben ansonsten anerkannte ökonomische Prinzipien konsequent anwendete. Eher überrascht war man von der knappen Abstimmung bei der Entscheidung, die sich allerdings aus Gründen ableiten lässt, die mit dem Kartellrecht nichts zu tun haben. Auch hier gibt es aus den oben genannten Gründen seit dem keine erfolgreichen Fälle vor bundestaatlichen Gerichten.

Allerdings verbieten weiterhin mehrere einflussreiche Einzelstaaten RPM in ihren Antitrustrechten unter einer *per se* Regel, wie zum Beispiel New York und Kalifornien. Der gleiche Sachverhalt, der daher in einem bundesstaatlichen Gericht zugunsten den Beklagten entschieden wird, kann bei Anwendung einzelstaatliche Rechts durch ein staatliches Gericht zugunsten der Kläger entschieden werden.<sup>109</sup> Daher besteht keine bundesweit einheitliche Praxis und viele Unternehmen sind bei der Anwendung ausdrücklicher RPM Bestimmungen weiterhin zurückhaltend. Das gilt vor allem dann, wenn RPM Strategien für Internetverkäufe erwogen werden.

---

<sup>106</sup> U.S. v. Arnold, *Schwinn*, 388 U.S. 365 (1967).

<sup>107</sup> *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36 (1977).

<sup>108</sup> *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007).

<sup>109</sup> *O'Brien v. Leegin Creative Leather Products, Inc.*, 294 Kan. 318, 277 P.3d 1062 (2012)

Einfache VVBs betreffend Beschränkungen von Internetverkäufen werden als Problembereich nicht einmal diskutiert. Es gibt dazu vereinzelt gerichtliche Fälle im Rahmen der Privatdurchsetzung, in denen zum Beispiel ein Händler vorbringt, die Entscheidung des Herstellers, den Händler wegen seiner Werbung mit niedrigen Preisen bei Internetverkäufen nicht zu beliefern, sei kartellrechtswidrig. So weit zu sehen, waren Kläger allerdings in keinem Fall erfolgreich. Seitens der Wettbewerbsbehörden gibt es in diesem Bereich keine Fälle. Das erklärt sich daraus, dass VVBs betreffend Internetverkäufe anderen VVBs gleichgestellt sind und ohne eine substantiierte Erklärung, wie solche VVBs zur einer Ausübung von Marktmacht beitragen können, keine Rechtsverletzung bestehen kann.

Die Beurteilung von Bestpreisklauseln oder Preisparitätsklauseln wird fundiert diskutiert mit dem Hinweis, dass durch solche Bestimmungen Marktzutrittsschranken entstehen können, vor allem wenn sie zugunsten eines Unternehmens mit Marktmacht bestehen. Es gibt auch einzelne Entscheidungen der Wettbewerbsbehörden, die bei solchen Bestimmungen eine Beschränkung des Wettbewerbs fanden. Mit Ausnahme des *Apple/E-Books* Falles, der vom U.S. Department of Justice gegen Apple in erster Instanz gewonnen wurde, aber noch gerichtsanhängig ist, und der im Wesentlichen dem europäischen *Apple/E-Books* Fall entspricht, gibt es allerdings im Gegensatz zu Europa keine Fälle im Zusammenhang mit Internet Plattformen.

### **III. Abschließende Beurteilung und Handlungsoptionen**

Die Beurteilung, ob in der gegenwärtigen Situation ein Handlungsbedarf besteht, und welche Optionen es gibt, hängt natürlich eng mit der Frage zusammen, welche Ziele mit dem Kartellrecht verfolgt werden sollen. Ist man davon überzeugt, dass gewisse VVBs dem Wettbewerb einfach schaden müssen und daher eine Durchsetzung des Kartellrechts wichtig ist, passt die derzeitige Situation gut. Bei der Durchsetzung des Kartellrechts gegen VVBs durch nationale Wettbewerbsbehörden bestehen keine besonderen Anforderungen an die Schlüssigkeit von Entscheidungen. Die Diskussion über VVBs wird weitgehend von Wettbewerbsbehörden geführt, denen aus verständlichen Gründen wenig daran gelegen ist, mehr analytische Disziplin and sonst übliche, höhere Anforderungen an robuste ökonomisch begründete Tatsachenfeststellungen in diesem Bereich des Kartellrechts einzuführen.

Geht man aber davon aus, dass das Kartellrecht in den Markt nur dann eingreifen soll, wenn mit überwiegender Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist, dass durch die Intervention negative Wohlfahrtseffekte vermieden werden, ist es sicherlich möglich, einen Handlungsbedarf festzustellen. In anderen Worten: nimmt man an, dass das Kartellrecht auch im Bereich von VVBs einen „effects based approach“ konsequent anwendet und sich an den Grundlagen der Wohlfahrtsökonomie orientieren soll, gibt es ein beträchtliches Verbesserungspotential.

Wie oben ausgeführt, bestehen bei der Beurteilung von VVBs in Europa weiterhin Grundsätze, die wohl die Durchsetzung des Kartellrechts erleichtern, die aber nicht sicherstellen, dass durch die Eingriffe nur gegen solche Absprachen vorgegangen wird, die negative Auswirkungen auf die Konsumentenwohlfahrt haben. Gerade im Bereich von RPM und das Internet betreffenden Verkaufsverboten wird bei vertraglichen Vereinbarungen eingegriffen und eine Verletzung des Artikel 101 AEUV angenommen, obwohl es keinen

Bezug zur Ausübung von Marktmacht gibt und es nicht klar ist, wie eine VVB zu einer erhöhten Marktmacht und einer Verringerung der Wohlfahrt beiträgt. Diese Eingriffe werden mit Begründungen unterstützt, die aus ökonomischer Sicht nicht wirklich relevant sind. Damit werden vertragliche Vereinbarung unmöglich gemacht, die gerade in Märkten mit effektiven Wettbewerb positive Wohlfahrtseffekte haben können.

Betroffen sind in dieser Situation unter Anderem Hersteller (und Anbieter von Dienstleistungen), die keine Marktmacht haben und die daran gehindert werden, sich im Wettbewerb besser aufzustellen. Dabei mag es sich häufig um kleinere Unternehmen oder KMUs handeln, aber auch größere Unternehmen, die ja durchaus einem effektiven Wettbewerb ausgesetzt sein können, sind davon betroffen. Wie Konsumenten im Einzelfall betroffen wären, wenn Unternehmen bei der Planung ihrer Vertriebsstrategien mehr Freiheiten hätten, lässt sich nicht mit Sicherheit vorhersehen. Aber man kann keinesfalls annehmen, dass in einer solchen Situation Konsumenten systematisch schlechter gestellt werden. Ohne eine solche Annahme lässt sich ein striktes Vorgehen gegen VVBs aber nicht rechtfertigen.

Eine konsequente Ausrichtung des Rechts betreffend VVBs an Grundsätzen der Wohlfahrtökonomie hätte für das europäische Kartellrecht weitgehende Konsequenzen: Das Recht für territoriale Beschränkungen wäre zu überdenken, RPM Bestimmungen wie auch Beschränkungen von Internetverkäufen müssten wesentlich nuancierter beurteilt werden. Der gesamte Bereich des Rechts zu selektiven Vertriebssystemen wäre auf dem Prüfstand. Das würde sicherlich nicht das Ende der Durchsetzung des Kartellrechts bedeuten. Es müssten allerdings Fälle sorgfältiger ausgesucht und Entscheidungen besser begründet werden. Damit ergäbe sich auch zumindest eine Periode, in der man versuchen müsste, mit einer umfassenderen Beurteilung von Fällen empirische Erfahrungen zu sammeln, die dann zu rechtlichen Standards beitragen können, die sowohl durchsetzbar als auch ökonomisch fundiert sind.

Die immer wieder vorgebrachten Argumente, dass die derzeit geltenden, strikten Regel aus Gründen der Rechtssicherheit zu bevorzugen wären, sind jedenfalls nicht schlüssig. Ein Unternehmen, das jegliches Risiko einer einzelfallbezogenen Beurteilung ausschliessen will, kann ja weiterhin VVBs vermeiden, die zur Zeit als problematisch angesehen werden. Dadurch gibt es immer für ein Unternehmen die Möglichkeit, potentielle kartellrechtliche Probleme zu vermeiden. Gleichzeitig würde eine an ökonomischen Grundlagen orientierte Durchsetzung des Kartellrechts bei VVBs aber vielen Unternehmen größere Flexibilität bei der Gestaltung ihrer Vertriebsysteme geben. Und es kann wohl zu Recht davon ausgegangen werden, dass viele Unternehmen diese Flexibilität begrüßen würden, gerade dann, wenn sie intensivem Wettbewerb ausgesetzt sind und ihr Vertriebssystem so effizient wie möglich ausgestalten wollen. Schließlich muss auch bedacht werden, dass der in dieser Studie vertretene Ansatz dadurch zur Rechtssicherheit beitragen würde, indem „safe harbor“ Bereiche formuliert werden könnten, in denen mit großer Sicherheit bei der Anwendung von VVBs keine Wohlfahrtsverluste zu erwarten sind und daher kein Grund für kartellrechtliche Eingriffe vorliegt. Viele, vor allem kleine Unternehmen würden von der Rechtssicherheit dieser „safe harbor“ Bestimmungen profitieren.

Ein so weitgehendes Überdenken bestehender Positionen ist wünschenswert, aber unwahrscheinlich. Die Rechtsprechung der europäischen Gerichte gibt dazu wenig Anlass. Und eine Initiative zu dieser Diskussion müsste von den europäischen Wettbewerbsbehörden ausgehen, die wenig Interesse an einer Änderung des Status quo haben.

Begrenzte Anpassungen könnten aber möglich sein. Eine notwendige Änderung wäre die überdehnte und beinahe missbräuchliche Anwendung des Konzepts der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung, die sich gerade bei VVBs von ökonomischen Grundlagen weit entfernt hat. Dies ist allerdings durch Regulierung oder legislative Initiativen nicht erreichbar. Die Initiative dafür müsste von den europäischen Wettbewerbsbehörden ausgehen. Auch wenn sich nur einzelne Wettbewerbsbehörden in Europe konsequent zu einer mehr ökonomisch begründeten Haltung gegenüber VVBs konsequent bekennen würden, wäre das im Sine einer offenen Diskussion sicherlich hilfreich und begrüßenswert. Leider ist eine solche, auf Meinungsvielfalt und offene Diskussion ausbauende Situation im derzeitigen europäischen Rechtsdurchsetzungssystem schwer vorstellbar, das zu sehr auf Harmonisierung und einheitliche Ansichte abstellt.

Letztlich könnte eine solche Anpassung nur durch die Rechtsprechung der europäischen Gerichte sichergestellt werden. Stellungnahmen vor dem EuGH, die konsequent auf eine sinnvolle Anwendung des Begriffs der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung hinweisen, könnten hier wohl einen Beitrag leisten. Aber auch der EuGH hat es hier an Konsequenz und dem Willen, eine Leitfunktion zu übernehmen, fehlen lassen.

Regulative Änderungen könnten ebenfalls dazu benutzt werden, das Recht der VVBs stärker an ökonomischen Grundlagen auszurichten. Sinnvoll wäre es zum Beispiel, im Rahmen der Vertikal-GVO rein vertikale VVBs von der Anwendung des Artikel 101 Abs. 1 AEUV auszunehmen, wenn beide Parteien Marktanteile von nicht mehr als 15% haben, und sie bei höheren Marktanteilen VVBs dem Bereich des Artikel 5 zuzuordnen. Da die Kommission weiterhin die Anwendung der Vertikal-GVO dann entziehen könnte, wenn in einem bestimmten Fall bei geringeren Marktanteilen negative Effekte auf den Wettbewerb bestehen, könnte sichergestellt werden, dass die Vertikal-GVO zum Beispiel dann nicht anwendbar wäre, wenn gleichlaufende VVBs im Markt weit verbreitet sind und daher horizontale Effekte auch bei geringen individuellen Marktanteilen wahrscheinlich sind.

Das ist keine vollkommen überzeugende Lösung. Sie würde aber eine Verbesserung der derzeitigen Situation darstellen. Allerdings wäre sie erst bei der Überprüfung der derzeit geltenden Vertikal-GVO relevant, also kurzfristig auch nicht sehr hilfreich. Aufzugeben wäre dabei auch der derzeitige Ansatz, dass bei einer als Kernbeschränkung definierten VVB stets davon auszugehen ist, dass eine bezweckte Beschränkung des Wettbewerbs vorliegt, und dass eine Vermutung besteht, dass keine Effizienzrechtfertigungen bestehen. Dieser Ansatz passt nicht auf VVBs.

Ob in diesem Bereich einzelstaatliche Initiativen eine gute Option darstellen, ist nicht eindeutig zu beantworten. Inhaltlich gerechtfertigt wären sie sicher. Sie könnten auch rascher umgesetzt werden und könnten eine Signalwirkung für eine europäische Diskussion haben.

Aber ob sie im Lichte einer Kosten/Nutzen Analyse gerechtfertigt wären, müsste näher untersucht werden.

Eine konkrete Option wäre es, wie bei der soeben für das europäische Recht diskutierten Lösung rein vertikale VVBs bei geringen Marktanteilen beider Parteien, wie zum Beispiel 15%, von der Anwendung des nationalen Kartellrechts freizustellen, der Wettbewerbsbehörde oder im Fall Österreichs dem Gericht aber die Möglichkeit zu geben, diese Freistellung in begründeten Fällen zu widerrufen.

Zu einem ähnlichen Ergebnis käme man, wenn man gesetzlich vorsehen würde, dass es bei solchen VVBs keine Vermutung einer Rechtswidrigkeit eingreift. Damit gäbe man zwar die Rechtssicherheit von festen Marktanteilsgrenzen auf, aber diese Rechtssicherheit ist ohnehin mehr vermeintlich als real. Am Ende ginge es darum, Kläger (und Wettbewerbsbehörden) dazu anzuhalten, bei den betroffenen VVBs eine substantiierte Erklärung vorzubringen, warum die VVB negative Wohlfahrtseffekte hat.

Man muss sich allerdings klar sein, dass die positiven Effekte einer isolierten einzelstaatlichen Lösung gegen den europäischen „*mainstream*“ beschränkt wären, aber die Kosten beträchtlich sein könnten. Eine solche Lösung wäre nämlich nur wirkungsvoll bei Absprachen, die keine Auswirkung auf den zwischenstaatlichen Handel haben. Liegt eine solche Auswirkung vor, wäre wieder das striktere Europarecht anwendbar und die einzelstaatliche Regelung wäre ohne Wirkung. Bei RPM Fällen mag es ab und zu Fälle geben, in denen das Erfordernis einer Auswirkung auf den zwischenstaatlichen Handel nicht erfüllt ist. Oft wird das aber nicht der Fall sein. Und in den fraglichen Fällen würde durch den Streit, ob europäisches Kartellrecht anwendbar ist, nur zusätzliche Kosten entstehen.

Bei Beschränkungen von Internetverkäufen erscheint es nahezu ausgeschlossen, dass keine Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel vorliegen. In diesem Bereich wären einzelstaatliche Lösungen wirkungslos.

Ohne eine Kosten/Nutzen Analyse sind die Vorteile einer nationalen Regelung daher nicht zu beantworten. Sinnvoll wäre es, durch Kontakte mit betroffenen Unternehmen Einsicht in die Frage zu gewinnen, ob durch eine nationale Regelung dadurch Vorteile zu erwarten sind, dass Unternehmen in einer größeren Anzahl von Fällen wahrscheinlich von einer liberaleren Regelung des nationalen Rechts Gebrauch machen würden, und damit letztlich für den Wettbewerb in den betroffenen Märkten Vorteile entstehen könnten.

Damit verbleibt die Option, dass die Wettbewerbsbehörde eine flexiblere Haltung zu VVBs entwickelt, und vor allem auch, dass die Gerichte als Entscheidungsträger kritisch hinterfragen ob bei Fällen, die an sie herangetragen werden, überhaupt ein Anlass besteht, eine Beschränkung des Wettbewerbs anzunehmen und hierzu substantiierte Vorbringen der Parteien, einschließlich der Bundeswettbewerbsbehörde, zu verlangen. Das ist im Rahmen des europäischen Kartellrechts sicherlich möglich. Selbst bei VVBs, die im derzeit geltenden europäischen Recht als Kernbeschränkung gelten, könnte Effizienzbeurteilungen ein größeres Gewicht beigemessen werden, wodurch es in diesen Fällen zu einer umfassenden Beurteilung aller relevanten Sachverhaltselemente kommen würde. Bei Fällen, in denen die beteiligten Parteien geringe Marktanteile haben, könnten Effizienzbeurteilungen durchaus

vermutet werden. Wie schon zuvor besprochen, würden durch eine solche Haltung bei vielen Fällen die derzeitige Rechtsdurchsetzungspraxis nicht beeinträchtigt, wie zum Beispiel bei *hub and spoke* Systemen, bei denen zumindest eine Marktseite erhebliche Marktmacht besitzt. In anderen Fällen käme es aber aus der Sichtweise eines *effects based approach* zu einer sinnvolleren Anwendung des nationalen und europäischen Kartellrechts.