



HENGELER MUELLER

**Ringvorlesung Kartellrecht:
Internet und Wettbewerb**
Behinderung von Innovationen oder
notwendiger Verbraucherschutz? –
Kartellrechtliche Vorgaben beim
Internetvertrieb

Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf
Wintersemester 2015/2016
Dr. Thorsten Mäger

HENGELER MUELLER

Gliederung

A. Ausgangslage: Vertikale Bindungen vs. Horizontalabsprachen	3
B. Besonderheiten des Online-Vertriebs	5
C. Überblick: Fallgruppen von vertikalen Bindungen	6
D. Preisbezogene Beschränkungen	7
E. Vertriebskanalbezogene Beschränkungen	9
I. Umfassendes Internetverbot	10
II. Plattformverbote	11
F. Offene Fragen	25

A. Ausgangslage: Vertikale Bindungen vs. Horizontalabsprachen

	Horizontalabsprachen	Vertikalbindungen
Fälle	<ul style="list-style-type: none"> • Preisabsprache • Marktaufteilung 	<ul style="list-style-type: none"> • Preisbindung der zweiten Hand • Exklusivabreden
Unwerturteil	Für Verbot <u>Spürbarkeit</u> ausreichend	Für Verbot <u>Marktmacht</u> erforderlich
Entwicklung	Ausweitung des Verbotsbereichs <ul style="list-style-type: none"> • Informationsaustausch • Signaling 	Entwicklung unklar <ul style="list-style-type: none"> • Lockerung durch sog. Vertikal-GVO seit 1999 • Jüngster Trend gegenläufig

A. Ausgangslage: Vertikale Bindungen vs. Horizontalabsprachen

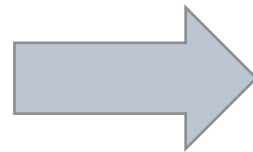
- Vertikale Bindungen

- *Theory of harm*

- Kollusionsfördernde (horizontale) Wirkungen auf Hersteller-/ Händlerebene
- Marktverschließende Wirkungen

- Dagegen *Effizienzeinwände*

- Hold up-Problematik
- Trittbrettfahrerproblem
- Doppelter Aufschlag
- Streitig: Markenimage



Beschränkung Intrabrand,
aber Intensivierung Interbrand

B. Besonderheiten des Online-Vertriebs

- **Markteilnehmer reihen sich nicht „sauber“ in vertikale Lieferkette ein**
- **Wichtige Funktion der Intermediäre**
 - Vorteile Internet: Reduzierung von Suchkosten, Vergrößerung der Händlerreichweite, Senkung von Distributionskosten
 - Aber: Auffindbarkeit im Internet als „bottle neck“
 - eigene Webseite nur bei großer Bekanntheit
 - sonst: Suchmaschinen, Preisvergleichsseiten, Bewertungsportale, offene Marktplätze (z.B. Amazon, eBay) und Buchungsplattformen (z.B. HRS)
 - Plattform als zweiseitiger Markt
- **Angebote aus Kundensicht:** Direktvertrieb, Plattformen, Suchmaschinen
- **Spannungsfeld im Kartellrecht:** Globale Phänomene, nationales Enforcement (vgl. „Hotelfälle“, „Amazon Price Parity“). Nun aber „Bewegung“ durch EU-Sektoruntersuchung

C. Überblick: Fallgruppen von vertikalen Bindungen

Preisbezogene Beschränkungen	Preisbindung der zweiten Hand	Hohes Bußgeldrisiko
	Doppelpreissysteme	
Vertriebskanal-bezogene Beschränkungen	Umfassendes Internetverbot	Niedrigeres Bußgeldrisiko aber Verbotrisiko
	Plattformverbote	
Sonstige Beschränkungen	Suchmaschinenoptimierung, Verbot der Unterstützung von Preisvergleichsseiten, Beschränkung des Key Word Advertising (Google AdWords) [→ Vorlesung 12. November 2015]	
	Meistbegünstigungsklausel [→ Vorlesung 5. November 2015]	

D. Preisbezogene Beschränkungen

- **Kartellbehörden kritisch**

- EU: Eingriff in Preisgestaltungsfreiheit der Händler nach wie vor Kernbeschränkung (anders z.B. in den USA)
- Im Internetvertrieb besonders kritisch (insbes. BKartA)
 - Angleichung von „offline“- und „online-Preisen“
 - Effizienzgewinne bei Internetvertrieb können nicht weitergegeben werden
 - Marginalisierung des Internetvertriebs; Erlahmung Preiswettbewerb

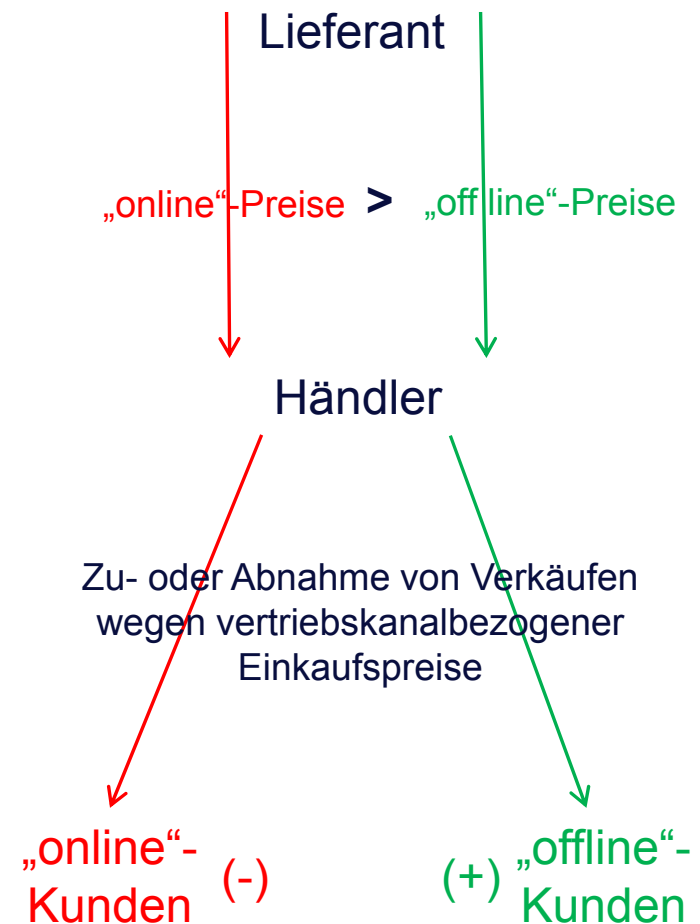
- **Zwei Erscheinungsformen**

- Preisbindung der zweiten Hand (RPM), verboten gem. Art. 4 a) Vertikal-GVO [z.B. Phonak, Alessi, CIBA Vision; jüngst: „Matratzen-Fall“]
- Doppelpreissysteme (*dual pricing*), verboten gem. Art. 4 b) Vertikal-GVO

D. Preisbezogene Beschränkungen

- **Näher: Doppelpreissysteme [„Gardena“, „Dornbracht“, „BSH“]**

- Funktionsweise: Lieferant bestimmt Einkaufspreise oder preiswirksame Faktoren abhängig von Vertriebskanal/Absatzquoten
- Wirkung: Erhöhung variabler Kosten durch Handel mit „online“-Waren, dadurch verminderter Anreiz zu Internethandel
- Faktische Gebietsbeschränkung, da Händler auf „offline“-Kunden in räumlicher Nähe beschränkt wird; Kernbeschränkung, Art. 4 b) Vertikal-GVO
- Trotz klarer rechtlicher Wertung aber häufig kein „klarer Fall“: ausgefeilte Rabattsysteme erfordern differenzierte (Wirkungs-)Analyse; zudem: sog. „fixed fees“ laut EU-KOM zulässig (Kompensation erhöhter Fixkosten)



E. Vertriebskanalbezogene Beschränkungen

- **Kartellbehörden grds. kritisch**

- Dämpfung Preiswettbewerb im Internet (gerade bei Produkten mit hoher Kundenbindung)
- Beschränkung Kundenreichweite des einzelnen Händlers
- Beschränkung von Marktzutritts-Chancen für neue Händler (räumlich + mobile commerce)

- **Zwei Erscheinungsformen**

- Umfassendes Internetverbot und
- Plattformverbote

E. Vertriebskanalbezogene Beschränkungen

I. Umfassendes Internetverbot

- **Heute anerkannt: Kernbeschränkung, nicht freistellungsfähig**
 - *Belieferte* Händler müssen frei sein, „Vertriebskanal Internet“ zu nutzen
 - Zulässig ist (jedenfalls unterhalb von Marktmacht) lediglich die *Nicht*-Belieferung *reiner* Onlinehändler als Teil eines selektiven Vertriebs
- **Rechtliche Bewertung von Vertriebsgestaltung unabhängig**
 - Normaler Vertrieb: Kernbeschränkung nach Art. 4 b) = Kundengruppenbeschränkung (EU-KOM [Vertikal-LL])
 - Selektiver Vertrieb: Kernbeschränkung nach Art. 4 c) = Beschränkung des aktiven und passiven Verkaufs an Endverbraucher durch Mitglieder eines selektiven Vertriebssystems (EuGH [*Pierre Fabre*])

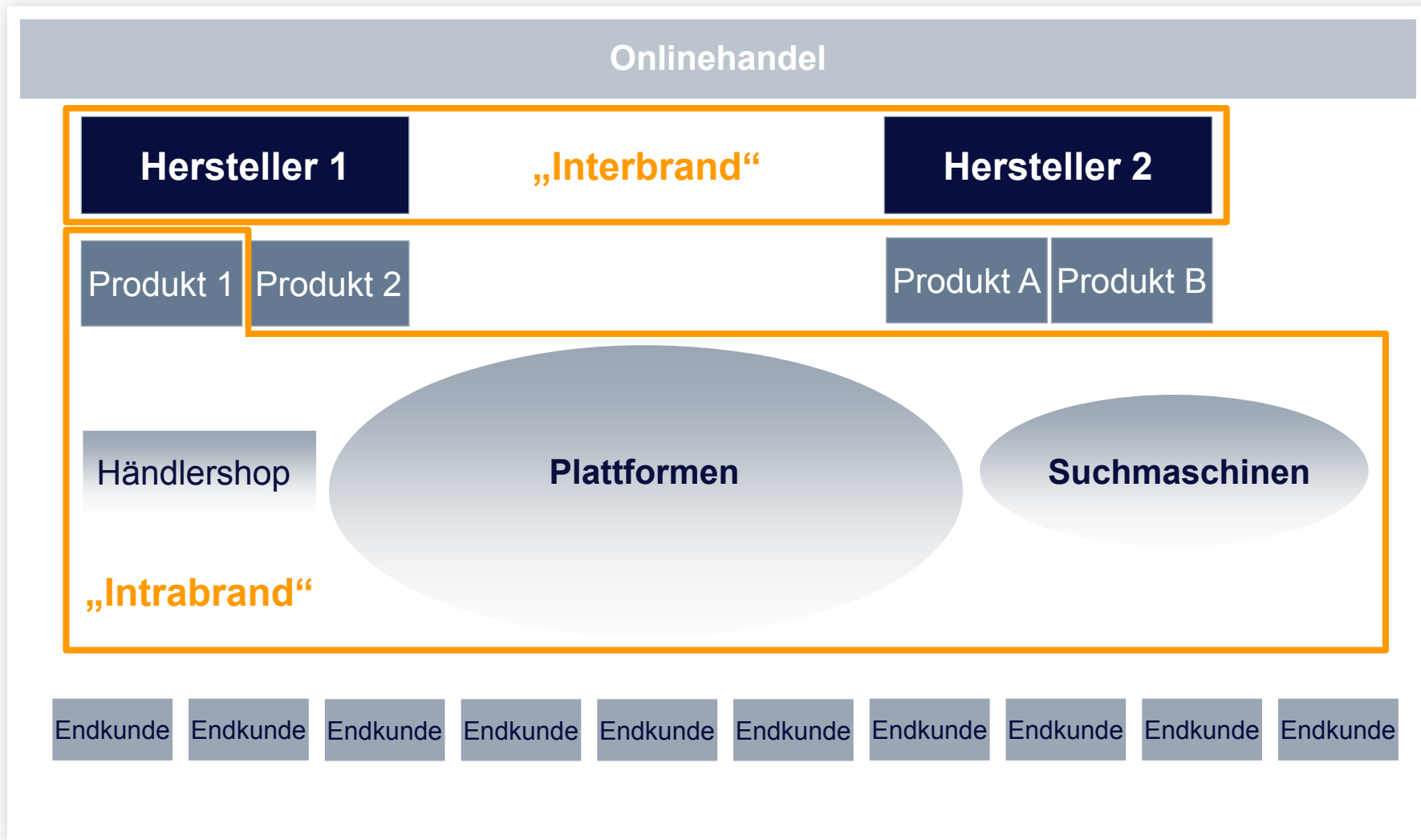
E. Vertriebskanalbezogene Beschränkungen

II. Plattformverbote: Einführung

- **Definition:** Verbot, über offene Plattformen Dritter wie insbesondere Amazon oder eBay zu verkaufen
- Betrifft Markenartikel (nicht nur „Luxusmarken“)
- EU-KOM bislang zurückhaltend, beim BKartA dagegen interne „Sonderkommission“ der 2. Beschlussabteilung
- Mehrere BKartA-Fälle
 - Sennheiser [2013]
 - adidas [2014]
 - Asics [2015]
- Übergreifende Fragen: Entspricht das „Plattform-“ dem „Totalverbot“? Wie verhält sich die *theory of harm* zu möglichen Effizienzeinwänden?

E. Vertriebskanalbezogene Beschränkungen

II. Plattformverbote: Intrabrand- und Interbrand-Wettbewerb



E. Vertriebskanalbezogene Beschränkungen

II. Plattformverbote: *Theory of harm* vs. Effizienzen

Theory of harm



- Angebotsvielfalt im Online-Handel nimmt ab
- Hersteller bauen Monopole auf, z.B. Online-Shops
- Anzahl Händler sinkt
- Innovation im Online-Handel sinkt
- Verbraucher findet Ware nicht mehr
- Preise für Verbraucher steigen

E. Vertriebskanalbezogene Beschränkungen

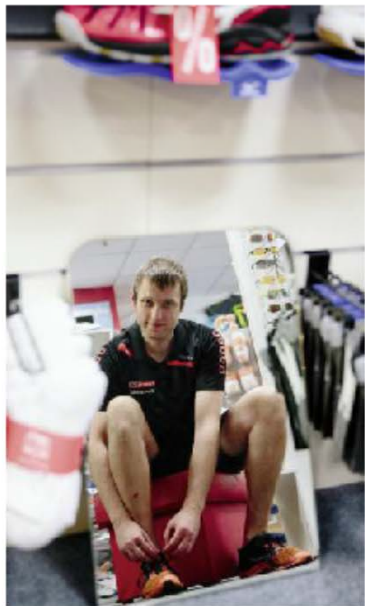
II. Plattformverbote: *Theory of harm* vs. Effizienzen

Effizienzeinwände

Wirtschaft

„Totengräber des Fachhandels“

Wettbewerbs Deutschland's Geschäftsleute wehren sich gegen die Konkurrenz aus dem Internet – und gegen das Bundeskartellamt, das Onlinemärkte begünstigt.



Wettbewerbsrichter Wilhelm „Das ist Kartellverbot“

„Ich vor Gericht hat es Caroli Wilmsen –“ wieder nicht. Er leidet schon länger an einer gutartigen Bluthochdruck, so sagt er. Das ist ihm aber egal. Er will nur seinen Job, und er will sein Geld verdienen. Als die Wirtin gezwungen wurde, ihren Laden zu schließen, weil er nicht mehr zahlen konnte, hat er sich für einen anderen Laden entschieden. Und er hat sich für einen anderen Laden entschieden. Und er hat sich für einen anderen Laden entschieden.

„Das ist Kartellverbot“, erklärt der Richter. Das ist ein Verbot für die Wettbewerber, die den Handel nicht mehr machen dürfen. Das ist ein Verbot für die Wettbewerber, die den Handel nicht mehr machen dürfen. Das ist ein Verbot für die Wettbewerber, die den Handel nicht mehr machen dürfen.

Der Grund für das Verbot ist, dass die Wettbewerber nicht mehr machen dürfen. Das ist ein Verbot für die Wettbewerber, die den Handel nicht mehr machen dürfen. Das ist ein Verbot für die Wettbewerber, die den Handel nicht mehr machen dürfen.

Das Verbot ist ein Verbot für die Wettbewerber, die den Handel nicht mehr machen dürfen. Das ist ein Verbot für die Wettbewerber, die den Handel nicht mehr machen dürfen. Das ist ein Verbot für die Wettbewerber, die den Handel nicht mehr machen dürfen.

...erzählen. Ein Kunde in der Umkleekabine hat sich ein Hemd gekauft. Er hat sich ein Hemd gekauft. Er hat sich ein Hemd gekauft. Er hat sich ein Hemd gekauft. Er hat sich ein Hemd gekauft.

Das ist ein Verbot für die Wettbewerber, die den Handel nicht mehr machen dürfen. Das ist ein Verbot für die Wettbewerber, die den Handel nicht mehr machen dürfen. Das ist ein Verbot für die Wettbewerber, die den Handel nicht mehr machen dürfen.

Das ist ein Verbot für die Wettbewerber, die den Handel nicht mehr machen dürfen. Das ist ein Verbot für die Wettbewerber, die den Handel nicht mehr machen dürfen. Das ist ein Verbot für die Wettbewerber, die den Handel nicht mehr machen dürfen.

Das ist ein Verbot für die Wettbewerber, die den Handel nicht mehr machen dürfen. Das ist ein Verbot für die Wettbewerber, die den Handel nicht mehr machen dürfen. Das ist ein Verbot für die Wettbewerber, die den Handel nicht mehr machen dürfen.

...erzählen. Ein Kunde in der Umkleekabine hat sich ein Hemd gekauft. Er hat sich ein Hemd gekauft. Er hat sich ein Hemd gekauft. Er hat sich ein Hemd gekauft. Er hat sich ein Hemd gekauft.

Das ist ein Verbot für die Wettbewerber, die den Handel nicht mehr machen dürfen. Das ist ein Verbot für die Wettbewerber, die den Handel nicht mehr machen dürfen. Das ist ein Verbot für die Wettbewerber, die den Handel nicht mehr machen dürfen.

Das ist ein Verbot für die Wettbewerber, die den Handel nicht mehr machen dürfen. Das ist ein Verbot für die Wettbewerber, die den Handel nicht mehr machen dürfen. Das ist ein Verbot für die Wettbewerber, die den Handel nicht mehr machen dürfen.

Das ist ein Verbot für die Wettbewerber, die den Handel nicht mehr machen dürfen. Das ist ein Verbot für die Wettbewerber, die den Handel nicht mehr machen dürfen. Das ist ein Verbot für die Wettbewerber, die den Handel nicht mehr machen dürfen.

...erzählen. Ein Kunde in der Umkleekabine hat sich ein Hemd gekauft. Er hat sich ein Hemd gekauft. Er hat sich ein Hemd gekauft. Er hat sich ein Hemd gekauft. Er hat sich ein Hemd gekauft.

Das ist ein Verbot für die Wettbewerber, die den Handel nicht mehr machen dürfen. Das ist ein Verbot für die Wettbewerber, die den Handel nicht mehr machen dürfen. Das ist ein Verbot für die Wettbewerber, die den Handel nicht mehr machen dürfen.

Das ist ein Verbot für die Wettbewerber, die den Handel nicht mehr machen dürfen. Das ist ein Verbot für die Wettbewerber, die den Handel nicht mehr machen dürfen. Das ist ein Verbot für die Wettbewerber, die den Handel nicht mehr machen dürfen.

Das ist ein Verbot für die Wettbewerber, die den Handel nicht mehr machen dürfen. Das ist ein Verbot für die Wettbewerber, die den Handel nicht mehr machen dürfen. Das ist ein Verbot für die Wettbewerber, die den Handel nicht mehr machen dürfen.

„Totengräber des Fachhandels“

„Deutschlands Geschäftsleute wehren sich gegen die Konkurrenz aus dem Internet – und das Bundeskartellamt, das Onlinemärkte begünstigt.“

Der Spiegel, 25/2014, S. 72 f.

HENGELERMUELLER

E. Vertriebskanalbezogene Beschränkungen

II. Plattformverbote: Gerichtliche Praxis

- **Ergänzend zu BKartA: Instanzgerichtliche Entscheidungen nach Zivilklagen in Deutschland**
 - Normaler Vertrieb:
 - **OLG München 2009:** Freistellung nach der Vertikal-GVO. Ausreichend, wenn Kunden durch anderweitigen Internetvertrieb erreicht werden könnten
 - Anders **LG Kiel 2013:** Kernbeschränkung nach Art. 4 b) Vertikal-GVO; ebenso **OLG Schleswig 2014** [Bestätigung der Vorinstanz]
 - Selektiver Vertrieb:
 - **OLG Karlsruhe 2009:** Plattformverbot zulässig.
 - Anders **LG Frankfurt 2014** (Parfum, Rucksäcke) sowie **Kammergericht 2013** (dort allerdings nur Diskriminierungsaspekt – eBay nicht beschränkbar, wenn gleichzeitig Vertrieb über Discounter)
 - LG Frankfurt-Entscheidungen derzeit in Berufungsverhandlungen
- Sind Nutzer der Plattformen / des Internets eine abgrenzbare Kundengruppe, Art. 4 b) Vertikal-GVO?

E. Vertriebskanalbezogene Beschränkungen

II. Plattformverbote

„Viele Verbraucher bringen diesen Plattformen ein gesteigertes Vertrauen entgegen...“

LG Kiel, Urteil vom 08.11.2013,
14 O 44/13 – Kart - *Digitalkameras*

„So ist, wie erneut ein einfacher Blick auf die bezeichneten Marktplätze zeigt und im Übrigen **die eigene Einkaufserfahrung des Senats lehrt**, auf diesen Plattformen tatsächlich ein hohes Maß an Transaktionssicherheit gewährleistet... Kann auch das Risiko eines entwertenden „Flohmarkts“ ... nicht so hoch veranschlagt werden, dass man deswegen seinen Einzelhändler den dortigen Verkauf untersagen müsste... Entsprechend fernliegend erscheint auch ... eine mit dem Plattformhandel verbundene mögliche Rufschädigung der Marke...“

OLG Schleswig, vom 26.05.2014, 16 U Kart 154/13 –
Digitalkameras

„Tatsächlich wird die Auktionsplattform [eBay] – **wie der Senat auch aus eigener Anschauung weiß** – in der Öffentlichkeit immer wieder in die Nähe eines Flohmarktes gerückt und auch im Zusammenhang mit dem Absatz von Fälschungen von Markenartikeln genannt.

...

[Allerdings sind] Plattformen mindestens vorstellbar, die auf ein qualitätsbewusstes Publikum zielen. Inwieweit ein Absatz über solche Plattformen das Ansehen der ... Artikel beeinträchtigen soll, erschließt sich nicht.“

KG, Urteil vom 19.09.2013, 2 U 8/09 – *Schulranzen*

Hervorhebungen hinzugefügt

E. Vertriebskanalbezogene Beschränkungen

II. Plattformverbote: Der Grundkonflikt

Der Kern des Problems:

Weiterverkaufsbeschränkung



Qualitätsanforderung



E. Vertriebskanalbezogene Beschränkungen

II. Plattformverbote: Derzeitige Bewertungstendenz

- Warum hat ein Hersteller ein Interesse daran, den Internetvertrieb grundsätzlich zuzulassen, aber den Vertrieb über offene Plattformen zu verbieten? Offene Plattformen: Unterschiedliche Angebote für dasselbe Produkt auf derselben Seite → **Preisspirale nach unten**
- Insbesondere selektiver Vertrieb – Kernprinzip: Querlieferungen auf Händlerebene beschränkbar, nicht aber Lieferungen an Endkunden
- Unerheblich: Folgefrage, ob Äquivalenztest erfüllt (Kriterien gegenüber Vorgaben an stationären Vertrieb gleichwertig)
- Plattformverbote also Kernbeschränkungen – außerhalb eines selektiven Vertriebssystems nach Art. 4 b) Vertikal-GVO und innerhalb eines solchen Systems nach Art. 4 c) GVO

 **Wettbewerbsbeschränkung, die lediglich in den Mantel einer Qualitätsanforderung gekleidet ist**

E. Vertriebskanalbezogene Beschränkungen

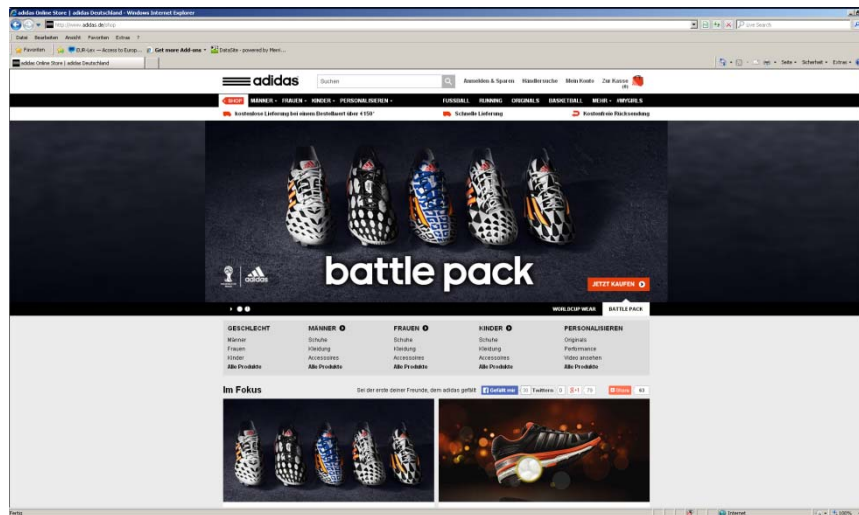
II. Plattformverbote: Der „Imagefaktor“

- Aspekt des Markenimages?
 - Qualitative Unterschiede im Hinblick auf Produktpräsentation und Information?
 - Plattformspezifische Funktionen schädlich für Produktimage?
 - Beides denkbar, allerdings abhängig von objektiven Gegebenheiten im Einzelfall
 - Bekannte Plattformen bieten gleiche Informationstiefe und Präsentationsqualität (s. im Folgenden)

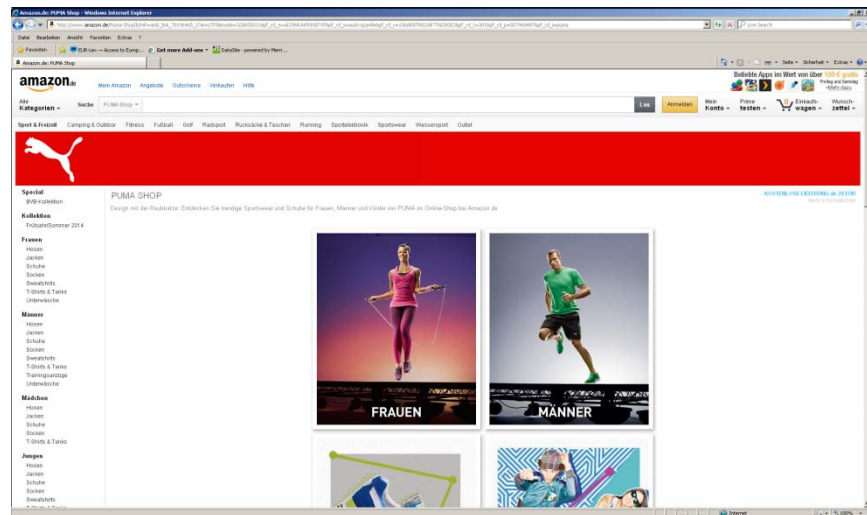
E. Vertriebskanalbezogene Beschränkungen

II. Plattformverbote: Vergleichsbetrachtung

- Möglichkeit zur markenspezifischen Darstellung in Plattformumgebung



– adidas Online Shop

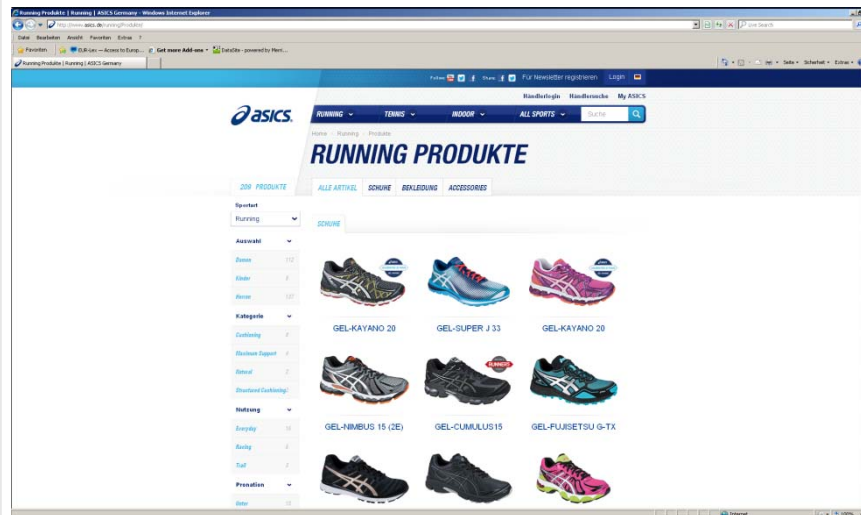


– Puma-Store auf Amazon.de

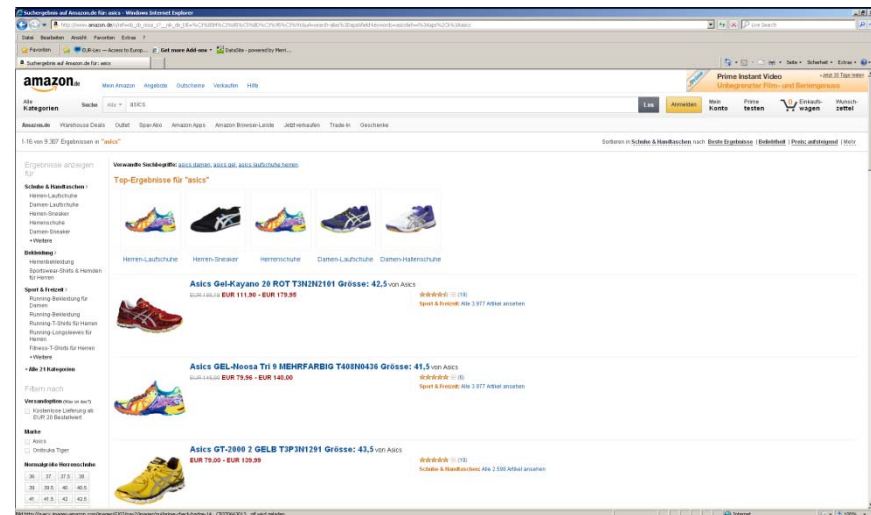
E. Vertriebskanalbezogene Beschränkungen

II. Plattformverbote: Vergleichsbetrachtung

- Vergleichbare Produktübersichten



– asics.de

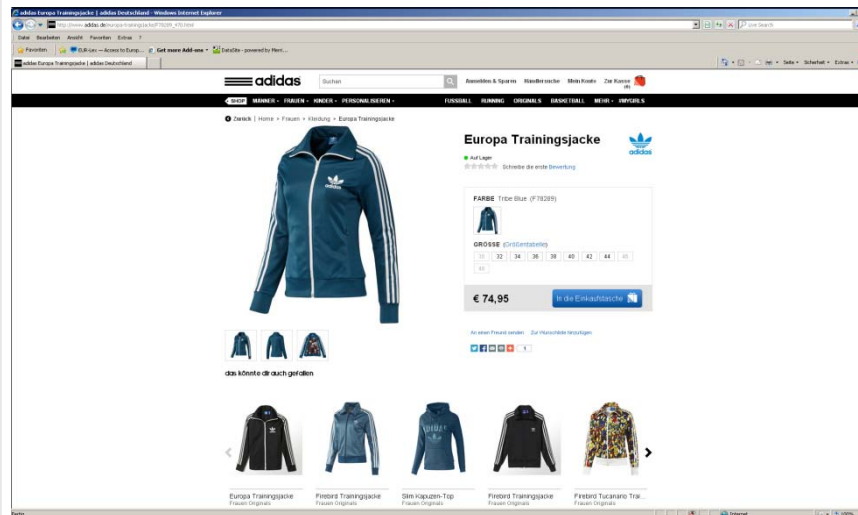


– asics-Schuhe auf Amazon.de

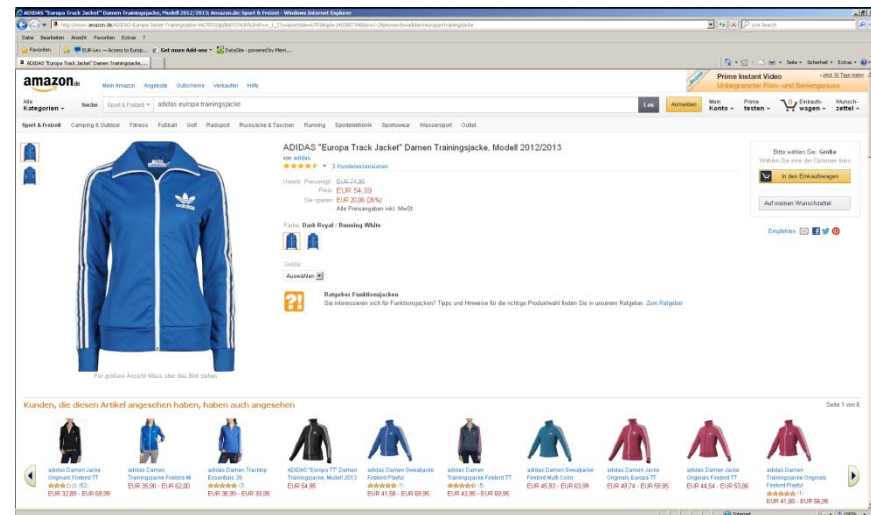
E. Vertriebskanalbezogene Beschränkungen

II. Plattformverbote: Vergleichsbetrachtung

- Vergleichbare Produktpräsentation und Informationstiefe



– adidas Online-Shop

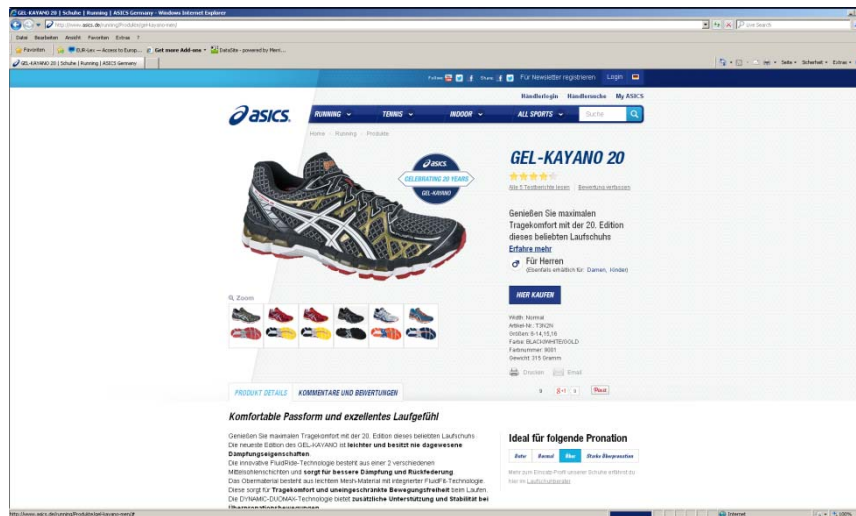


– Amazon.de

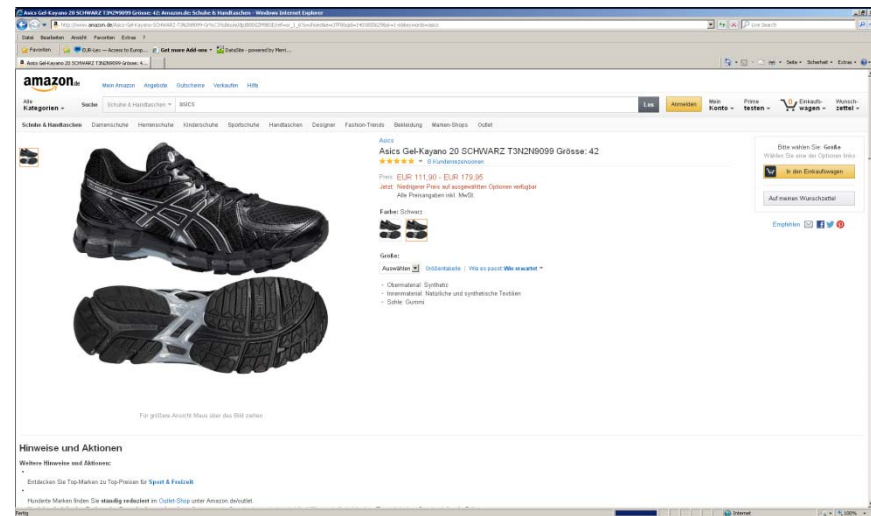
E. Vertriebskanalbezogene Beschränkungen

II. Plattformverbote: Vergleichsbetrachtung

- Vergleichbare Produktpräsentation und Informationstiefe



– asics Online Shop



– Amazon.de

E. Vertriebskanalbezogene Beschränkungen

II. Plattformverbote: Die „Logo-Klausel“

- Beliebtes Gegenargument der Hersteller: „**Logo-Klausel**“ in den Vertikal-Leitlinien der EU-Kommission

„Befindet sich die Website des Händlers z.B. auf der Plattform eines Dritten, könnte der Anbieter verlangen, dass Kunden die Webseite des Händlers nicht über eine Website aufrufen, die den Namen oder das Logo dieser Plattform tragen.“

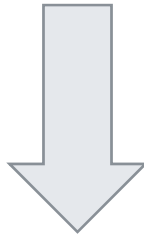
- Aber: EuGH-Entscheidung in Sachen Pierre Fabre

„Das Ziel, den Prestigecharakter zu schützen, kann kein legitimes Ziel zur Beschränkung des Wettbewerbs sein.“

- EuGH-Rspr. zutreffend, insbes. da Logo-Klausel letztlich den Plattformbetrieb insgesamt unterminiert und de facto Verbot des Onlinevertriebs begründet

F. Offene Fragen

Schutz des
Markenimages



Nur technisch komplexe Produkte und
Luxusprodukte („von Kosmetika zu
Sportartikeln“)?

Wer erbringt eigentlich die
Markenleistung?

Lösung des
Trittbrettfahrer-Problems



Wer profitiert von wem?

Daseinsberechtigung des selektiven
Vertriebs?

**Letztlich: Wie weit reicht Effizienzeinwand
(vertriebskanalbezogen oder auch preisbezogen)?**

F. Offene Fragen

Theory of harm bei vertikalen Bindungen?

Ökonomischer Ansatz

Beschränkungen des Intra-brand-Wettbewerbs unbedenklich, wenn ausreichender Inter-brand-Wettbewerb?

Dann wäre Nicht-Marktbeherrscher alles erlaubt, auch Preisbindung

Juristischer Ansatz

Schutz der Preisgestaltungsfreiheit des Handels als Selbstwert

Dann kann fast alles verboten werden (es bleibt Effizienzeinwand, aber Beweislastverteilung)

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Dr. Thorsten Mäger
Rechtsanwalt
- Partner -
Hengeler Mueller
Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB
Benrather Straße 18 - 20
D-40213 Düsseldorf
Tel.: +49 (0)211 8304-463
Mobil: + 49 (0)173 26 700 34
Fax: +49 (0)211 8304-170
E-mail: thorsten.maeger@hengeler.com
www.hengeler.com