

Arne Neubauer: Internetvertrieb im Kartellrecht – Eine kritische Auseinandersetzung mit herstellerseitigen Vertriebsbeschränkungen (Schriften zum Medien-, Urheber- und Wirtschaftsrecht, Band 21) – Frankfurt aM 2015. 200 + XXXIV S., 54,95 €. ISBN 978-3-631-65853-6

Das Internet hat zu einer beispiellosen Steigerung von Transparenz und Schnelligkeit geführt und hat die geographisch relevanten Märkte erheblich ausgedehnt. Der Onlinehandel ist ein wichtiger Distributionskanal geworden, der sowohl den Verkäufern als auch den Käufern große Vorteile bietet. Allerdings existieren auch Nachteile, zumindest werden sie immer wieder geltend gemacht. Einschränkungen des Internetvertriebs gehen einerseits vom Staat, andererseits von privaten Akteuren, insbesondere den Herstellern und Generalimporteuren aus. Was die staatlichen Handelsbeschränkungen betrifft, so war das prominenteste Beispiel die schwedische Alkoholpolitik: Bestellungen alkoholischer Getränke über den Versandhandel einschließlich des Internet waren aus Gründen des Gesundheitsschutzes verboten, bis der Europäische Gerichtshof diese Beschränkung für unvereinbar mit dem Grundsatz des freien Warenverkehrs erklärte. Auch das Verbot des Versandhandels im deutschen Arzneimittelrecht in Bezug auf nicht-verschreibungspflichtige Medikamente und die ungarische Vorschrift, nach der Kontaktlinsen nur in einem stationären Fachgeschäft unter Heranziehung eines Optometristen verkauft werden durften, scheiterten an der Unvereinbarkeit mit diesem Grundsatz.

Die hier besprochene, von *Thomas Hoeren* betreute Dissertation beschäftigt sich mit der wichtigsten Anschlussfrage: Dürfen Hersteller ihren Händlern den (durch staatliche Regulierung nicht ausgeschlossenen) Internetvertrieb untersagen oder zumindest beschränken? *Arne Neubauer* prüft die gängigen Einschränkungen der "Internetfreiheit" am Maßstab des Kartellrechts, wobei er Probleme horizontaler Wettbewerbsbeschränkungen und das Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen ausklammert und das Vertriebskartellrecht in den Mittelpunkt stellt. In der Tat stellen sich hier die praktisch wichtigsten Probleme: Hersteller (und Generalimporteure) versuchen Einfluss auf die Vertriebskanäle ihrer gewerblichen Abnehmer zu nehmen, sei es dass sie sich den Onlinevertrieb gänzlich vorbehalten, oder dass sie Internetverkäufe an bestimmte Bedingungen oder Qualitätsvorgaben knüpfen oder den Vertrieb über bestimmte Fremdplattformen ausschließen. Solche Beschränkungen geraten in Konflikt mit dem Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen im Vertikalverhältnis. Für die "alte" Welt des nicht-elektronischen Handels sind allgemeine Grundsätze entwickelt worden, die Niederschlag in den gesetzlichen Grundlagen gefunden haben, beispielsweise in der EU-Gruppenfreistellungsverordnung über Vertikalvereinbarungen. Die Grundkategorien sind aber kaum an die "neue" Welt des E-Commerce (und des "M-Commerce", also des Vertriebs über mobile Endgeräte) angepasst, auch wenn die Leitlinien der Europäischen Kommission für vertikale Beschränkungen aus dem Jahr 2010 zaghafte Schritte in diese Richtung unternommen haben. Der Verfasser baut seine Untersuchung (angenehm) problemorientiert auf und wendet die überkommenen Grundsätze des Vertriebskartellrechts auf die praktisch wichtigsten Beschränkungen des Internetvertriebs an.

Kapitel 1 betrifft das Totalverbot des Internetvertriebs. Der Verfasser arbeitet heraus, welche Gründe Hersteller dazu veranlassen, ein solches Totalverbot anzuordnen. Im Vordergrund steht der Wunsch, Trittbrettfahrer auszuschließen, die aufgrund reinen Onlinevertriebs niedrigere Kosten als Präsenzhändler haben, aber von deren Marketinganstrengungen und Verkaufsbemühungen profitieren. Hieraus leiten die Hersteller das Bedürfnis ab, den stationären Handel zu schützen und das Markenimage zu verteidigen. Ein haptisches oder olfaktorisches Einkaufserlebnis sei im Internet nicht möglich. Dem hält der Verfasser mit dem

Urteil *Pierre Fabre* des Europäischen Gerichtshofs (2011) entgegen, dass das Ziel, den Prestigecharakter eines Produkts zu schützen, kein legitimes Ziel zur Beschränkung des Wettbewerbs sein könne, jedenfalls nicht auf Tatbestandsebene. Es verhält sich also anders als beim markenrechtlichen Urteil des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache *Copad* (2009), in dem die "luxuriöse Ausstrahlung von Prestigewaren" als relevant für die Reichweite der Erschöpfungswirkung angesehen wurde. Allgemein kritisiert der Verfasser mit überzeugenden Argumenten, dass die traditionelle kartellrechtliche Privilegierung des selektiven Vertriebs, die aus der Zeit des (bis 2004 geltenden) Anmelde- und Genehmigungssystems stammt, nicht zum aktuellen Stand des europäischen Kartellrechts passt. Nicht die Annahme einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung im Fall eines Internet-Totalausschlusses, wie sie vom Gerichtshof in *Pierre Fabre* bestätigt worden ist, sondern die pauschale Herausnahme des selektiven Vertriebs aus dem Tatbestand des Kartellverbots bei Vorliegen der drei *Metro*- bzw. *L'Oréal*-Kriterien sei als formalistisch zurückzuweisen. In Bezug auf das Vorliegen einer Effizienzrechtfertigung ist der Verfasser skeptisch: Imageschutz und Vermeidung von Trittbrettfahren (wenn es überhaupt existiere) könne durch andere Maßnahmen, z.B. selektiven Vertrieb, das Erfordernis eines stationären Geschäfts und Qualitätsanforderungen an den Internetauftritt gewährleistet werden. Eine (zeitlich beschränkte) Ausnahme sei für die Erschließung neuer Märkte anzuerkennen.

In den weiteren Kapiteln untersucht der Verfasser die praktisch wichtigsten Beschränkungen des Internetvertriebs, nämlich Plattformverbote, Brick-Store-Klauseln, Preisparitätsklauseln und Qualitätsanforderungen. Er weist den wettbewerbsbeschränkenden Charakter der meisten dieser Vorgaben nach, so dass sich der Schwerpunkt der Prüfung auf die Frage verlagert, ob ein Rechtfertigungsgrund besteht, nämlich die Vertikalgruppenfreistellungsverordnung greift oder die Voraussetzungen einer Einzelfreistellung erfüllt sind. Die Plattformverbote (z.B. ein "eBay-Verbot" zu Lasten der Händler) werden von den deutschen Gerichten uneinheitlich beurteilt, wobei teilweise groteske Fehleinschätzungen vorkommen, was die Qualität dieser Plattformen betrifft. Überzeugend weist der Verfasser nach, dass kartellrechtlich eine strenge Beurteilung indiziert ist. Plattformverbote unterfielen der schwarzen Klausel in Art. 4 lit. b der Vertikalgruppenfreistellungsverordnung und seien deshalb nur einer Einzelfreistellung zugänglich. In diesem Zusammenhang setzt sich der Verfasser mit Abweichungen zwischen der deutschen und der englischen Fassung der genannten Vorschrift auseinander. Auch wenn angesichts der Gleichwertigkeit aller Amtssprachen der linguistische Beobachtungsraum hätte ausgedehnt werden können, sind die teleologischen Argumente ausschlaggebend und führen den Verfasser zur Annahme einer Kernbeschränkung. Vor diesem Hintergrund überzeugt der von der Europäischen Kommission in den Vertikalleitlinien (unter dem Vorbehalt des "Äquivalenztests") vertretene Standpunkt nicht, wonach der Anbieter verlangen darf, dass Kunden die Website des Händlers nicht über eine Website aufrufen, die den Namen oder das Logo dieser Plattform tragen ("Logoklausel"). Der Verfasser verdient Unterstützung bei seiner Forderung, diese Vorgabe zu streichen. Zu Recht fügt er an, dass die Gerichte schon jetzt großen Spielraum haben, da sie an die Bekanntmachungen der Europäischen Kommission nicht gebunden sind.

Brick-Store-Klauseln erlauben dem Händler den Internetvertrieb, verlangen aber von ihm, dass er gleichzeitig einen physischen Verkaufspunkt unterhält. Häufig werden auch Vorgaben für den Umfang der Offlineverkäufe gemacht. In konsequenter Fortsetzung seiner Kritik am *Metro*-Privileg für den qualitativen selektiven Vertrieb unterwirft der Verfasser auch die Brick-Store-Klauseln einem kartellrechtlichen Rechtfertigungszwang, der aber auch über die Vertikalgruppenfreistellungsverordnung erfüllt werden kann. Der Verfasser begrüßt die grundsätzlich positive Haltung zu solchen Klauseln, da sie das Interesse an einer exklusiven Markenpolitik verteidigen und die Trittbrettfahrerproblematik entschärfen. Prozentuale

Beschränkungen der Online-Verkäufe (z.B. nach Art der "50/50-Klausel) seien aber Kernbeschränkungen, während absolute Umsatzvorgaben für den stationären Verkauf legitim seien, um bloße Alibi-Verkaufsstätten zu verhindern. Um den Missbrauch von Brick-Store-Klauseln zu verhindern, schlägt der Verfasser vor, eine Vorschrift in die Vertikalleitlinien aufzunehmen, die Mengenvorgaben für Offlineverkäufe auf maximal ein Drittel der Gesamtverkäufe beschränkt.

Eine kritische Bewertung erfahren auch Dual-Pricing-Strategien und Preisparitätsklauseln, nämlich unterschiedliche Herstellerpreise je nach Online- oder Offlinevertrieb durch den Händler, bzw. die vertragliche Verpflichtungen des Händlers, elektronisch nicht billiger zu verkaufen als stationär. Hingegen sind qualitative Anforderungen an den Internetvertrieb mit dem Kartellrecht vereinbar, soweit sie nicht übertrieben sind. Eine wichtige Rolle spielt dabei der Äquivalenztest, der Anforderungen an Onlineverkäufe daraufhin überprüft, ob sie den Vorgaben für stationäre Verkäufe gleichwertig sind. Den Abschluss der Arbeit bilden grundsätzliche Überlegungen zu der Unterscheidung zwischen aktiven und passiven Verkäufen und zu den Rechtsfolgen, die hieran nach geltendem Vertriebskartellrecht geknüpft sind (wobei nicht ganz deutlich wird, warum dieser "Allgemeine Teil" nicht der Detailanalyse vorangestellt wurde). Der Verfasser demonstriert die Obsoleszenz der Unterscheidung im Hinblick auf digitale Marketingmöglichkeiten und kritisiert auf binnenmarktrechtlicher Grundlage die (Gruppen-)Freistellung des Verbots aktiver Verkäufe im Exklusivvertrieb. Allenfalls eine zeitlich begrenzte Privilegierung im Wege der Einzelfreistellung sei statthaft. Verordnung und Leitlinien seien entsprechend anzupassen.

Insgesamt ergibt sich folgendes Bild: Einschränkungen des Internetvertriebs vermindern nicht nur die Intensität des Intra- und Interbrandwettbewerbs; sie führen zu einer Schmälerung der Angebotsvielfalt im Internet und zielen häufig darauf, die Preise hochzuhalten. Damit werden den Konsumenten Vorteile des Internet vorenthalten. *Neubauer* setzt sich in seiner übersichtlich gestalteten und auch sprachlich gelungenen Studie mit allen relevanten Argumenten auseinander und legt klare Vorschläge zur Auslegung des geltenden Rechts und zu dessen Änderung vor. Positiv fällt auch der Empiriebezug auf, nämlich die Auswertung der Studien zum Verbraucherverhalten in Bezug auf stationäre und Interneteinkäufe. Schließlich weist der Verfasser stichhaltig darauf hin, dass Einschränkungen des Internetvertriebs dem wichtigen EU-Ziel eines digitalen Binnenmarkts widersprechen. Er gibt einen eindrucksvollen Überblick über die Bewertung der einschlägigen Fragestellungen im Lauf der Zeit und bereitet sowohl die technischen Entwicklungen als auch die Marktgegebenheiten aktuell auf. Auf dieser Grundlage erhebt er überzeugende rechtspolitische Forderungen. Es ist zu wünschen, dass sie Gehör finden.

Prof. Dr. Andreas Heinemann, Universität Zürich