

BESCHRÄNKUNG DES INTERNETVERTRIEBS BEI SELEKTIVEN VERTRIEBSSYSTEMEN

Unter welchen Voraussetzungen ist es Herstellern im Rahmen von selektiven Vertriebssystemen kartellrechtlich erlaubt, Händlern den Internetvertrieb zu verbieten oder diesen einzuschränken? Welche Änderungen/Klarstellungen enthält der kürzlich veröffentlichte Entwurf der Kommission zur Nachfolgeverordnung der GVO 2790/1999 bzw der einschlägige Mitteilungsentwurf?

Art 81 EG

BERNHARD KOFLER-SENONER / ARNOLD KOGER

I. Einleitung

Die europäischen Gerichte und die Europäische Kommission („Kommission“) anerkennen seit mehreren Jahrzehnten in der Entscheidungspraxis zur kartellrechtlichen Zulässigkeit selektiver Vertriebssysteme, dass auf den Vertrieb besonders hochwertiger Produkte bzw besonderer Dienstleistungen ein spezieller Standard anzulegen ist.¹⁾ Gelten Vertragsklauseln, die normalerweise als wettbewerbsbeschränkend iSd europäischen Kartellverbots eingeordnet werden, im Zusammenhang mit selektiven Vertriebssystemen nicht ohnehin bereits als kartellrechtlich zulässig (da nicht tatbestandsmäßig), sieht die vertikale Gruppenfreistellung der Kommission („GVO“)²⁾ in ihrem Anwendungsbereich spezielle *safe harbour* Bestimmungen vor. Das österreichische Kartellgesetz 2005 enthält zu selektiven Vertriebssystemen keine Spezialbestimmungen.³⁾

Dieser Artikel beschäftigt sich mit einem Themenkomplex, der in den letzten Jahren mit der raschen Ausbreitung des Online-Vertriebs große praktische Bedeutung erlangt hat: Kann man seinen Händlern – speziell im Fall eines selektiven Vertriebssystems – den Vertrieb über das Internet verbieten oder zumindest einschränken?

Neben den Grundsätzen, die das europäische Kartellrechtsregime – insbesondere die GVO und die entsprechende Mitteilung der Kommission – festlegt, berücksichtigt dieser Artikel auch die jüngere deutsche Rechtsprechung. Schließlich hat die Kommission Ende Juli 2009 einen Entwurf der Nachfolgeverordnung zur am 31. Mai 2010 auslaufenden GVO samt einem entsprechenden Mitteilungsentwurf („Mitteilungsentwurf“) veröffentlicht.⁴⁾ Die darin in Aussicht gestellten Änderungen und Klarstellungen zur Frage des Internetvertriebs fließen ebenfalls im Folgenden ein.

II. Verbot des Internetvertriebs

2.1 Grundsätzliche Erwägungen

Entscheidungen gemeinschaftsrechtlicher Organe oder des Kartellgerichts zur Zulässigkeit des Verbots des Internetvertriebs liegen – soweit ersichtlich – nicht vor. Einen in der Praxis wichtigen ersten Ansatzpunkt für die Beurteilung eines konkreten Sachverhalts⁵⁾ bietet die von der Kommission zur GVO veröffentlichte Mitteilung⁶⁾ („Mitteilung“). Gemäß Rn 51 der Mitteilung muss grundsätzlich jedem Händler die Freiheit zu-

1) Vgl. EuGH 25.10.1983, C-107/82, *Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG/Kommission*, Slg 1983, 3151; EuG 12.12.1996, T-88/92, *Groupement d'achat Édouard Leclerc/Kommission*, Slg 1996, II-1961; Kommission 16.12.1991, IV/33.242, *Yves Saint Laurent Parfums*, ABl 1992 L 12/24.

2) Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 der Kommission vom 22. Dezember 1999 über die Anwendung von Art 81 Abs 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, ABl 1999 L 336/21.

3) Der Bundesminister für Justiz hat von der ihm in § 3 Abs 1 KartG eingeräumten Ermächtigung, bestimmte Gruppen von Kartellen vom Kartellverbot per Verordnung auszunehmen, bis dato nicht Gebrauch gemacht. Kommt auf einen Sachverhalt ausschließlich österreichisches Kartellrecht zur Anwendung (dies ist im Fall von selektiven Vertriebssystemen zwar grundsätzlich denkbar, praktisch jedoch aufgrund der zumeist internationalen Ausrichtung solcher Vertriebssysteme und dem weiten Anwendungsbereich des Art 81 EG selten), ist die Heranziehung der Grundsätze der europäischen Normen (insbesondere der GVO) im Rahmen der Prüfung des Kartellverbots gemäß KartG anerkannt (vgl. zuletzt *Brugger*, Braucht Österreich eine Verordnung nach § 3 KartG?, OZK 2009, 3; *Gruber*, Anwendung der Gruppenfreistellungsverordnung in Österreich, OZK 2009, 87).

4) http://ec.europa.eu/competition/consultations/2009_vertical_agreements/index.html (20. 8. 2009).

5) Mitteilungen binden die Kommission selbst, nicht jedoch die europäischen/nationalen Gerichte oder Wettbewerbsbehörden.

6) Mitteilung der Kommission – Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl 2000 C 291/01.

stehen, im Internet für Produkte zu werben und auf diesem Weg Produkte zu verkaufen. Ein Verbot des Verkaufs über das Internet soll laut Mitteilung allerdings dann zulässig sein, wenn eine sachliche Rechtfertigung vorliegt (vgl dazu unter 2.2).

Die in diesem Zusammenhang teilweise fehlende Differenzierung im Wortlaut der Mitteilung zwischen selektivem und nicht-selektivem Vertrieb („*jeder Vertriebshändler*“) spricht zwar dafür, dass die Kommission selektive Vertriebssysteme in diesem Punkt nicht bevorzugt behandelt sehen möchte, belässt jedoch – zumindest einen gewissen – Argumentationsspielraum in die Gegenrichtung. So gesteht auch *Eilmannsberger*⁷⁾ zu, dass es sich im Fall des Verbots des Internetvertriebs *prima facie* um eine gemäß Art 4 lit c GVO verbotene Kernbeschränkung handle. Dem könne jedoch entgegengehalten werden, dass Beschränkungen der Händler hinsichtlich der Verkaufstechnik dem selektiven Vertrieb immanent seien. Darüber hinaus erschiene es widersprüchlich, dem Hersteller die Möglichkeit zu nehmen, dem Fachhändler die Nutzung der Vertriebsschiene Internet zu verbieten, ihm aber gleichzeitig gemäß Art 4 lit c GVO zu erlauben, den Fachhändler bei der Wahl des Standortes seines Lokals einzuschränken und ihm die Eröffnung einer Verkaufsstelle an einem anderen Standort zu verbieten. Allerdings kommt auch *Eilmannsberger* zu dem Schluss, dass eine Untersagung des Internetvertriebs im Fall von selektiven Vertriebssystemen zwar zulässig sei – dies jedoch nur bei entsprechender Rechtfertigung.⁸⁾

Der Mitteilungsentwurf stellt nunmehr klar, dass die Nutzung des Internets der Eröffnung einer neuen Verkaufsstätte an einem anderen Standort nicht gleichgestellt werden kann. Somit bleibt für die oben dargestellte Argumentationslinie kein Raum mehr. Kommt es zu keiner Änderung des Mitteilungsentwurfs in diesem Punkt, verfestigt sich der Grundsatz, dass ein nicht gerechtfertigtes Verbot oder eine unzulässige Beschränkung des Internetvertriebs als Kernbeschränkung iSd Art 4 GVO zu qualifizieren ist und damit im Fall der Vereinbarung eines solchen Verbots einer gesamten Vereinbarung das Privileg der Gruppenfreistellung entzogen wird.⁹⁾

2.2 Sachliche Rechtfertigungsgründe

Welche sachlichen Gründe können nun ein Verbot des Internetvertriebs rechtfertigen?

Auf der **europarechtlichen Ebene** schweigt dazu die Mitteilung der Kommission („*Ein völliges Verbot des Verkaufs über das Internet oder per Katalog ist nur zulässig, wenn sachlich gerechtfertigte Gründe vorliegen.*“). Eine Literaturmeinung geht in diesem Zusammenhang davon aus, dass eine solche Rechtfertigung im

Gesamtzusammenhang der Mitteilung restriktiv dahingehend auszulegen sei, dass das zu vertreibende Produkt selbst aufgrund seiner Gefährlichkeit in Bezug auf Gesundheit oder Sicherheit für bestimmte Personen ein derartiges Verbot verlangt.¹⁰⁾ Dieser restriktiven Auslegung ist uE nicht zu folgen. Die von der Kommission in der Mitteilung (Rn 49) im Zusammenhang mit dem ausnahmsweise zulässigen Verbot des Verkaufs an bestimmte Endbenutzer genannte Rechtfertigung (i.e. Verbot, gefährliche Stoffe aus Sicherheits- oder Gesundheitsgründen nicht an bestimmte Kunden abzugeben) ist ausdrücklich nur als Beispiel in der Mitteilung angeführt. Im Zusammenhang mit der Rechtfertigung der Untersagung des Internetvertriebs (Rn 51) fehlt eine solch demonstrative Aufzählung sachlicher Rechtfertigungsgründe. Es ist daher durchaus argumentierbar, dass – insbesondere bei selektiven Vertriebssystemen – neben Sicherheits- und Gesundheitsgründen auch andere sachliche Rechtfertigungen zulässig sind.

Bereits im Jahr 1991 beurteilte die Kommission in der Entscheidung *Yves Saint Laurent Parfums*¹¹⁾ ein Verbot des Versandhandels als nicht spürbar wettbewerbsbeschränkend (und daher als nicht tatbestandsmäßig iSd Art 81 Abs 1 EG) und begründete dies damit, dass sich die entsprechenden Produkte nur optimal anbieten ließen, wenn ein direkter Kontakt zwischen Kundschaft und Verkaufpersonal bestünde, das in der Lage wäre, bei der Wahl zwischen verschiedenen Produkten und verschiedenen Marken zu beraten und dabei auf jeden Kunden persönlich einzugehen. Gegen eine allzu restriktive Auslegung des Begriffs der sachlichen Rechtfertigung spricht auch die Rechtsansicht der Kommission im Fall *B&W Loudspeakers Ltd*¹²⁾. Im Jahr 2000 hatte B&W Loudspeakers Ltd („**B&W**“), Europas zweitgrößter Anbieter hochwertiger Lautsprecher, ein selektives Vertriebssystem bei der Kommission zur kartellrechtlichten Genehmigung angemeldet. Aufgrund mehrerer kartellrechtlich kritischer Punkte – das Vertriebssystem enthielt ua ein generelles Verbot des Fernabsatzes einschließlich des Vertriebs via Internet – leitete die Kommission

7) *Eilmannsberger*, EG-Wettbewerbsrecht und Internet, wbl 2001, 501.

8) Ebd. *Eilmannsberger* nennt etwa den Fall, dass das Produkt aus Sicherheitsgründen zwingend eine bestimmte Beratung, oder die Imagepflege im Fall von Luxusprodukten eine bestimmte Verkaufstechnik erfordert.

9) *Veelken* in *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht EG/Teil 1⁴ (2007) Vertikal-VO, Rn 226 mwN.

10) *Schultze/Pautke/Wagener*, Die Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen – Praxiskommentar (2001) Rn 555.

11) Kommission 16.12.1991, IV/33.242, *Yves Saint Laurent Parfums*, ABl 1992 L 12/24.

12) Pressemitteilung der Kommission 24.6.2002, *B&W Loudspeakers Ltd*, IP/02/916.

ein förmliches Prüfungsverfahren ein. Nach Änderungen des Vertriebssystems kam es schlussendlich zur Genehmigung. Im Zusammenhang mit dem Verbot des Internetvertriebs erachtete die Kommission folgenden Kompromissvorschlag des Herstellers als kartellrechtlich zulässig: Das generelle Fernabsatzverbot wurde gestrichen. Der Fernabsatz wurde im Gegenzug jedoch nicht uneingeschränkt erlaubt. Vielmehr wurde eine Bestimmung in die entsprechenden Verträge aufgenommen, nach der die Händler um entsprechende Genehmigung ansuchen konnten. B&W konnte solche Anträge nur schriftlich ablehnen, wenn dies mit der Erhaltung des Markenprofils bzw der Reputation der Produkte sachlich zu rechtfertigen war. Die von B&W aufgestellten Kriterien mussten darüber hinaus diskriminierungsfrei angewendet werden.

Die bisherigen Überlegungen sprechen dafür, dass ein Verbot des Internetvertriebs aufgrund jeglicher sachlicher Rechtfertigung – welche auch die Erhaltung des Markenprofils bzw der Reputation der Produkte betreffen kann – zulässig sein sollte. Der nunmehr veröffentlichte Mitteilungsentwurf enthält nicht mehr die Aussage, dass ein Verbot des Internetverkaufs „*zulässig*“ sei, wenn „*sachlich gerechtfertigten Gründe*“ vorliegen. Stattdessen stellt die Kommission klar, dass das Verbot des Internetvertriebs bereits aus dem Anwendungsbereich des Art 81 Abs 1 EG ausgenommen wäre, sofern das Verbot (i) „*objektiv erforderlich*“¹³⁾ ist und (ii) „*... angesichts der besonderen Umstände, unter denen die Vereinbarung angewandt wird (zB wenn sie der Anpassung an ein aus Sicherheits- oder Gesundheitsgründen bestehendes öffentliches Verbot, gefährliche Stoffe über das Internet oder im Versandhandel abzugeben, dient) nicht den Wettbewerb beschränkt, der ohne sie stattfinden würde*“.¹⁴⁾ Sofern dieser Test nicht erfüllt wird, bestünde, so die Kommission, immer die Möglichkeit der Einrede der Effizienz gemäß Art 81 Abs 3 EG.

Im Rahmen der derzeit gültigen Sprachregelung waren sämtliche sachlich gerechtfertigten Verbote des Internetvertriebs zulässig. Der nunmehr vorgeschlagene Verweis auf Art 81 Abs 3 EG bringt mit sich, dass durchaus sachlich gerechtfertigte Verbote als unzulässig anzusehen sind, sofern sie nicht sämtliche Tatbestandsvoraussetzungen des Art 81 Abs 3 EG erfüllen. Eine solche Lösung ist uE, insbesondere im Fall von selektiven Vertriebssystemen, nicht zielführend. Vielmehr wäre die Aufnahme eines klaren Bekenntnisses zur Zulässigkeit des Verbots des Internetvertriebs und zum Inhalt des Begriffs der notwendigen sachlichen Rechtfertigung in die finale Mitteilung wünschenswert.

In **Deutschland** ergingen zuletzt zwei entgegengesetzte Entscheidungen der Landgerichte Berlin und Mannheim, welche insbesondere den Verkauf über Online-Auktionsplattformen

betrafen. In beiden Fällen legte ein Hersteller hochwertiger Schultaschen Vorgaben für den Online-Vertrieb seiner Produkte fest und schloss dabei den Weiterverkauf seiner Waren auf Auktionsplattformen aus.

Das Landesgericht Berlin befand das absolute Verbot, Waren über Online-Auktionsformate zu verkaufen, für kartellrechtswidrig, weil dadurch die Handlungsfreiheit des Händlers beschränkt würde.¹⁵⁾ Im Gegensatz dazu urteilte das Landesgericht Mannheim¹⁶⁾, dass das Verbot des Vertriebs über Online-Auktionsplattformen, sogar trotz allfälliger Marktbeherrschung des Herstellers, keine kartellrechtswidrige Beschränkung darstelle. Dies sei insbesondere dann der Fall, wenn der Hersteller hochwertiger Markenware für den Vertrieb der Markenprodukte zur Sicherung der Qualität und des Ansehens genaue Vorgaben für die Verkaufspräsentation im stationären Vertrieb mache. Vielmehr diene das Verbot dazu, die Qualität und das Ansehen der hochwertigen Produkte eben auch im virtuellen Shop sicherzustellen, wozu im Online-Vertrieb die Darstellung der gesamten Produktpalette gehöre. Diesem hohen Anspruch würde der Vertrieb über Auktionsplattformen nicht gerecht. Die vertragliche Einschränkung diene deshalb dazu, einen qualitätsangemessenen Vertrieb sicherzustellen und sei daher zulässig. Der Argumentation des Landesgerichts Mannheim ist uE schon aus Gründen der Markenimagesicherung zuzustimmen. Die Entscheidungen führen jedoch vor Augen, dass die Rechtssituation auch in Deutschland nicht völlig klar ist.

2.3 Spezialfall: Vorbehalt des Internetvertriebs durch Lieferanten

So unklar die kartellrechtliche Zulässigkeit des Verbots des Internetvertriebs im Allgemeinen ist, so klar äußert sich die Kommission zur Thematik eines ausschließlichen Vorbehalts des Internetvertriebs durch den Lieferanten:

Nach der Mitteilung (Rn 51) ist es dem Lieferanten jedenfalls verboten, sich das Recht des Verkaufs über das Internet und/

13) Die Kommission verweist im Mitteilungsentwurf zum Begriff der objektiven Erforderlichkeit auf die Leitlinien zur Anwendung von Art 81 Abs 3 EG, und damit indirekt auf den materiellen Test der EuGH Entscheidungen *Société Technique Minière* (EuGH, 30.6.1966, Rs 56/64 Slg 1966, 337) und *Nungesser* (EuGH 8.6.1982, Rs 258/78 Slg 1982, 2015).

14) Mitteilungsentwurf, Rz 54.

15) LG Berlin 24.7.2007, 16 O 729/07 Kart, GRUR-RR 2008, 252/253. Der Vollständigkeit halber ist anzumerken, dass das Kartellverbot in diesem Fall auch aufgrund eines Anteils des Herstellers am relevanten Markt von über 30% bejaht wurde.

16) LG Mannheim 14.3.2008, 7 O 263/07 Kart, GRUR-RR 2008, 253; im Detail dazu *Pautke/Schultze*, BB 2009, 1381.

oder der Werbung im Internet selbst vorzubehalten. Daran soll sich laut Mitteilungsentwurf auch in Zukunft nichts ändern.

III. Einschränkung des Internetvertriebs

Sofern ein Verbot des Internetvertriebs kartellrechtlich unzulässig oder nicht beabsichtigt ist, stellt sich die Frage, welche Vorgaben den Fachhändlern für den Internetvertrieb gemacht werden dürfen. Dazu im Detail:

- Die Mitteilung stellt diesbezüglich klar, dass der Hersteller in Bezug auf die Verwendung der entsprechenden Website wie bei herkömmlichen Verkaufsstellen generell Qualitätsanforderungen stellen kann. Dies kann speziell für den selektiven Vertrieb von Bedeutung sein.¹⁷⁾ Zu denken ist dabei an Vorgaben zur fotografischen Abbildung der Produkte, Reaktionsgeschwindigkeit der Server, Aufnahme von Produkthinweisen, Einrichtung einer E-Mail-Hotline, etc. Die Grenze des Zulässigen ist dort überschritten, wo es zu einer Umgehung des Verbots der Beschränkung des Internetvertriebs kommt (zB in Fällen, in denen die Errichtung einer Website den Vertragshändlern durch sachlich nicht gerechtfertigte Anforderungen aus finanziellen oder anderen Erwägungen unmöglich gemacht wird).
- Der Hersteller soll nach dem nunmehrigen Mitteilungsentwurf darüber hinaus jedenfalls befugt sein, vom Vertragshändler zu verlangen, ein Geschäft oder einen Ausstellungsraum zu besitzen, bevor er den Online-Vertrieb aufnimmt.¹⁸⁾ Eine Praxis, die bereits durch einzelne mitgliedstaatliche Wettbewerbsbehörden als zulässig erachtet wurde.¹⁹⁾
- In der Literatur wurde bereits in der Vergangenheit die Möglichkeit diskutiert, gewisse Mindestumsätze oder Verkaufsboni ausschließlich an Offline-Verkäufe zu knüpfen.²⁰⁾ Im Mitteilungsentwurf wird nunmehr ausdrücklich klargestellt, dass der Hersteller vom Abnehmer verlangen kann, dass dieser das entsprechende Produkt mindestens in einem nach Wert oder Menge bestimmten absoluten Umfang offline verkauft, um einen effizienten Betrieb seines Geschäftes zu gewährleisten.²¹⁾ Die Begrenzung des über das Internet getätigten Teils der Gesamtverkäufe durch den Hersteller ist jedoch laut Mitteilungsentwurf unzulässig.²²⁾
- Weiters statuiert der Mitteilungsentwurf, dass der absolute Umfang der geforderten Offline-Verkäufe für alle Abnehmer gleich sein muss. Von diesem Grundsatz kann abgewichen werden, sofern anhand objektiver Kriterien, beispielsweise der Größe des Abnehmers im Vertriebsnetz oder seiner geografischen Lage, im Einzelfall ein unterschiedlicher Umfang festgelegt werden kann.²³⁾
- Darüber hinaus wird im Mitteilungsentwurf bestätigt, dass das Anbieten einer Prämie, um den Online- oder Offline-

Verkauf zu unterstützen, zulässig sein soll.²⁴⁾ Eine Kernbeschränkung soll jedoch dann vorliegen, wenn von einem Händler verlangt wird, für Produkte, die er online weiterverkaufen will, einen höheren Preis zu zahlen als für Produkte, die offline verkauft werden sollen.

- Schließlich wird im Mitteilungsentwurf klargestellt, dass die Kriterien für Offline-Verkäufe mit jenen für Online-Verkäufe gleichwertig, aber nicht ident, sein müssen.²⁵⁾ Um Verkäufe an nicht zugelassene Händler zu verhindern, kann etwa ein Anbieter laut Mitteilungsentwurf seinen Vertragshändlern untersagen, mehr als eine bestimmte Menge der Vertragsprodukte an einen einzelnen Endverbraucher zu verkaufen.²⁶⁾ In der Praxis wird es wohl weiterer Maßnahmen bedürfen, um Online-Verkäufe an nicht zugelassene Händler zu verhindern.

SCHLUSSFOLGERUNG

Die Frage der Zulässigkeit des Verbots oder der Einschränkung des Internetvertriebs ist – auch im Fall selektiver Vertriebssysteme – am Grundsatz zu bemessen, dass es jedem Händler freistehen muss, im Internet für Produkte zu werben und auf diesem Weg Produkte zu verkaufen. Ein gänzlich Verbot des Internetvertriebs ist nur dann zulässig, wenn eine sachliche Rechtfertigung vorliegt. Die Auslegung des Begriffs der sachlichen Rechtfertigung ist jedoch strittig. Nach Ansicht der Autoren ist eine weite Auslegung angesichts der dargestellten Entscheidungspraxis und Argumente angebracht. Der nunmehr von der Kommission veröffentlichte Mitteilungsentwurf bringt in diesem Punkt bedauerlicherweise keine Klarstellung.



Eindeutiger sind die kartellrechtlichen Grenzen für die Einschränkung des Internetvertriebs. Hier gilt der Grundsatz, dass der Lieferant in Bezug auf die Verwendung der Verkaufswebsite wie bei herkömmlichen Verkaufsstellen Qualitätskriterien vorgeben kann. Dies ist speziell für den selektiven Vertrieb von Bedeutung. Der Mitteilungsentwurf enthält in diesem Zusammenhang neue hilfreiche Klarstellungen für die Vertragsgestaltung zwischen Lieferant und Vertriebspartner.

17) Mitteilung, Rz 51.

18) Mitteilungsentwurf, Rz 54.

19) Ähnlich festgestellt bereits in BGH 4.11.2003, KZR 2/02, MMR 2004, 536 ff; weiters Conseil de la concurrence 24.7. 2006, 06-D-24. *Festina France* (<http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/06d24.pdf>).

20) Vgl. *Schultze/Pautke/Wagener*, Praxiskommentar, Rn 597.

21) Mitteilungsentwurf, Fn 29 zu Rz 52.

22) Vgl. dagegen BGH 4.11.2003, KZR 2/02, MMR 2004, 536 ff. Dort wurde die Bedingung für zulässig erachtet, dass die Internetsätze eines selektiven Vertriebshändlers nicht mehr als die Hälfte der im stationären Handel erzielten Umsätze ausmachen dürfen.

23) Mitteilungsentwurf, Fn 29 zu Rz 52.

24) Mitteilungsentwurf, Fn 30 zu Rz 52.

25) Mitteilungsentwurf, Rz 57.

26) Mitteilungsentwurf, Fn 31 zu Rz 57.