

Per E-Mail: COMP-VBER-REVIEW@ec.europa.eu
European Commission
Place Madou
1210 Saint-Josse-ten-Noode
Belgien

STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT E.V.

www.studienvereinigung-kartellrecht.de

Feldmühleplatz 1
40545 Düsseldorf | Deutschland

Postfach 10 17 43
40008 Düsseldorf | Deutschland

Büroanschrift des Vorsitzenden:
Karl-Scharnagl-Ring 6
80539 München | Deutschland
Tel: +49 89 21667 0
Fax: +49 89 21667 111

ingo.brinker@gleisslutz.com

17. September 2021

Öffentliche Konsultation der Europäischen Kommission zu den Regeln des EU-Kartellrechts für vertikale Vereinbarungen;

Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht zum Entwurf der Vertikal-GVO sowie der Leitlinien zur Vertikal-GVO vom 9. Juli 2021

A. Über die Studienvereinigung

1. Die Studienvereinigung Kartellrecht (Studienvereinigung) ist ein eingetragener Verein deutschen Rechts, dessen Zweck die Förderung von Wissenschaft und Forschung auf dem Gebiet des nationalen, europäischen und internationalen Kartellrechts ist und die mehr als 1300 Rechtsanwälte sowie Wettbewerbsökonominnen aus Deutschland, Österreich und der Schweiz zu ihren Mitgliedern zählt. Die Mitglieder der Studienvereinigung beraten und vertreten häufig Unternehmen im Zusammenhang mit der Anwendung des EU-Kartellrechts auf Liefer- und Vertriebsbeschränkungen und zwar aus unterschiedlichsten Blickwinkeln. Dabei haben sie nicht zu allen Fragen eine einheitliche Meinung. Eine weitgehende Übereinstimmung bestand allerdings zu den nachfolgend aufgeführten Themen.

B. Grundsätzliches

2. Die Studienvereinigung begrüßt die Konsultation der Europäischen Kommission (i.F. **Kommission**) zum Entwurf der neuen Vertikal-GVO (i.F. **VGVO-E**) und der dazugehörigen Leitlinien für vertikale Beschränkungen (i.F. **LL-E**). Nach Ansicht der Studienvereinigung führen die Praxis der umfassenden Konsultation und der Dialog mit der Kommission zu einer effizienteren Rechtssetzung. Die Studienvereinigung schätzt den Willen und die Konsequenz der Kommission, ihre Entwürfe einem echten „Market Assessment“ zu unterziehen und den Input der Marktbeteiligten sowie aus der Wissenschaft und Praxis im Sinne eines echten Dialogs nicht nur entgegenzunehmen, sondern mit ernsthaftem Interesse „zuzuhören“, zu prüfen und entsprechende Änderungen auch langjährig praktizierter Mechanismen zu wagen.
3. So hat die Kommission viele Anregungen der Marktbeteiligten (darunter einige der Studienvereinigung Kartellrecht) in dem neuen Entwurf umgesetzt und dadurch in vielen Aspekten zur Klarheit und Vereinfachung der anzuwendenden Regelungen beigetragen. Die Studienvereinigung befürwortet dabei insbesondere:
 - a. Klarere Aussagen zur Abgrenzung von einseitigen Handlungen zu Vereinbarungen;
 - b. Die Erläuterungen zum Handelsvertretervertrieb – insbesondere bei Handelsvertretern, die für denselben Prinzipal auch als Einzelhändler agieren;
 - c. Den Einbezug dualer Vertriebssituationen in den Anwendungsbereich der VGVO, wenn der Anbieter nicht der Hersteller, sondern der Einführer (i.F. **Importeur**)¹ ist; allerdings geht dies mit der gleichzeitigen Beschränkung des personellen Anwendungsbereichs der VGVO an anderer Stelle einher, sodass die Anpassungen im „personellen“ Anwendungsbereich der Freistellung (Hersteller/Importeur/Großhändler/Einzelhändler) zu nicht konsistenten Ergebnissen führen;

¹ Die Studienvereinigung spricht sich für den in Sprachgebrauch üblicheren Begriff Importeur aus – der allerdings in der Verordnung definiert werden sollte.

- d. Die Berücksichtigung sogenannter Fullfillment-Contracts als nicht der Kernbeschränkung unterfallend; allerdings ist die Studienvereinigung Kartellrecht der Ansicht, dass die Bandbreite der Fullfillment Contracts, für die das gelten soll, noch zu eng definiert ist;
 - e. Die Berücksichtigung der seit 2010 ergangenen Rechtsprechung des EuGH zu Art. 4 lit. b) VGVO (*Pierre Fabre*-, *Coty*-, *Jaguar-Landrover* - Rechtsprechung);
 - f. Die Umstrukturierung der Kernbeschränkungen, soweit sie Kundenkreisbeschränkungen betreffen; insbesondere verbesserte Übersichtlichkeit der Kundenbeschränkung durch Unterteilung in Alleinvertrieb, selektiven Vertrieb, freien Vertrieb und verbesserten Schutz der Vertriebsysteme;
 - g. Die Aussage, dass ein Dual Pricing nicht zwingend eine Kernbeschränkung darstellt;
 - h. Die Aufgabe des strikten Äquivalenzprinzips bei den Kriterien für den Online- und den Offline-Vertrieb, soweit dies auf den tatsächlichen Unterschieden in den beiden Vertriebskanälen beruht;
 - i. Die Berücksichtigung des Umstandes, dass eine mit angemessener Frist kündbare Vereinbarung eines Wettbewerbsverbots auch über die Dauer von 5 Jahren hinaus in den Anwendungsbereich der VGVO fällt.
4. Die Umstrukturierung der Leitlinien zur VGVO und die Zusammenfassung von Themenblöcken erscheinen in der Sache sinnvoll, erschweren allerdings den historischen Vergleich zur Vorgängerfassung in dem für die Kommentierung einer so umfassenden Veränderung vergleichsweise kurzen Zeitraum. Vor diesem Hintergrund liegt der Fokus der nachfolgenden Ausführungen auf dem Anwendungsbereich der VGVO.
5. Die Studienvereinigung erkennt, dass der LL-E gegenüber den existierenden Leitlinien erheblich an Umfang zugenommen hat. Das ist insbesondere den umfassenden ökonomischen Betrachtungen von Fällen außerhalb des Anwendungsbereichs der VGVO geschuldet. Es wird sich erst zeigen müssen, ob diese Ausführungen dem Rechtsanwender eine maßgebliche Hilfe in der täglichen Praxis sein werden. Bedenklich erscheint demgegenüber, dass es dem VGVO-E

und dem LL-E mitunter an einer klaren begrifflichen Stringenz fehlt, soweit es um wesentliche Kernbegriffe geht, die für den Rechtsanwender von großer Bedeutung sind. Das gilt jedenfalls für die Begriffe und Begrifflichkeiten Endverbraucher, Endkunde, Großhändler, Händler, "*Handelsvertreter im Sinne des Artikels 101 Abs. 1 AEUV*" / "*für die Zwecke des Artikels 101 Abs. 1 AEUV nicht als Handelsvertretervertrag*", Weiterverwendung, Reparaturbetriebe, Reparatur und Wartung. Zum Teil mag die begriffliche Inkonsistenz mit der Übersetzung der Dokumente in verschiedene Sprachen zusammenhängen. Die Studienvereinigung Kartellrecht kann sich aber auch nicht des Eindrucks erwehren, dass die Bedeutung der begrifflichen Stringenz für die Rechtsanwendung bisher unterschätzt worden sein könnte. Beispielsweise bleibt im Zusammenhang mit dem dualen Vertrieb unklar, wie ein Einzelhändler von einem Großhändler abzugrenzen ist, wenn z.B. der Einzelhändler Teil eines selektiven Vertriebssystems ist und von seinem Recht zur (Quer-)Belieferung anderer autorisierter Händler Gebrauch macht. Ab welchem Umfang ein solcher Parallelhandel zum Großhandel wird und sich damit mit dem Großhandel des Herstellers oder Importeurs überschneidet, wird nicht erörtert. Unklar bleibt auch, unter welchen Umständen bei einer Weiterverwendung eines Produktes ein „*Endverbrauch*“ vorliegt und wann nicht, bzw. wer „*Endverbraucher*“ ist. Diese Abgrenzung ist entscheidend, denn der Verkauf an Endverbraucher darf in einem selektiven Vertriebssystem nicht ausgeschlossen werden. Demgegenüber muss der Verkauf an nicht autorisierte Händler verboten sein. Im Einzelfall kann sich die Frage stellen, ob ein Abnehmer, der die Vertragsprodukte weiterverwendet und dann weiterverkauft, wegen der Erheblichkeit der Veränderungen des Produktes ein Endverbraucher ist oder ob die Veränderung so geringfügig ist, dass der Weiterverkauf einen nicht autorisierten Weiterverkauf darstellt. Dementsprechend stellt sich z.B. die Frage, ob ein Abnehmer, der Ersatzteile zur Reparatur und Wartung bezieht und diese auf der Rechnung gegenüber seinen Kunden gesondert ausweist, diese Ersatzteile als Endverbraucher einsetzt oder als Wiederverkäufer an seine Kunden vertreibt. Die Studienvereinigung regt vor diesem Hintergrund an, weitere Begriffsbestimmungen in Art. 1 VGVO aufzunehmen oder sich jedenfalls damit in den Leitlinien näher zu beschäftigen und diese dann auch in den Leitlinien in der gleichen Konsistenz durchgehend zu verwenden. Es wäre des Weiteren zu begrüßen, wenn die Begriffe Anbieter und Abnehmer nicht nur in ihrer „Erweiterung“ über den Wortsinn hinaus auf die

konkret definierten Marktteilnehmer („Anbieter schließt Unternehmen ein, die ...“/“Abnehmer schließt Unternehmen ein, die ...“) definiert werden würden, sondern auch in der Grundkonstellation, die vom VGVO-E nur vorausgesetzt, aber nicht definiert wird.

6. Die Studienvereinigung Kartellrecht kann zwar die Wahrnehmung der Kommission bestätigen, wonach die Häufigkeit, mit der Situationen des dualen Vertriebs zu beobachten sind, während der Geltungsdauer der VGVO 2010 deutlich zugenommen hat. Sie teilt den Ansatz der Kommission, den dualen Vertrieb zu weiten Teilen de facto aus dem Anwendungsbereich der VGVO auszunehmen, aber nicht. Denn die steigende Bedeutung des dualen Vertriebs ist zuallererst durch die Möglichkeiten des Direktvertriebs von Herstellern infolge der Möglichkeiten des Online-Vertriebs und einem gewandelten Verbraucherverhalten bedingt, wobei gleichzeitig die Entwicklung des Direktvertriebs vertriebliche Strukturen mit unabhängigen Absatzmittlern in aller Regel nicht überflüssig macht. Nach wie vor besteht ein erhebliches Interesse der – in völlig unterschiedlichem Umfang auf den Endkundenmärkten operierenden – Hersteller und ihrer Vertriebspartner an einem *safe harbour* für die Organisation der Vertriebssysteme, einschließlich des damit verbundenen, für die Erzielung erheblicher wettbewerblicher Effizienzen schlicht notwendigen Informationsaustauschs im Vertikalverhältnis.
7. Daneben besteht aus Sicht der Studienvereinigung Kartellrecht keine Veranlassung für die Einführung der den Informationsaustausch betreffenden zweiten Marktanteilsgrenze von 10 %. Des Weiteren ist der Verweis auf die Regeln des Informationsaustauschs in den horizontalen Leitlinien unzureichend und berücksichtigt nicht die Effizienzen, die einer Vertriebsbeziehung innewohnen. Schließlich ist die Studienvereinigung Kartellrecht zwar der Auffassung, dass bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen im Hinblick auf das Horizontalverhältnis der Dualvertriebsparteien in aller Regel nicht die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllen und daher nicht von der Gruppenfreistellung partizipieren können; gleichwohl erscheint aus Sicht der Studienvereinigung zur Vermeidung zumindest von erheblichen Anwendungsunsicherheiten eine klarstellende Anpassung von Art. 2 Abs. 6 VGVO-E dringend geboten.

8. Der VGVO-E und LL-E versuchen, der gestiegenen Bedeutung des Online-Vertriebs und der in diesem Rahmen agierenden Plattformen Rechnung zu tragen. Es ist zwar nachvollziehbar, die Vermittlungsleistung der Plattformen als eigenständiges Angebot anzusehen. Weniger naheliegend erscheint es allerdings, die Vertriebskette für das Vertragsprodukt/die Vertragsdienstleistung, für die die Plattform in der Sache nach wie vor die Funktion eines Abnehmers – vergleichbar der in Art. 1 lit j) beschriebenen – einnehmen dürfte, dabei im Ergebnis wohl vollständig auszublenden. Insgesamt erscheint das Konzept, die Plattformen entgegen der Historie und entgegen des natürlichen Wortverständnisses als Anbieter auch für die Vertragsdienstleistungen anzusehen, ein Systembruch zu sein, der dem Rechtsanwender nur schwer verständlich zu machen sein wird. Die unterschiedliche Behandlung verschiedener Vermittlungsleistungen erscheint systematisch nicht stimmig. Die Studienvereinigung ist daher der Ansicht, dass die von der Kommission beabsichtigten Ergebnisse auf andere Art erzielt werden könnten, die sich besser in die Systematik und das Wortverständnis einfügt. Sollte es bei der bestehenden Systematik verbleiben, so müsste klargestellt werden, dass Parititätsverpflichtungen auch bei Plattformen nicht in den Anwendungsbereich des Art. 4 lit. a) VGVO fallen.
9. Nach Wahrnehmung der Studienvereinigung Kartellrecht besteht die Gefahr, dass die die Plattformindustrie, die ein wesentlicher Motor der Digitalisierung und des Online-Vertriebs war und ist, nun zu stark für etwaige „falsch positiven“ Ergebnisse verantwortlich gemacht wird, so dass die vorgeschlagenen Regelungen jedenfalls in ihrer Gesamtheit zu falsch negativen Ergebnissen führen dürften. Schließlich ist die Plattformindustrie nicht auf die ganz großen Plattformen beschränkt. Der teilweise Gleichlauf mit dem DMA-Entwurf (*DMA-E*) rechtfertigt eine gleichermaßen strenge Behandlung aller Plattformen nach Ansicht der Studienvereinigung nicht. Denn der DMA-E gilt eben nicht für alle Plattformen, sondern nur für solche mit einer erheblichen Marktpräsenz. Die strengen Neuregelungen dürften dabei die Transaktionskosten auch der ihre Leistungen über solche Plattformen absetzenden Mittelständler erhöhen. Sie droht, auch Fehlreize zu setzen. Wenn z.B. hybride Plattformen unabhängig von den Auswirkungen im konkreten Fall und unabhängig von der Marktstärke gänzlich aus dem Anwendungsbereich der VGVO herausgenommen werden sollen, dürften negative Auswirkungen auf den Wettbewerb der Plattformen untereinander zu

befürchten sein. Klassische Retailer mit einem kleinen Plattformangebot werden es sich zukünftig zweimal überlegen, ob sie (noch) bereit sind, ihr Plattformgeschäft (weiterhin) für Dritte zu öffnen, wenn dies mit dem Verlust der Gruppenfreistellung für ihr gesamtes Retail-Geschäft einhergehen wird.

C. Stellungnahme

Inhaltsverzeichnis

A.	Über die Studienvereinigung.....	1
B.	Grundsätzliches	2
C.	Stellungnahme.....	7
	I. Zum Begriff der Vereinbarung	9
	II. Dualer Vertrieb (Art. 2 Abs. 4-7 VGVO-E)	9
	1. Grundsätzliche wettbewerbsökonomische Einstufung.....	9
	2. Anpassungen im „personellen“ Anwendungsbereich.....	12
	a) Berücksichtigung der Großhandels- / Importeurebene auf der Anbieterseite	12
	b) Fehlende Berücksichtigung der Großhandels- / Importeurebene auf der Abnehmerseite	13
	3. Kombinierte Marktanteilsschwelle von 10 % auf dem Endkundenmarkt	15
	a) Risiko falsch negativer Ergebnisse.....	15
	b) Informationsaustausch im dualen Vertrieb	17
	4. Bezweckte horizontale Wettbewerbsbeschränkungen.....	19
	5. Darstellung der Freistellungssystematik (Rn. 87, 90 LL-E).....	22
	6. Ausschluss hybrider Plattformen (Art. 2 Abs. 7 VGVO-E).....	23
	III. Handelsvertreterverträge	26
	1. Präzisierung des Begriffs „Unbedeutende Risiken“	26
	2. Präzisierung der Rn. 34 bis 38	27
	3. Anwendung der V-GVO auf den Handelsvertreter, der in den Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 1 AEUV fällt	30
	IV. Vertikale Preisbindung	31

1.	Mindestpreisrichtlinien.....	31
2.	Fullfillment Contracts / Erfüllungsverträge	34
3.	Preisbindungsverbot bei Einbindung digitaler Plattformen	37
4.	Effizienzen bei Preisbindungen (Rn. 182 des LL-E).....	37
V.	Beschränkung der Kundengruppe/ des Gebiets	39
1.	Abgrenzung aktiver Verkäufe von passiven Verkäufen.....	40
2.	Definition der Kundengruppe/Verwendungsbeschränkungen.....	41
3.	Beschränkung von Vertriebskanälen und Werbekanälen	42
4.	Alleinvertrieb als ausnahmsweise erlaubte Kundenbeschränkung	43
a)	Geteilter Alleinvertrieb.....	44
b)	Selektiver Vertrieb neben Alleinvertrieb	45
c)	Verwendung von Ersatzteilen als Bauteilen	46
5.	Selektiver Vertrieb als ausnahmsweise erlaubte Kundenbeschränkung	47
a)	Unterscheidung quantitativ/qualitativ, insbesondere Mindestumsatz.....	47
b)	Begriff „Endverbraucher“.....	48
c)	Mindestbezug und Parallelhandel.....	50
d)	Beschränkung großhandelsmäßiger Querlieferungen	50
e)	Vereinzelte Ablehnung von Petenten	51
f)	Quantitative Selektion und Marktanteile über 30 %	51
6.	Kundenbeschränkungen außerhalb des Alleinvertriebs und des selektiven Vertriebs (freier Vertrieb)	52
VI.	Regelungen betreffend die digitalen Plattformen	52
1.	Plattformen als Anbieter.....	52
2.	Ausschluss des Handelsvertreterstatus (Rn. 44 LL-E).....	57
3.	Schnittstellen zum DSA/DMA.....	59
4.	Paritätsklauseln	60
VII.	Wettbewerbsverbote	63
1.	Wettbewerbsverbote mit einer Dauer von über 5 Jahren	63
2.	Nachvertragliche Beschränkungen zu Lasten des Abnehmers	64
VIII.	Nachhaltigkeit.....	64

IX. Softwarevertriebslizenzen bei Urheberrechten / Technologieneutralität (Rn. 70 und 78 LL-E)	66
--	----

I. Zum Begriff der Vereinbarung

10. Die Studienvereinigung Kartellecht begrüßt die Klarstellung in dem LL-E, wonach die Einrichtung eines Überwachungssystems eine einseitige Handlung ist, die für sich keine Vereinbarung begründen kann. Dies ergibt sich zum einen aus Rn. 52 LL-E – in der das Überwachungssystem nicht mehr als Komponente einer Vereinbarung genannt ist – als auch ausdrücklich aus Rn. 175 S. 2 LL-E sowie Rn. 176 S. 2 LL-E. Die Klarstellung droht allerdings in gewissem Maße verwässert zu werden, wenn Rn. 189 ohne eine derartige Klarstellung darauf abstellt, dass einseitige Maßnahmen „*die den Händler dazu bringen sollen, nicht an solche Kunden zu verkaufen*“, eine Kernbeschränkung darstellen können, z.B. die Androhung einer Kündigung oder die Verweigerung und auch Reduzierung von Prämien. Diese einseitigen Maßnahmen sind für sich gesehen nach wie vor keine Vereinbarungen und können damit auch keine Kernbeschränkung darstellen. Erst wenn der Händler sich dem Druck beugt, kommt eine Vereinbarung und somit eine Kernbeschränkung zustande. Insofern bedarf es in Rn. 189 LL-E einer dahingehenden Klarstellung.

II. Dualer Vertrieb (Art. 2 Abs. 4-7 VGVO-E)

11. Im Bereich des zweigleisigen Vertriebs (i.F. **dualen Vertriebs**) sieht der VGVO-E für die Praxis weitreichende und insbesondere deutlich strengere Regeln als die bisherige VO 330/2010 (i.F. **VGVO 2010**) für entsprechende Vertriebssysteme vor.

1. Grundsätzliche wettbewerbsökonomische Einstufung

12. Die Kommission geht davon aus, dass das bisherige System der Gruppenfreistellung des dualen Vertriebs nach dem Maßstab des Art. 2 Abs. 4 Satz 2 lit. a) und b) VGVO 2010 in Teilen zu „falsch positiven“ Ergebnissen geführt habe. Dies

bedeutet, dass wettbewerbliche Konstellationen von der Gruppenfreistellung erfasst waren, für die aus Sicht der Kommission nicht mit hinreichender Sicherheit davon auszugehen ist, dass die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV vorliegen. Angesichts der deutlichen Zunahme dualer Vertriebssituationen könnten diese falsch positiven Ergebnisse nicht mehr ignoriert werden.

13. Die vorstehenden Erwägungen haben die Kommission dazu veranlasst, im VGVO-E den Freistellungsrahmen für Konstellationen des dualen Vertriebs in mehrfacher Hinsicht anzupassen:
14. Der personelle Anwendungsbereich der in der Gruppenfreistellung zu berücksichtigenden Wirtschaftsteilnehmer (Hersteller, Importeur, Groß- und Einzelhändler) soll angepasst werden.
15. Darüber hinaus soll eine zweite Marktanteilsschwelle von 10 % auf dem Einzelhandelsmarkt eingeführt werden (Art. 2 Abs. 4 Satz 2 lit. a) und b) VGVO-E). Ist diese Schwelle, nicht aber die generelle doppelte Marktanteilsgrenze nach Art. 3 Abs. 1 VGVO-E überschritten, gilt die Freistellung für „alle Aspekte“ der nicht-gegenseitigen vertikalen Vereinbarung (Art. 2 Abs. 4 VGVO-E), jedoch mit Ausnahme des Informationsaustauschs zwischen den Parteien. Bezüglich des Informationsaustauschs verweist Art. 2 Abs. 5 Satz 2 VGVO-E ausdrücklich auf die Vorschriften über horizontale Vereinbarungen.
16. Schließlich gilt für alle vertikalen Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern die Einschränkung nach Art. 2 Abs. 6 VGVO-E, wonach Vereinbarungen, die „eine Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den miteinander konkurrierenden Anbietern und Abnehmern“ bezwecken, nicht gruppenfreigestellt sind.
17. Die Studienvereinigung Kartellrecht kann zwar die Wahrnehmung der Kommission bestätigen, wonach die Häufigkeit, mit der Situationen des dualen Vertriebs zu beobachten sind, während der Geltungsdauer der VGVO 2010 deutlich zugenommen hat. Dieser Zuwachs ist zuallererst durch die Möglichkeiten des Direktvertriebs von Herstellern infolge der Möglichkeiten des Online-Vertriebs und ein gewandeltes Verbraucherverhalten bedingt. Das gewandelte Verbraucherverhalten ist aber auch auf die Entwicklung des Binnenmarktes zurückzu-

führen: Gewerbliche wie private Endkunden beziehen mit zunehmender Selbstverständlichkeit Waren und Dienstleistungen auch von Anbietern aus anderen Mitgliedstaaten.

18. Gleichzeitig hat nach der Wahrnehmung der Studienvereinigung Kartellrecht die Entwicklung des Direktvertriebs vertriebliche Strukturen unter Einschluss unabhängiger Absatzmittler in aller Regel nicht überflüssig gemacht. Nach wie vor besteht ein erhebliches Interesse der – in völlig unterschiedlichem Umfang auf den Endkundenmärkten operierenden – Hersteller und ihrer Vertriebspartner an einem „safe harbour“ für die Organisation der Vertriebssysteme, einschließlich des damit notwendigerweise verbundenen Informationsaustauschs im Vertikalverhältnis. Das gilt auch für mehrstufige Vertriebssysteme, die nach dem Entwurf aus dem Anwendungsbereich der VGVO fallen.
19. Nach wie vor besteht auch ein erhebliches, wettbewerblich anzuerkennendes Interesse der nicht auf Endkundenmärkten, sondern in vorgelagerten Marktstufen operierenden Industrien und Großhändlern, parallel zum Direktvertrieb mit unabhängigen Vertriebspartnern (Groß- und Einzelhändlern) zusammenzuarbeiten und hier auf eine Safe Harbour Regelung zurückgreifen zu können. Eine Beschränkung der Safe Harbour Regelung auf ausschließlich im Endkundenmarkt operierende Marktteilnehmer hätte gravierende nachteilige Auswirkungen für die verarbeitende Industrie, die bei der Gestaltung ihrer Vertriebssysteme und dem Einsatz von Vertriebspartnern parallel zu ihrer eigenen, bisweilen nur recht wenige Kundenverbindungen umfassenden Absatztätigkeit mit einer erheblichen Rechtsunsicherheit konfrontiert wäre (zur Notwendigkeit begrifflicher Stringenz schon oben B. 5.).
20. Aus Sicht der Studienvereinigung Kartellrecht führen die Anpassungen im „personellen“ Anwendungsbereich der Freistellung (Hersteller/Importeur/Großhändler/Einzelhändler) zu nicht konsistenten Ergebnissen und einer deutlichen Einschränkung des Anwendungsbereichs der VGVO (hierzu unten, **Abschnitt 2.**). Daneben besteht aus Sicht der Studienvereinigung Kartellrecht keine Veranlassung für die Einführung der den Informationsaustausch betreffenden zweiten Marktanteilsgrenze von 10 % (hierzu unten, **Abschnitt 3.**). Ferner ist die Studienvereinigung Kartellrecht zwar der Auffassung, dass bezweckte Wett-

bewerbsbeschränkungen im Hinblick auf das Horizontalverhältnis der Dualvertriebsparteien in aller Regel nicht die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllen und daher nicht von der Gruppenfreistellung partizipieren können; gleichwohl erscheint aus Sicht der Studienvereinigung zur Vermeidung zumindest von erheblichen Anwendungsunsicherheiten eine klarstellende Anpassung von Art. 2 Abs. 6 VGVO-E dringend geboten (hierzu unten, **Abschnitt 4.**). Darüber hinaus schlägt die Studienvereinigung Kartellrecht vor, die Ausführungen in Rn. 87 und 90 LL-E zu überarbeiten und analog auszugestalten (hierzu unten, **Abschnitt 5.**). Schließlich erscheint es aus Sicht der Studienvereinigung Kartellrecht fragwürdig, hybriden Plattformen nach Art. 2 Abs. 7 VGVO-E unabhängig von Marktanteilen und unabhängig davon, ob die Kunden der Einzelhandelstätigkeit überhaupt gleichzeitig Kunden der Hybridplattform sind, den Safe Harbour der Gruppenfreistellung zu versagen (hierzu unten, **Abschnitt 6.**).

2. Anpassungen im „personellen“ Anwendungsbereich

21. Die Anpassungen im personellen Anwendungsbereich der Freistellung für Konstellationen des dualen Vertriebs nach Art. 2 Abs. 4 Satz 2 lit. a) und b) VGVO-E (Hersteller/Importeur/Großhändler/Einzelhändler) führen nach Ansicht der Studienvereinigung Kartellrecht zu nicht konsistenten Ergebnissen und würden eine erhebliche Rechtsunsicherheit für weite Teile der Industrie und des Handels mit sich bringen.
 - a) Berücksichtigung der Großhandels- / Importeurebene auf der Anbieterseite
22. Positiv zu bewerten ist die grundsätzliche Ausweitung des Anwendungsbereichs von Art. 2 Abs. 4 Satz 2 lit. a) VGVO-E auf Großhändler und Importeure als Anbieter von Waren. Der bisherige Wortlaut des Art. 2 Abs. 4 Satz 2 VGVO 2010 gewährleistete lediglich die Freistellung im Verhältnis zwischen Hersteller und dem jeweiligen Händler. Die Regelung erschwerte somit den Aufbau eines Vertriebsnetzes durch Großhändler und/oder Importeure. Redaktionell angepasst werden müsste allerdings Rn. 88 LL-E. Demnach greift die Ausnahme nach Art. 2 Abs. 4 Satz 2 lit. a) VGVO-E nämlich bislang nur, wenn der Abnehmer „Händler und kein Wettbewerber des Herstellers auf der vorgelagerten Stufe“ ist. Diese Aussage stimmt mit Art. 2 Abs. 4 Satz 2 lit. a) VGVO-E nicht überein,

da sie die nach dem VGVO-E freistellungsfähige Situation, in welcher der Anbieter Großhändler oder Importeur ist, nicht umfasst.

b) Fehlende Berücksichtigung der Großhandels- / Importeurebene auf der Abnehmerseite

23. Negativ fällt aus Sicht der Studienvereinigung zudem auf, dass nach dem Wortlaut des Art. 2 Abs. 4 Satz 2 lit. a) VGVO-E lediglich der Verkauf des Herstellers, Großhändlers bzw. Importeurs an die Retailebene vom Anwendungsbereich umfasst bleibt. Der vorgelagerte Verkauf des Herstellers an den Großhändler bzw. Importeur fällt nach dem vorgeschlagenen Wortlaut nun allerdings gerade nicht mehr in den Anwendungsbereich des VGVO-E. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des Art. 2 Abs. 4 Satz 2 lit. a) VGVO-E im Hinblick auf die Formulierung, wonach der Abnehmer „kein Wettbewerber im Bereich der Herstellung, des Großhandels oder der Einfuhr“ sein darf und die Marktanteilsschwelle sich ausschließlich auf den Einzelhandelsmarkt bezieht. Nach der VGVO 2010 spielte es für die Einstufung als „Händler“ keine Rolle, ob dieser auf der Großhandels- und/oder Einzelhandelsebene tätig war. Vielmehr kam es nur darauf an, dass es sich beim Anbieter um einen „auf verschiedenen Wirtschaftsstufen integrieren oder integrationsfähigen Hersteller“ handelte (vgl. Kirchhoff/Seeliger, in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 4. Auflage 2020, § 11 Rn. 124). Damit war bislang unerheblich, ob der Hersteller mit dem Händler auf der Großhandels- und/oder Einzelhandelsstufe in Konkurrenz trat. Der Wortlaut der VGVO-E sowie Rn. 86 des LL-E würden, sofern die Regelung tatsächlich so verabschiedet würde, ein derartiges Verständnis nicht mehr zulassen. Zudem entstünde eine erhebliche Rechtsunsicherheit unter anderem im Fall der Weiterverarbeitung von Zwischenprodukten im B2B Bereich. In derartigen Konstellationen steht auf der Anbieterseite ein Hersteller eines Zwischenprodukts, der dieses nicht nur über Zwischenhändler, sondern auch direkt an Weiterverarbeiter verkauft. Auf der Abnehmerseite steht ein Händler, der kein Wettbewerber auf der Ebene der Herstellung des Zwischenprodukts ist, sondern dieses lediglich an die Weiterverarbeiter verkauft, die die Produkte letztlich zu anderen Zwischenprodukten oder Endprodukten weiterverarbeiten. Diese Konstellationen waren unter der bisherigen Regelung ebenfalls erfasst. Nach der vorgeschlagenen Neuregelung und deren Bezugnahme auf den kombinierten Marktanteil im relevanten Einzelhandelsmarkt würden sich Zweifel ergeben, ob der Verkauf an den

Weiterverarbeiter als Einzelhandelstätigkeit im Sinne der VGVO bzw. als Tätigkeit auf dem „Endkundenmarkt“ im Sinn von Rn. 86 LL-E angesehen werden kann, ob also derartige Konstellationen überhaupt noch von der Safe Harbour Regelung profitieren können.

24. Ist ein Hersteller zugleich als Großhändler tätig und befindet er sich demnach im Wettbewerb zu den mit ihm vertraglich verbundenen Großhändlern, fallen die Vereinbarungen zwischen Hersteller und Großhändler nach dem Wortlaut des Art. 2 Abs. 4 Satz 2 lit. a) VGVO-E nicht in den Anwendungsbereich der Gruppenfreistellung. Die in der VGVO-E vorgesehene Gruppenfreistellung für den dualen Vertrieb von Waren beschränkt sich damit ausschließlich auf die parallele Einzelhandelstätigkeit von Herstellern, Großhändlern und Importeuren. Duale Vertriebsverhältnisse Hersteller – Importeur bzw. Hersteller/Importeur – Großhändler mit Konkurrenzverhältnissen auf der Importeurs- bzw. Großhandelsebene wären dagegen nicht (mehr) vom Anwendungsbereich der VGVO erfasst. Hierdurch käme es zu einer deutlichen Erschwernis für die Gestaltung mehrstufiger Vertriebssysteme. Zahlreiche mehrstufige Vertriebssysteme wären auf die mit erheblichen Rechtsunsicherheiten behaftete Einzelfreistellung vom Kartellverbot verwiesen.
25. Die Studienvereinigung Kartellrecht spricht sich daher klar dafür aus, Art. 2 Abs. 4 Satz 2 lit. a) VGVO-E dahingehend zu ändern, dass der duale Vertrieb auf allen Handelsstufen und auch im mehrstufigen Vertrieb in den Anwendungsbereich der Gruppenfreistellung fällt. Alles andere würde zu einer aus Sicht der Studienvereinigung nicht zu rechtfertigenden Verengung des Anwendungsbereichs des Art. 2 Abs. 4 Satz 2 VGVO-E führen.
26. Darüber hinaus wäre mehr Klarheit bei der Bestimmung der Herstellereigenschaft wünschenswert. Es gilt als Hersteller, wer „*im eigenen Unternehmen*“ Waren unter seinem Markennamen herstellt. Nicht Hersteller ist, wer Spezifikationen an einen Dritten herausgibt und „*Eigenmarken*“ von Dritten herstellen lässt. Angesichts der häufig arbeitsteiligen Entwicklung von Produkten und der hohen Bedeutung des Konzepts der "verlängerten Werkbank" wird dies der Realität vielfach nicht gerecht werden. Viele Markenhersteller dürften dann im Ergebnis nicht als Hersteller gelten und es stellt sich die Frage, ob dabei – insb.

im Fall technisch komplexer Produkte – der Schwerpunkt der Wertschöpfung richtig berücksichtigt wird (Entwicklungstätigkeit, Forschung, Design, etc.).

3. Kombinierte Marktanteilsschwelle von 10 % auf dem Endkundenmarkt

27. Eine vollumfängliche Freistellung des Verhältnisses zwischen Herstellern/Importeuren/Großhändlern und ihren Einzelhändlern soll nach der VGVO-E im Falle eines dualen Vertriebs nur noch möglich sein, wenn der gemeinsame Marktanteil beider Parteien auf der Einzelhandelsebene zusammen nicht mehr als 10 % beträgt (Art. 2 Abs. 4 VGVO-E). Liegt ihr kombinierter Marktanteil bei mehr als 10 %, aber bei nicht mehr als jeweils 30 % gemäß Art. 3 Abs. 1 VGVO-E, soll nur noch eine eingeschränkte Freistellung gewährt werden. Fälle des Informationsaustauschs zwischen den betreffenden Unternehmen sollen dann entsprechend den Vorschriften für horizontale Vereinbarungen beurteilt werden (Art. 2 Abs. 5 VGVO-E).

a) Risiko falsch negativer Ergebnisse

28. Die auf den kombinierten Marktanteil der Vereinbarungsparteien auf dem Einzelhandelsmarkt bezogene Marktanteilsschwelle nach Art. 2 Abs. 4 Satz 2 lit. a) und b) VGVO-E kann aus Sicht der Studienvereinigung Kartellrecht zu „falsch negativen“ Ergebnissen führen und damit die vertriebliche Zusammenarbeit von Marktteilnehmern spürbar erschweren, ohne dabei einen effizienten Schutz des Wettbewerbs vor den Risiken einer Kollusion zu gewährleisten, die aus Sicht der Kommission mit dem Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern üblicherweise verbunden sind: Verfügt etwa ein Vertriebspartner über einen Anteil von mehr als 10 % am Endkundenmarkt, wohingegen der Hersteller lediglich gelegentliche Direktlieferungen unternimmt, welche ihm lediglich einen marginalen Marktanteil von weniger als 0,5 % verschaffen, ist das Risiko einer Beschränkung insbesondere des Intra-brand-Wettbewerbs durch einen Informationsaustausch nicht höher einzustufen als in einer Dualvertriebsituation, in welcher der Hersteller und sein Vertriebspartner auf dem Endkundenmarkt über einen Anteil von jeweils knapp unter 5 % verfügen.

29. Aus Sicht der Studienvereinigung Kartellrecht birgt die auf einen kombinierten Marktanteil abstellende zweite Marktanteilschwelle von 10 % auf dem Endkundenmarkt damit das erhebliche Risiko, falsch negative Ergebnisse zu produzieren. Dieses Risiko wird auch nicht dadurch kompensiert, dass der Informationsaustausch oberhalb der Marktanteilschwelle von 10 % nach den „Vorschriften für horizontale Vereinbarungen“ (so der Verweis in Art. 2 Abs. 5 Satz 2 VGVO-E) bzw. konkreter nach den Horizontalleitlinien (so der Verweis in Rn. 90 (d) LL-E) zu beurteilen ist: Die Horizontalleitlinien sind für mitgliedstaatliche Gerichte und Behörden nicht verbindlich. Zudem ist ihre Anwendung gerade in Bezug auf den Informationsaustausch recht diffizil.
30. Letztendlich überzeugt auch der vermeintliche Gleichlauf mit den Schwellen der *de-minimis* Bekanntmachung in der Sache nicht. Denn es greifen unterschiedliche Bewertungen zwischen *de-minimis* und einer Beurteilung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV. Im Fall der *de-minimis* Ausnahme geht man davon aus, dass Vereinbarungen, die geeignet sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs im Binnenmarkt zu bewirken, den Wettbewerb im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV schon gar nicht spürbar beschränken, wenn der von den an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen insgesamt gehaltene Marktanteil auf keinem der von der Vereinbarung betroffenen Märkte 10 % überschreitet. Handelt es sich nicht um Wettbewerber, dann gilt Gleiches, soweit die Unternehmen einen Anteil von 15 % auf keinem der von der Vereinbarung betroffenen Märkte überschreiten. Effizienzen, die durch Vertikalvereinbarungen typischerweise entstehen können, sind bei dieser *de-minimis* Bewertung allerdings noch gar nicht berücksichtigt. Ein Gleichlauf mit der *de-minimis* Bekanntmachung ist daher nicht sachgerecht, auch nicht, um den größeren horizontalen Bedenken, die aufgrund der Zunahme des dualen Vertriebs entstehen, Rechnung zu tragen. Für etwas, was schon nicht spürbar ist, benötigt man keine Freistellung, die auf der Annahme beruht, dass typischerweise die Voraussetzungen des Art. 101 (3) TFEU erfüllt sind. Auch insoweit überzeugt die 10 %-Schwelle nicht – abgesehen davon, dass sie von den Parteien sehr schwer zu überwachen ist.

31. Nach Ansicht der Studienvereinigung Kartellrecht wäre es sachgerechter, die 10 % - Schwelle zu streichen und stattdessen als Korrektiv den Entzug der Freistellungswirkung so zu regeln, dass es eine echte Option für die Kommission und die Behörden der Mitgliedstaaten wäre, den Vorteil der Freistellung zu entziehen. Dass diese Option besteht, wird auch an verschiedenen anderen Stellen des LL-E festgehalten. Vereinbarungen, bei denen Anlass für eine Überprüfung besteht, könnten so sachgerecht bewertet und einer konkreten Entscheidung zugeführt werden. So könnte sichergestellt werden, dass der Großteil der Vereinbarungen von der Freistellungswirkung profitiert und die Kommission (oder die nationale Behörde) gleichwohl die Möglichkeit hat, tätig zu werden.

b) Informationsaustausch im dualen Vertrieb

32. Die Studienvereinigung Kartellrecht versteht Art. 2 Abs. 5 VGVO-E dahingehend, dass in Fällen, in welchen der kombinierte Marktanteil der Parteien am Einzelhandelsmarkt die Schwelle von 10 % übersteigt, der Informationsaustausch zwar nicht von der Gruppenfreistellung umfasst ist, die Freistellung der übrigen in der vertikalen Vereinbarung enthaltenen Wettbewerbsbeschränkungen dagegen unberührt bleibt. Abgesehen von den nachfolgend aufgeführten grundsätzlichen Bedenken, wäre eine andere Interpretation auch ein Systembruch, weil damit die Horizontalleitlinien, die im Rang unter einer Gruppenfreistellungsverordnung stehen, in die VGVO integriert würden und damit auch den EuGH binden würden. Insofern sollte der Wortlaut in Rn. 90 LL-E dringend korrigiert und klargestellt werden, dass die Vereinbarkeit des Informationsaustausches mit dem Kartellverbot nach dem Maßstab der Horizontalleitlinien separat zu prüfen ist und keine Voraussetzung für die Gruppenfreistellung der Vertikalvereinbarung im Rahmen der VGVO darstellt.

33. Hinsichtlich des Informationsaustauschs verweist Rn. 90 LL-E auf die Horizontalleitlinien. Indes sind die Horizontalleitlinien nach Ansicht der Studienvereinigung Kartellrecht gerade nicht das passende Instrument, um Verhaltensweisen im dualen Vertrieb zu bewerten; sie werden nämlich den Besonderheiten dieser Vertriebskonstellationen nicht gerecht. Vertriebsbeziehungen ohne Informationsaustausch sind praktisch undenkbar, Vertriebsbeziehungen ohne jeglichen Direktvertrieb des Herstellers kaum noch zeitgemäß. Ein regelmäßiger In-

formationsaustausch über die Entwicklung von Absatz und Nachfrage, Verbraucherbedürfnissen und Konsumentenverhalten ist in Vertriebskonstellationen üblich und für die effiziente Steuerung von Produktentwicklung, Produktion und Absatzsteuerung unverzichtbar. Er führt typischerweise zu erheblichen Effizienzen im Sinn des Art. 101 Abs. 3 AEUV und sollte daher aus Sicht der Studienvereinigung nicht unnötig behindert werden.

34. Die Studienvereinigung Kartellrecht spricht sich daher dafür aus, in der VGVO selbst, zumindest aber in den LL ausdrücklich klarzustellen, dass ein Informationsaustausch, der für die Durchführung des dualen Vertriebs zwingend erforderlich ist, unabhängig von der Einhaltung der kombinierten Marktanteils-grenze von 10 % von der Freistellung umfasst ist. Daneben sollten die LL in einem separaten Abschnitt den Informationsaustausch im Dualvertrieb im Detail behandeln. Hier sollte insbesondere die beispielhafte Aufzählung von strategischen und im Horizontalverhältnis kritischen Informationen (vgl. hierzu Rn. 86 der Horizontalleitlinien) vor dem Hintergrund des dualen Vertriebs spezifiziert werden: Für den dualen Vertrieb ist es aus Sicht der Studienvereinigung nicht angebracht, Kundendaten, Absatzkosten, Absatzmengen, Kapazitäten, Qualität, Marketingpläne, Risiken und FuE-Programme ohne Weiteres als im Vertikalverhältnis kritische Informationen anzusehen.
35. Anwendungsunsicherheit
36. Über die vorstehenden grundsätzlichen Erwägungen gegen eine zweite, kombinierte Marktanteilsschwelle hinaus ist die Studienvereinigung Kartellrecht der Auffassung, dass die Einführung dieser zusätzlichen Marktanteilsschwelle von 10 % im Hinblick auf die Rechts- und Anwendungssicherheit für die Unternehmen zu erheblichen Nachteilen führen würde. Nicht nur die Feststellung, sondern auch die kontinuierliche Beobachtung einer derart niedrigen Marktanteilsschwelle ist für die beteiligten Unternehmen mit erheblichem Aufwand und mit erheblicher Rechtsunsicherheit verbunden. Während die Parteien einer Vereinbarung meist relativ gut einschätzen können, ob sie sich über oder unter einem 30 % - Marktanteil bewegen, ist der Grat bei 10 % ein schmaler, selbst wenn man Daten von Marktforschungsinstituten o.ä. hinzuzöge. Ob der gemeinsame Marktanteil bei 5 % oder 10 % liegt, bewegt sich oftmals innerhalb

einer "margin of error". Das Ziel der Rechtssicherheit kann mit der 10 % Schwelle daher schwerlich erreicht werden.

37. In der Praxis ist aus Sicht der Studienvereinigung Kartellrecht damit zu rechnen, dass aufwändige organisatorische Vorkehrungen (sog. Chinese Walls) zur Begrenzung des Informationsaustauschs zwischen Hersteller/Importeur/Großhändler und ihren Einzelhändlern stark zunehmen werden. Ziel derartiger Maßnahmen wird es sein, zu verhindern, dass die Parteien der Vertriebsbeziehung der Einschätzungsunsicherheit und dem Schwankungsrisiko bezüglich des kombinierten Marktanteils auf den Einzelhandelsmärkten ausgesetzt sind. Im Hinblick auf das Schwankungsrisiko und den Zeitversatz in der Ermittlung von Marktanteilen spricht sich die Studienvereinigung – falls die 10 % Schwelle eingeführt werden sollte – dringend dafür aus, für das Erreichen der Marktanteilschwelle des dualen Vertriebs von 10 % jedenfalls eine großzügige Übergangsregelung vorzusehen, wie sie für die Marktanteilsschwelle des Art. 3 Abs. 1 VGVO-E in Art. 7 lit. d) VGVO-E enthalten ist.

4. Bezweckte horizontale Wettbewerbsbeschränkungen

38. Die Studienvereinigung Kartellrecht erkennt in Art. 2 Abs. 6 VGVO-E das Interesse der Kommission, bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen im Hinblick auf das Horizontalverhältnis der Dualvertriebsparteien aus dem Anwendungsbereich der Gruppenfreistellung auszunehmen. Auch nach Auffassung der Studienvereinigung Kartellrecht werden etwa die Abstimmung über Verkaufspreise oder die Aufteilung von Märkten im Horizontalverhältnis in aller Regel nicht die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllen und daher nicht von der Gruppenfreistellung profitieren können.
39. Allerdings wird die Anwendung der Gruppenfreistellung für den dualen Vertrieb dadurch erheblich erschwert, dass für jegliche Vereinbarung mit horizontalem Einschlag, die im dualen Vertrieb getroffen wird, die in der Rechtsanwendung äußerst schwierige Abgrenzung zwischen einer bezweckten und einer bewirkten Wettbewerbsbeschränkung getroffen werden muss. Aus Sicht der Studienvereinigung läuft es dem Charakter einer Gruppenfreistellung als „safe har-

bour“ und insbesondere dem Charakter der vertikalen Gruppenfreistellung unter der „Schirm-GVO“ elementar zuwider, wenn die Freistellung an unbestimmte Rechtsbegriffe geknüpft wird.

40. Zudem bestehen aus Sicht der Studienvereinigung Kartellrecht erhebliche Zweifel, ob es sachlich zu rechtfertigen ist, im Fall der Aufnahme einer Regelung, welche *„eine Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den miteinander konkurrierenden Anbietern und Abnehmern bezweckt“*, den Schutz der Gruppenfreistellung für sämtliche in der Vereinbarung enthaltenen Wettbewerbsbeschränkungen entfallen zu lassen. Zwar ergibt sich aus der Formulierung von Art. 2 Abs. 6 VGVO-E selbst nicht eindeutig, dass die Kommission diese Regelungssystematik beabsichtigt. Der Formulierung der Bestimmung zufolge (*„Die Freistellungen [...] gelten nicht für“*) könnte es sich um eine Regelung nach Art. 4 einer Kernbeschränkung (Art. 4 VGVO-E) wie auch einer „grauen Klausel“ (Art. 5 VGVO-E) handeln. Der Zusammenstellung in Rn. 90, insbesondere in Rn. 90 lit. e) LL-E, ist jedoch zu entnehmen, dass die Kommission die Gruppenfreistellung wohl insgesamt nicht zur Anwendung bringen will, wenn die Vertikalvereinbarung eine entsprechende bezweckte Wettbewerbsbeschränkung enthält. Aus Sicht der Studienvereinigung Kartellrecht ist es jedoch durchaus fraglich, ob einer an sich mit der VGVO-E vereinbarten Vertikalvereinbarung allein deshalb die Gruppenfreistellung insgesamt versagt sein soll, weil separat vom an sich vertikalen Charakter der Vereinbarung im Sinne eines exzessiven Verhaltens eine die Beschränkung des Wettbewerbs im Horizontalverhältnis bezweckende Regelung aufgenommen wird. Gerade angesichts der oben erwähnten Schwierigkeiten in der Abgrenzung bezweckter von bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen erscheint dieses Schwert aus Sicht der Studienvereinigung Kartellrecht als zu scharf.
41. Aus der Formulierung von Art. 2 Abs. 6 VGVO-E ergeben sich nach Auffassung der Studienvereinigung zudem erhebliche Anwendungsunsicherheiten für die Anwendung der Gruppenfreistellungsverordnung: Demnach gilt die Freistellung nicht für Vereinbarungen, die *„eine Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den miteinander konkurrierenden Anbietern und Abnehmern bezwecken.“* Ob es sich dabei nur um horizontale oder auch um vertikale Beschränkungen handeln kann, ist dem Verordnungstext nicht unmittelbar zu entnehmen. Lediglich aus Rn. 87 lit. d) LL-E ergibt sich, dass damit bezweckte (rein)

horizontale Wettbewerbsbeschränkungen aus dem Anwendungsbereich der Gruppenfreistellung ausgenommen werden sollen. Aus Sicht der Studienvereinigung Kartellrecht bedarf es jedoch der vorsorglichen Klarstellung in der VGVO selbst, dass auch in der Konstellation des dualen Vertriebs die Parteien der vertikalen Vereinbarung den vollen Schutz des „safe harbour“ nach Art. 2-5 VGVO- E) genießen und nur darüber hinausgehende bezweckte horizontale Vereinbarungen den Schutz der Gruppenfreistellung entfallen lassen und zwar nach dem Vorschlag der Studienvereinigung Kartellrecht nur für diese konkreten horizontalen Vereinbarungen (vgl. hierzu oben, Rn. 21). Es sollte daher in den LL klargestellt werden, dass Art. 2 Abs. 6 VGVO-E z.B. einer Freistellung der zulässigen Beschränkungen des Kundenkreises als Ausnahmen zu Art. 4 VGVO nicht entgegensteht. In der Praxis wird es schwer genug sein, den Rechtsanwendern, die, auch nach Einholung kartellrechtlichen Rats, im dualen Vertrieb agieren, beispielsweise den Unterschied zwischen „*der Beschränkung des aktiven Verkaufs [...] in ein Gebiet oder an eine Kundengruppe, das bzw. die dem Anbieter exklusiv zugewiesen wurde*“ (Art. 4 lit. b) (i) VGVO-E) und einer Aufteilung von Gebieten und Kunden im Horizontalverhältnis „alltagstauglich“ zu vermitteln. Umso klarer muss aus Sicht der Studienvereinigung Kartellrecht zumindest die regulatorische Abgrenzung zwischen dem freigestellten und dem nicht freigestellten Verhalten sein. Dies gilt umso mehr, da, wie oben in Rn. 16 erwähnt, für den Informationsaustausch im dualen Vertrieb zu Kundendaten, Absatzkosten, Kapazitäten, Qualität, Marketingplänen, Risiken und FuE-Programmen keinerlei Rechtssicherheit besteht, weil derartige Daten ohne Weiteres als strategische Informationen angesehen werden könnten.

42. Es stellt sich letztendlich die Frage, ob bei diesem Verständnis die zusätzliche Einschränkung des Art. 2 Abs. 6 VGVO-E einen Mehrwert in Bezug auf falsch negative Ergebnisse erzielt. Die im Wesentlichen in Betracht kommenden horizontalen Beschränkungen, die der Freistellung entgegenstehen sollen, nämlich Markt- und Kundenaufteilung oder Preisabsprachen, dürften nämlich in der Regel ohnehin bereits (parallel) von Art. 4 lit. a) und b) VGVO-E erfasst sein, die Anwendung der VGVO also dann ohnehin ausschließen.

5. Darstellung der Freistellungssystematik (Rn. 87, 90 LL-E)

43. Die Studienvereinigung Kartellrecht schlägt vor, die Ausführungen in Rn. 87 und 90 LL-E zu überarbeiten und analog auszugestalten. Beide Passagen zielen aus Sicht der Studienvereinigung Kartellrecht darauf ab, die positiven und negativen Freistellungsvoraussetzungen im dualen Vertrieb unterhalb wie oberhalb der Marktanteilsschwelle von 10 % überblicksartig darzustellen. Die bisherige Textfassung nennt zwar einen Teil der Voraussetzungen, die immer vorliegen müssen, erwähnt andere Teile dagegen nicht.
44. Grundsätzlich erscheint es aus Sicht der Studienvereinigung Kartellrecht selbstverständlich, dass die allgemeinen Freistellungsvoraussetzungen erfüllt sein müssen. Es schafft daher mehr Verwirrung, wenn dies selektiv hervorgehoben wird. Wenn diese allgemeinen Voraussetzungen erwähnt werden sollten, müsste die Aufzählung vollständig sein. Dies ist aus Sicht der Studienvereinigung Kartellrecht aber nicht für beide Fallgruppen (unterhalb und oberhalb der Schwelle von 10 %) der Fall: Während in Rn. 90 LL-E ausdrücklich erwähnt wird, dass die allgemeinen vertikalen Marktanteilsschwellen des Art. 3 VGVO-E eingehalten werden müssen, wird dies in Rn. 87 LL-E nicht erwähnt. Aus Sicht der Studienvereinigung Kartellrecht wäre es wünschenswert, in den entsprechenden Passagen einen Gleichlauf herzustellen, um Anwendungsunsicherheiten zu vermeiden. Erzielt werden könnte dies entweder durch die Klarstellung, wonach auch bei Sachverhalten mit Marktanteilen von unter 10 % auf der Einzelhandelsebene die Marktanteilsschwelle von 30 % auf den sonstigen betroffenen Marktstufen nicht überschritten sein darf oder durch die Weglassung der entsprechenden Passage in beiden vorgenannten Situationen.
45. Zudem erscheint die Formulierung in Rn. 87 LL-E missverständlich, wonach Vereinbarungen, die „unter Artikel 2 Absatz 4 Buchstaben a und b fallen“ (so die Passage im Einleitungssatz, Hervorhebung durch die Unterzeichner), die „Voraussetzungen des Artikel 2 Absatz 4 Buchstabe a oder b“ (so die Passage in Rn. 87 lit. c) LL-E; Hervorhebung durch die Unterzeichner) erfüllen müssen.
46. Die in Rn. 87 lit. b) LL-E erwähnte Voraussetzung ist schließlich bereits in Art. 2 Abs. 4 Satz 2 lit. a) und b) VGVO-E ausdrücklich als Anwendungsvoraussetzung

genannt und damit redundant. Sollte man dabei bleiben, die allgemeinen Freistellungsvoraussetzungen einzeln aufzählen zu wollen, wäre Rn. 87 lit. b) LL-E inhaltlich darauf zu beschränken, dass die „*Vereinbarung [...] keine Kernbeschränkungen im Sinne des Artikels 4 Vertikal-GVO*“ enthält.

6. Ausschluss hybrider Plattformen (Art. 2 Abs. 7 VGVO-E)

47. Die kontinuierliche Zunahme des elektronischen Handels und der damit erleichterte Direktverkauf durch Anbieter über eigene Online-Vertriebskanäle oder Plattform-Marktplätze war Anlass für die Verschärfung im neuen Art. 2 Abs. 7 VGVO-E. Die Regelung nimmt Hybridplattformen – d. h. vertikal integrierte Online-Vermittlungsdienste – offenbar gänzlich von der Freistellungsmöglichkeit aus und verfolgt damit konsequent den Ansatz, vertikale Vereinbarungen mit möglichen horizontalen Implikationen aus dem Anwendungsbereich der VGVO herauszulösen. In der Sache geht die Kommission damit noch einen Schritt weiter als bei der Festsetzung der zusätzlichen Markanteilschwelle. Selbst wenn der gemeinsame Marktanteil auf Retailebene unter der neu eingeführten Schwelle von 10% liegt, soll eine Gruppenfreistellung gar nicht verfügbar sein.
48. Die Studienvereinigung Kartellrecht steht diesem Pauschalvorschlag kritisch gegenüber. Bei großen Online-Vermittlungsdiensten, die eine Hybridstellung am Markt einnehmen (z. B. Amazon), mag die Ausnahme aus dem Anwendungsbereich der Gruppenfreistellung gerechtfertigt sein. Es stellt sich allerdings die Frage, ob derart große Plattformen nicht schon über die bisherige 30 %- Marktanteilsschwelle, jedenfalls aber über die neue 10 %- Marktanteilsschwelle, ohnehin nicht oder nur eingeschränkt von der Gruppenfreistellung profitieren.
49. Das alleinige Abstellen auf das Merkmal der Hybridstellung führt hingegen zu einer Vernachlässigung von in der Praxis relevanten Sachverhalten. Die horizontalen Bedenken, welche die Kommission als Basis der Ausschlussregelung ansieht, treffen wohl gerade aufgrund der vernachlässigbaren Größe nicht auf die Vielzahl der hybriden Plattformen zu, die mit einem Marktanteil von weit unter 30% - häufig unter 10 % - tätig sind und dennoch von einer Freistellung durch die neue VGVO ausgeschlossen werden sollen (vgl. Rn. 91 LL-E). Ein vollständiger Ausschluss von hybriden Plattformen von der Gruppenfreistellung

scheint vor diesem Hintergrund nicht zielführend und dürfte falsch negative Ergebnisse erzielen. Ein denkbarer Mittelweg könnte ggf. sein, hybride Plattformen nicht gänzlich, sondern allenfalls ab einem gewissen Marktanteil, der aus den o.g. Gründen 10 % übersteigen sollte, aus dem Anwendungsbereich der VGVO auszuschließen.

50. Daneben stellt sich die Frage, in welchem Umfang Hybridplattformen von der Freistellung ausgeschlossen sein sollen. Insbesondere gibt es eine Vielzahl von Einzelhändlern, die neben ihrer umfangreichen stationären („Brick- and Mortar“) - Einzelhandelstätigkeit eine Hybridplattform betreiben oder erwägen, das in Zukunft zu tun. Informellen Äußerungen einzelner Mitarbeiter der Generaldirektion Wettbewerb haben Mitglieder der Studienvereinigung Kartellrecht entnommen, dass ein Totalausschluss der gewünschte Effekt des Art. 2 Abs. 7 VGVO-E ist, also nicht nur die Verträge über die Vermittlungstätigkeit, sondern jegliche vertikalen Verträge auch für das reguläre und ggf. den Schwerpunkt der wirtschaftlichen Tätigkeit bildende stationäre Einzelhandelsgeschäft. Auch die eigene Einkaufstätigkeit zum Eigenverbrauch soll wohl (?) vom Anwendungsbereich der VGVO ausgeschlossen sein.
51. Ob der pauschale Ausschluss unabhängig von Marktanteilen und unabhängig davon, ob die Kunden der Einzelhandelstätigkeit überhaupt gleichzeitig Kunden der Hybridplattform sind, gerechtfertigt ist, erscheint aus Sicht der Studienvereinigung Kartellrecht äußerst fragwürdig.
52. Diesbezüglich könnte die Änderung letztendlich den Effekt haben, den Wettbewerb zwischen den Plattformen zu hemmen. In der Vergangenheit ist (zumindest in Deutschland) dadurch Bewegung in den Plattformmarkt gekommen, dass Retailanbieter ihr Angebot für Dritte geöffnet haben, z.B. Galeria Kaufhof, Zalando oder Otto. Wenn nun nur wegen der (unter Umständen geringen) zusätzlichen Plattformleistungen das etablierte "Kerngeschäft" vollständig aus dem Anwendungsbereich der VGVO herausgelöst werden würde, würde der Umgang solcher klassischen Retailer mit ihren "regulären" Lieferanten für das Retailgeschäft durch die Aufnahme des Plattformgeschäfts erheblich erschwert und zu erhöhten Transaktionskosten führen. Diese erhöhten Transaktionskosten sowie die damit einhergehende Rechtsunsicherheit dürfte dazu führen, dass die Öffnung eigener Retailangebote für Dritte mit Einführung des Art. 2

Abs. 7 VGVO-E künftig kritischer gesehen wird. Es besteht damit die Gefahr, dass gerade neu auftretende Wettbewerber und damit kleine Plattformen durch die neue Regelung ausgebremst werden. Der Art. 2 Abs. 7 VGVO-E riskiert damit, einen Fehlanreiz für weniger Wettbewerb zu setzen.

53. Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob auch die Einkaufstätigkeit eine Hybridplattform für ihren Eigenbedarf vom Ausschluss des Art. 2 Abs. 7 VGVO-E erfasst sein soll. Aus Sicht der Studienvereinigung besteht für ein Herauslösen solcher Einkaufsverträge für den Eigenbedarf aus dem Anwendungsbereich der VGVO kein Anlass.
54. Es stellt sich zudem generell die Frage, wie weit die Ausschlusswirkung des Art. 2 Abs. 7 VGVO-E gelten soll. Bezieht sich diese ausschließlich auf die hybride Funktion in Bezug auf ein und denselben Produktlieferanten? In diesem Fall könnte die Plattform sich letztendlich für jeden potentiellen Vertragspartner überlegen, ob sie gegenüber diesem als Eigenhändler oder als Vermittler tätig werden möchte, um den Ausschluss über Art. 2 Abs. 7 VGVO-E zu vermeiden. Oder soll generell ein solches Wettbewerbsverhältnis im Eigenhandel mit einem Produkt gleich welcher Herkunft für die Anwendung von Art. 2 Abs. 7 VGVO-E ausreichen?
55. Eine weitere Problematik, die sich ergibt, wenn Hybridplattformen aus dem Anwendungsbereich der VGVO herausfallen, ist die massive Rechtsunsicherheit, mit der insbesondere Händler auf besonders großen Plattformen wie bspw. Amazon konfrontiert wären. Der zukünftige Ausschluss jeglicher Vereinbarungen mit hybriden Plattformen würde bei zahlreichen Händlern dazu führen, dass die mit hybriden Plattformen getroffenen Vereinbarungen auch von ihrer Seite in Zukunft einer Einzelfallbeurteilung zu unterziehen wären. Hieraus würde sich nach Einschätzung der Studienvereinigung Kartellrecht gerade für kleine und mittelständische Unternehmen eine erhebliche Rechtsunsicherheit ergeben.
56. Die Studienvereinigung befürchtet zudem, dass der Ausschluss in Ziffer 2 Abs. 7 VGVO-E auch aus einem anderen Grunde nicht nur zu Lasten der hybriden Plattformen gehen, sondern auch zu Lasten von deren Vertragspartnern. Bindet z.B. ein Anbieter eine hybride Plattform als Eigenhändler in seinen Vertrieb ein,

würden die Verträge mit diesem gem. Art. 2 Abs. 7 VGV-E nicht in den Anwendungsbereich der VGVO fallen. Dann wäre dieser Anbieter wohl nicht mehr in der Lage, die laut Art. 4 lit. b), lit. c) und lit. d) VGVO-E legitimen und zulässigen Beschränkungen zum Schutz seiner Allein- oder Selektivvertriebssysteme auch in den Vertrag mit der hybriden Plattform rechtswirksam bzw. im Rahmen des Safe Harbours umzusetzen. Dies könnte sich nicht nur auf die Verträge mit der Plattform, sondern mit den gesamten sonstigen Abnehmern auswirken. Rechtsfolge könnte z.B. eine systematische Lücke in einem selektiven Vertriebssystem sein, die ggf. dessen Eigenschaft als selektives System in Frage stellen würde. Damit geht Art. 2 Abs. 7 VGVO-E weit darüber hinaus, nur die Verträge mit hybriden Plattformen aus dem Safe Harbour auszunehmen. Die Studienvereinigung Kartellrecht fände eine derartige Einschränkung der VGVO unabhängig von ihren sonstigen Bedenken zu weitgehend. Sollte eine so weitreichende Regelungswirkung wirklich so beabsichtigt sein, sollte das im Sinne einer Warnfunktion jedenfalls in den Leitlinien deutlich hervorgehoben werden.

III. Handelsvertreterverträge

57. Die Studienvereinigung Kartellrecht unterstützt grundsätzlich die Ergänzungen im derzeitigen Entwurf der Kommission zu Handelsvertreterverträgen. Der LL-E enthält gerade zu der Handelsvertreterthematik eine Reihe von nützlichen Präzisierungen und Klarstellungen. Dies gilt u.a. für die Aussage, dass es bei der Frage des Eigentumsübergangs auf die mit denselben verbundenen Risiken ankommt und nicht auf die Frage des förmlichen Eigentumsübergangs; allerdings dürften für gewisse Konstellationen der Wortlaut der LL weiterhin Rechtsunsicherheiten verbleiben.
58. Die Studienvereinigung regt aber insgesamt an, die LL insoweit wie nachfolgend dargelegt zu präzisieren.

1. Präzisierung des Begriffs „Unbedeutende Risiken“

59. Der Begriff „*unbedeutende Risiken*“, bisher in Rn. 15 der LL und neu in Rn. 28 ff. LL-E, sollte nach wie vor präzisiert werden. Der LL-E sieht weiterhin in Bezug auf die einzelnen Risiken die Übernahme der Kosten durch den Auftraggeber „*in vollem Umfang*“ vor. Hiernach dürfte der Handelsvertreter scheinbar keinerlei,

auch keine unbedeutenden Risiken tragen, es sei denn, diese sind nicht monetär. Während der LL-E in Rn. 33 präzisiert, in welcher Form der Auftraggeber Kosten des Handelsvertreters übernehmen kann, bleibt er eine Antwort, was unter „*unbedeutenden Risiken*“ zu verstehen ist, weiter schuldig. Er stellt insoweit lediglich klar, dass der Vergleichsmaßstab nicht die Erträge des Anbieters aus dem vermittelten Geschäft, sondern die jeweiligen Provisionen des Handelsvertreters sind (Rn. 30). Für das Ziel der Kommission einer Senkung der Befolgungskosten und Erhöhung der Rechtssicherheit, wäre es wünschenswert, näher zu präzisieren (ggf. zu quantifizieren), was „*unbedeutend*“ ist. Ein unbedeutendes Risiko oder die zwar nicht vollständige, aber doch weitgehende Kostenübernahme sollte nicht dazu führen, dass keine „echte“ Handelsvertretung i.S.d. Art. 101 Abs. 1 AEUV mehr vorliegt (vgl. auch Europäisches Gericht erster Instanz, Urt. v. 15.09.2005, Az.: T-325/01, Rn. 106 ff. 110 - *DaimlerChrysler*).

60. Der LL-E sieht in Rn. 33 nunmehr ausdrücklich vor, dass Kosten über einen Pauschalbetrag oder festen Prozentsatz gedeckt werden können. Das ist grundsätzlich zu begrüßen. Allerdings heißt es auch, der Handelsvertreter müsse in einem vereinfachten Verfahren darüberhinausgehende Kosten melden können. Vor dem Hintergrund, dass unbedeutende Risiken auch vom Handelsvertreter getragen werden können, wäre es wünschenswert, hier klarzustellen, dass die in Rn. 33 LL-E genannten vereinfachten Verfahren zur Meldung über die vereinbarten Pauschalen hinausgehender Kosten oder eine systematische Überwachung der Angemessenheit der Pauschalen und Prozentsätze nur für bedeutende und signifikante Abweichungen und Kosten gelten soll, da die Pauschalierung gerade der Vermeidung unnötiger Detailbürokratie dient, gerade auch für den Handelsvertreter.

2. Präzisierung der Rn. 34 bis 38

61. Die Studienvereinigung Kartellrecht begrüßt ausdrücklich, dass der LL-E in den Rn. 34 bis 38 nunmehr explizit festhält, dass ein unabhängiger Vertriebshändler auch als Handelsvertreter auftreten kann und dass dies nicht dazu führt, dass er kein „echter“ Handelsvertreter mehr ist.
62. Nach Ansicht der Studienvereinigung Kartellrecht sollte hier aber zwischen den Fällen unterschieden werden, in denen dies (i) für denselben Auftraggeber bzw.

Anbieter oder (ii) für verschiedene Auftraggeber bzw. Anbieter geschieht. Während in Rn. 34 LL-E eingangs auf „*denselben Anbieter*“ abgestellt wird, wird zu Beginn der erläuternden Rn. 35 auf „*für denselben oder andere Anbieter*“ abgestellt. Wie die Studienvereinigung bereits in Rn. 60 ihrer Stellungnahme vom 27. Mai 2019 dargelegt hat, ist eine Tätigkeit im Verhältnis zu anderen Anbietern bzw. Auftraggebern dem Handelsvertreterstatus nicht grundsätzlich abträglich. Die Kollisionsrisiken im Falle einer Tätigkeit für denselben Anbieter oder für andere Anbieter bzw. Auftraggeber sind andere und eine Differenzierung diesbezüglich wäre wünschenswert.

63. Besonders hilfreich wäre darüber hinaus eine Klarstellung bzw. Präzisierung bezüglich der Tätigkeit für denselben Anbieter auf demselben sachlich relevanten Produktmarkt. Die Studienvereinigung versteht den LL-E dahingehend, dass eine Tätigkeit als unabhängiger Händler und Handelsvertreter für denselben Anbieter bzw. Auftraggeber auf einem anderen sachlich relevanten Produktmarkt in der Regel unproblematisch ist, während dies in demselben sachlich relevanten Markt eine komplexe Beurteilung erfordert und umso unproblematischer ist, je mehr sich die Produkte unterscheiden, für die zugleich einerseits eine Vertriebs- und andererseits eine Handelsvertretertätigkeit ausgeübt wird.

64. Der LL-E sieht die Abgrenzbarkeit als entscheidendes Kriterium dafür an, dass eine gleichzeitige Tätigkeit als unabhängiger Händler und Handelsvertreter für einen Auftraggeber erfolgen kann. Es bleibt allerdings mit erheblicher Unsicherheit für den Rechtsanwender behaftet, wann diese Abgrenzbarkeit, die offenbar als eine Art Unterkategorie eine zusätzliche Abgrenzung im selben sachlich relevanten Markt darstellen soll, gegeben ist. Rn. 34 LL-E verweist beispielhaft auf „zusätzliche Funktionen und neue Merkmale“. Rn. 36 LL-E verweist auf die Austauschbarkeit der Produkte („*weniger wahrscheinlich, je weniger austauschbar die Produkte sind*“). Da die Austauschbarkeit bzw. Substituierbarkeit von Waren oder Dienstleistungen ein maßgebliches Kriterium der Abgrenzung des sachlich relevanten Produktmarktes darstellt, stellt sich die Frage, wie hier in der Praxis vorzugehen ist, zumal in manchen Märkten bereits die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes schwierig ist. Auch im Zusammenhang mit Rn.

37 LL-E, in der dem Auftraggeber aufgegeben wird, auf die hypothetische Situation eines Handelsvertreters zu schauen, „*der noch nicht am relevanten Markt tätig ist*“, erschließt sich nicht, anhand welcher Kriterien hier eine weitere Abgrenzung innerhalb desselben Produktmarktes vorgenommen werden soll, zumal Rn. 37 LL-E dann in Folge auf „*differenzierte Produkte in demselben sachlich relevanten Markt*“ abstellt.

65. In der Praxis lassen sich am ehesten Beispiele vorstellen, bei denen gleiche Produkte mit anderen Qualitäts- oder Leistungsmerkmalen zu höheren Preisen auf dem Markt existieren (wie z.B. bei Weinsorten oder Sportschuhen). Ähnliches sollte auf Sortimentsmärkten gelten, wenn der Handelsvertreter einzelne Produkte innerhalb des Sortiments als Vertriebshändler und andere in seiner Funktion als Handelsvertreter verkauft. Hier ließe sich bei Produkten in demselben Produktmarkt ggf. eine Tätigkeit abgrenzen und die Gefahr des spill-over bezüglich der Preispolitik wäre gering. Insgesamt würde die Studienvereinigung es begrüßen, wenn die LL hier klar zwischen den verschiedenen Fallkonstellationen unterscheiden und für das Kriterium der Abgrenzbarkeit, welches entscheidend für die Zulässigkeit bei Sachverhalten in demselben sachlich relevanten Markt ist, klare Kriterien vorgeben, da andernfalls die bestehende Unsicherheit zu übermäßigen Einschränkungen führt. In der Praxis dürfte, v.a. im B2B Bereich, die in Rn. 37 LL-E vorgesehene hypothetische Berechnung und eine Trennung der Kosten für z.B. einen Katalysator mit x % mehr Performance oder aber auch im B2C einen Joghurt mit 0,1 % weniger Zucker kaum durchführbar sein. Hier wird der unabhängige Händler, der gleichzeitig als Handelsvertreter agiert, die Kosten, die sich „*ausschließlich auf den Verkauf von differenzierten Produkten*“ beziehen, kaum oder nur mit sehr hohem Aufwand separieren können. Insofern wären ein oder mehrere Beispiele hilfreich, um den relevanten Grad der Substituierbarkeit von Produkten innerhalb desselben relevanten Marktes aufzuzeigen, bei dem eine duale Funktion des Handelsvertreters und Vertragshändlers möglich erscheint.
66. Der guten Ordnung halber dürfte der Verweis zu Beginn von Rn. 36 LL-E zu korrigieren sein; hier dürfte ein Verweis auf die Rn. 28 bis 31 nebst 34 und 35 LL-E aufzunehmen sein, da in den Rn. 34 und 35 LL-E in Bezug auf eine Tätigkeit des unabhängigen Vertriebshändlers auch als Handelsvertreter die in Rn. 28 bis 31 LL-E aufgeführten Risiken konkretisiert werden.

67. Wie bereits in der Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht vom 27. Mai 2019 festgehalten, sind darüber hinaus auch Fälle denkbar, in denen ein Handelsvertreter auf demselben sachlich relevanten Markt, aber auf einem anderen geografischen Markt, als Vertriebshändler für denselben Anbieter tätig ist. Auch dieser Fall sollte unseres Erachtens nicht zum Verlust des Handelsvertreterprivilegs führen, wenn und soweit diese Tätigkeiten klar voneinander abgrenzbar sind und im Handelsvertreterbereich die (dann eben klar abgrenzbaren) Risiken vom Anbieter getragen werden. Aus Sicht der Studienvereinigung sollte ergänzt werden, dass eine Tätigkeit in demselben Produktmarkt, aber auf unterschiedlichen geographischen Märkten, in der Regel unproblematisch ist. Insofern sollte in der Einleitung zu dem Beispiel in Rn. 38 LL-E ergänzt werden, dass der Händler die Produkte in demselben geographischen Markt verkauft.
68. Die Frage des Informationsaustauschs in den zulässigen Konstellationen, in denen ein unabhängiger Vertriebshändler auch als Handelsvertreter tätig ist, wird im LL-E weiter ausgeklammert. Hier wäre eine Klarstellung, insbesondere im Hinblick auf die Weitergabe von Informationen, deren Weitergabe dem Handelsvertreterverhältnis immanent ist (beispielsweise Preisinformationen für den unmittelbar bevorstehenden Zeitraum oder Details zu bevorstehenden Aktionen (z.B. Zeiträume oder Mengen)) und die deshalb jedenfalls insoweit zulässig sein sollte, wünschenswert.

3. Anwendung der V-GVO auf den Handelsvertreter, der in den Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 1 AEUV fällt

69. Die Studienvereinigung Kartellrecht begrüßt die Klarstellung in der Formulierung in Rn. 177 a.E. LL-E (gegenüber der aktuellen Rn. 49 der LL-E). So folgt nach Ansicht der Studienvereinigung nunmehr klarer als bisher aus dem Umkehrschluss in Rn. 177, S. 2 LL-E, dass ein Provisionsweitergabeverbot (Verbot der Provisionsteilung) nur dann eine Kernbeschränkung nach Art. 4 lit. a) VGVO darstellen kann, wenn kein („echter“) Handelsvertretervertrag im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV vorliegt, also ein "unechter Handelsvertretervertrag". Bei dem "echten Handelsvertreter", der keine Risiken i.S.v. Rn. 40-43 trägt, ist ein Provisionsweitergabeverbot dann zulässig. Da dies in der Rechtspraxis teilweise

zumindest kontrovers diskutiert wurde, regen wir an, dies in S. 3 zusätzlich klarzustellen, indem dort statt „*dem Handelsvertreter freigestellt sein...*“ ersetzt wird durch „*einem solchen Handelsvertreter freigestellt sein ...*“. Bestenfalls stellten die Leitlinien die Begrifflichkeit klarer dar, z.B. durch die Unterscheidung "echter" und "unechter" Handelsvertreter/Vermittler/Agent. (Letztere beiden Varianten hätten den Vorteil, nicht mit dem Bild des Handelsvertreter gem. § 84 HGB verbunden zu werden.)

70. Schließlich könnte die Kommission die Reform der LL auch nutzen, um einen weiteren in der Praxis diskutierten Aspekt klarzustellen. So geht die Studienvereinigung Kartellrecht davon aus, dass auch ein Anbieter, der zwar nicht sämtliche, wohl aber einen signifikanten Teil der Risiken des Geschäfts übernimmt, grundsätzlich, die Freiheit haben muss, ein Geschäft abzulehnen, wenn die Vermittlung zu einer direkten Geschäftsverbindung zwischen dem Anbieter und dem Endkunden führt. Dies muss jedenfalls dann gelten, wenn ein sachlicher Grund für die Ablehnung vorliegt. Eine solche Klarstellung wäre zu begrüßen.

IV. Vertikale Preisbindung

1. Mindestpreisrichtlinien

71. In Rn. 174 LL-E wird zum Thema „Preisbindung der zweiten Hand“ ausgeführt, dass Mindestpreisrichtlinien, die es Einzelhändlern verbieten, Preise unterhalb eines bestimmten, vom Anbieter festgelegten Betrages zu bewerben, auf eine Preisbindung der zweiten Hand hinauslaufen können. Als Beispiel werden folgende Fälle genannt: (i) Der Anbieter bestraft den Einzelhändler dafür, dass der Einzelhändler unter den jeweiligen Mindestpreis verkauft, (ii) der Anbieter schreibt dem Einzelhändler vor, keine Nachlässe zu gewähren und (iii) der Anbieter hindert den Einzelhändler daran, mitzuteilen, dass der Endpreis von dem jeweiligen Mindestpreis abweichen könnte.
72. Aus der gewählten Formulierung ließe sich der Rückschluss ziehen, dass Mindestpreisrichtlinien grundsätzlich zulässig sein können, weil sie eben nur in bestimmten Fällen zu einer Preisbindung der zweiten Hand führen sollen. Dies würde zu einer Umkehr des bislang verfolgten Regel-Ausnahme-Verhältnisses bei einer Preisbindung führen. Im Einzelnen erscheint vorliegend zu Vieles an

dieser – vor dem Hintergrund des Impact Assessments überraschenden neuen Formulierung – insbesondere auch das Verhältnis zwischen Art. 101 Abs. 1 und 3 AEUV noch zu unklar, um sich abschließend zu den Rn. 170 ff. LL-E zu äußern. In ihrer derzeitigen Fassung verleiten die Ausführungen in Rn. 174 LL-E eher zu Missverständnissen, weshalb eine weitergehende Klarstellung unbedingt erforderlich erscheint

73. Im Kontext von Rn. 174 LL-E stellt sich zunächst die Frage, was genau mit Mindestpreisrichtlinien gemeint ist? Die Studienvereinigung nimmt an, dass in der Sache ausschließlich eine Mindestpreiswerberrichtlinie gemeint sein kann. Es handelt sich um einen Begriff, der bislang von der Kommission nicht verwendet wurde. Bisher war in Rn. 223 der LL nur von „Mindestweiterverkaufspreisen“ bzw. „Mindestpreisniveau“ die Rede. In Rn. 170 des LL-E hält die Kommission an diesen Begrifflichkeiten fest und spricht von Mindestverkaufspreisen und einem Mindestpreisniveau. Im VGVO-E wiederum ist in Art. 4 lit. a) VGVO nur die Rede von „Mindestverkaufspreisen“. Danach dürfen sich Preisempfehlungen weder direkt noch infolge der Ausübung von Druck und Gewährung von Anreizen wie Mindestverkaufspreise auswirken. Die aufgezählten Beispiele einer Druckausübung in der neuen Rn. 174 und der Teilbegriff „Richtlinie“ könnten so ausgelegt werden, dass die Mindestpreisrichtlinie einen Unterfall der unverbindlichen Preisempfehlung darstellen soll. Dagegen spricht jedoch, dass in Rn. 174 die Mindestpreisrichtlinie dahingehend konkretisiert wird, dass sie den Einzelhändlern verbietet, Preise unterhalb eines bestimmten, vom Anbieter festgelegten Betrags zu bewerben, sie also offenbar unter Umständen insoweit verbindlich sein darf, als sie sich auf den allgemeinen Werbepreis, nicht aber den tatsächlichen individuellen Verkaufspreis bezieht.
74. Es scheint jedenfalls so zu sein, dass nur Mindestpreisrichtlinien zulässig sein können, die im Zusammenhang mit der Werbung mit Verkaufspreisen stehen. So wird eindeutig der in der englischen Version des LL-E genutzte Begriff der „Minimum Advertised Price Policy (MAP)“ verwendet. Es sollte daher zur Klarheit – entsprechend dem englischen Text – durchgehend von Mindestpreiswerberrichtlinien gesprochen werden.
75. Schließlich stellt Rn. 174 LL-E ausdrücklich klar, dass die Mindestpreis(werbe)richtlinie den Einzelhändler nicht daran hindern darf, ausdrücklich

darauf hinzuweisen, dass der Endpreis von dem jeweiligen Mindestpreis abweichen könnte. Dies führt zu der für die Praxis wichtigen Frage, wann nur ein „Hinweis“ und wann schon eine „Werbung“ vorliegt bzw. was letztendlich schon eine konkrete Preisauszeichnung ist. So sind beispielsweise bei der Auszeichnung der Ware am Regal als „Dauertiefpreis“ Diskussionen zwischen dem Anbieter und dem Einzelhändler vorprogrammiert. Ein ähnliches Problem stellt sich bei Angeboten auf Online-Plattformen und Internetseiten, das Kunden unmittelbar annehmen können. Fiele dieses konkrete Angebot unter den Begriff „Werbung“, und erlaubte daher unter Umständen die verbindliche Vorgabe der so gezeigten Preise, dürfte sich eine Mindestpreiswerberichtlinie insoweit als Festpreis auswirken und wäre nach dem Verständnis der Studienvereinigung dann unzulässig.

76. Da die Mindestpreis(werbe)richtlinie ihrer Natur nach für alle Einzelhändler gleichermaßen gilt, könnte sie darüber hinaus Preisvorstöße für die betroffenen Produkte flächendeckend erschweren, vor allem, wenn Verhandlungen über die beworbenen Einkaufspreise de facto nicht stattfinden. Das gilt insbesondere in Branchen, in denen es nahe liegt, dass MAP sich regelmäßig wie Mindestpreise auswirken dürften, insbesondere wenn die betreffenden Produkte anderenfalls überhaupt nicht sinnvoll beworben werden können. So kann eine Werbung mit einem anderen Preis als dem am Regal/an der Ware gezeigten in bestimmten Branchen praktisch keine Option sein. Es sollte dann Sache des Anbieters sein, zu belegen, dass dies aufgrund von Effizienzgewinnen im Sinne des Art. 101 Abs. 3 AEUV im Einzelfall ausnahmsweise gerechtfertigt ist.
77. Die Tatsache, dass die Kommission zu dieser Frage keinerlei Impact Assessment durchgeführt hat, deutet die Studienvereinigung dahingehend, dass die Ausführungen in Rn. 174 LL-E eher im Kontext der bisherigen Systematik zu verstehen sein dürften. Die Kommission sollte den von ihr verfolgten Ansatz ausdrücklich klarstellen. Es wird zudem angeregt, die in den LL in der Rn. 174 beschriebene Ausnahme dahingehend zu konkretisieren, (i) was der Unterschied zwischen einer Mindestpreis(werbe)richtlinie und der Festsetzung eines Mindestverkaufspreis ist (und dass dies je nach Branche unterschiedlich zu beurteilen sein kann), insbesondere, ob Mindestpreis(werbe)richtlinien als Unterfall der unverbindlichen Preisempfehlung verstanden werden sollen (die Studienvereinigung geht auf Basis des bisherigen Textes davon aus, dass das nicht intendiert

ist), (ii), dass die Ausnahme nur Mindestwerbepreisrichtlinien (MAP) und nicht etwa (de facto verbindliche) Mindestpreisrichtlinien erlaubt und (iii) klar zu erläutern, was von dem Begriff der „Werbung“ umfasst ist. Die Studienvereinigung Kartellrecht nimmt diesbezüglich an, dass die Auszeichnung der Ware am Regal, z.B. als Dauertiefpreis oder ein mit einem Preis ausgezeichnetes, sowie auf der Webseite abschließbares Online- Angebot i.d.R. keine Werbung im Sinne der Rn. 174 LL-E darstellen dürfte.

2. Fullfillment Contracts / Erfüllungsverträge

78. In Rn. 178 LL-E wird ausgeführt, dass die Festsetzung des Weiterverkaufspreises zwischen einem Anbieter und einem Abnehmer ausnahmsweise keine vertikale Preisbindung darstellt, wenn die Preisfestsetzung eine vorherige Vereinbarung zwischen dem Anbieter und einem Endverbraucher ausführt (sog. „Erfüllungsvertrag“) und der Endverbraucher auf sein Recht verzichtet hat, das Unternehmen zu wählen, das die Vereinbarung ausführen soll. Die Studienvereinbarung begrüßt diese Klarstellung. Sie hält die Bestimmung der Fallgruppe, in denen ein Erfüllungsvertrag keine wettbewerbsbeschränkende Wirkung im Sinne einer Preisbindung hat, aber für zu eng definiert:
79. Die Anwendung der Ausnahme für Erfüllungsverträge erscheint zunächst in einigen Mitgliedstaaten aufgrund von zwingenden Konsumentenschutzbestimmungen nicht umsetzbar bzw. nicht praktikabel. Derartige mitgliedstaatlichen Bestimmungen können einen solchen Verzicht durch einen Endverbraucher (im Sinne einer nicht als Unternehmer agierenden Privatperson) nämlich verbieten bzw. nur unter weitergehenden Bedingungen ermöglichen.² Die Studienvereinigung geht davon aus, dass diese potentielle Wechselwirkung mit Konsumentenschutzbestimmungen durch die Kommission nicht intendiert war. Insoweit sollte die Voraussetzung des Verzichts der Auswahl des durchführenden Abnehmers jedenfalls in Fällen, in denen eine nicht unternehmerisch agierende

² Das österreichische Konsumentenschutzgesetz (KSchG) stuft in § 6 Abs.2 Z 2 Bestimmungen, die dem Unternehmer das Recht einräumen, seine Pflichten oder den gesamten Vertrag mit schuldbefreiender Wirkung einem (nicht namentlich genannten) Dritten zu übertragen, unter Verweis auf die Sittenwidrigkeit iSd § 879 ABGB für den Verbraucher als nicht verbindlich ein. Von der Regelung ausgenommen sind zwar Fälle, in denen eine derartige Vertragsbestimmung nachweislich im Einzelnen ausgehandelt wurde.

Privatperson der (End-)Kunde des Abnehmers ist, schon aus diesem Grunde entfallen.

80. Die Studienvereinbarung regt zudem an, klarzustellen oder zu regeln, dass Festsetzungen von Weiterverkaufspreisen in Erfüllungsverträgen auch dann vom Preisbindungsverbot ausgenommen werden, wenn an der vorherigen Vereinbarung mit dem Anbieter keine nicht unternehmerisch handelnde Privatperson, sondern ein Gewerbetreibender beteiligt ist. Das ist derzeit unklar – es sei denn, die Kommission meint mit „Endverbraucher“ auch gewerbliche Kunden, die die Vertragsprodukte (wesentlich) weiter verarbeiten oder nutzen (vgl. dazu auch die allgemeine Anmerkung der Spezifizierung der Begrifflichkeiten unter B. 5.). Schließlich dürften die wettbewerblichen Vorteile in diesem Fall ebenso auftreten und den gewerblich agierenden Kunden ebenfalls zugutekommen. So sollte z.B. die Festsetzung des Weiterverkaufspreises eines Großhändlers, Importeurs oder vergleichbaren Zwischenhändlers auch dann zulässig sein, wenn die Preisfestsetzung auf eine vorherige Vereinbarung des Anbieters mit einem Einzelhändler zurückzuführen ist. Bezogen auf Gewerbetreibende würde das Erfordernis des Verzichts auf das Recht, den ausführenden Zwischenhändler zu wählen, auch nicht die oben beschriebenen konsumentenschutzrechtlichen Implikationen aufwerfen.
81. Auch darüber hinaus erscheint die Vorgabe, dass der Kunde, gegenüber dem der Vertrag zu erfüllen ist, auf sein Recht verzichtet haben muss, das ausführende Unternehmen auszusuchen, nicht erforderlich zu sein. In der Regel sind die zu erfüllenden Verträge bereits ausverhandelt. Der Kunde schließt den Erfüllungsvertrag in der Regel erst ab, wenn es sich aus seiner Sicht um einen Vertrag mit schon optimalen Konditionen handelt, für den dieser nur noch einen erfüllenden Abnehmer des Anbieters sucht. Eine weitere Verhandlungsrunde über den Preis initiiert ein solcher Kunden regelmäßig nicht. I.d.R. finden weitere Preisverhandlungen an dieser Stelle daher nicht statt oder scheitern daran, dass es sich um einen schon besonders niedrigen Preis handelt, den der zur Erfüllung ausgesuchte Abnehmer des Anbieters im Verhältnis zum Kunden de facto nicht mehr unterbieten kann. Der Preiswettbewerb dürfte daher in derartigen Fällen in der Regel ohnehin ausgeschlossen sein – unabhängig davon, ob der Kunde auf sein Recht verzichtet, den ausführenden Abnehmer auszuwählen, oder nicht.

82. Bestünde man auf dieser Voraussetzung, wäre dies für die Kunden gegenüber denen der Vertrag zu erfüllen ist letztendlich auch nicht von Vorteil. Diese Problemstellung ist nämlich nicht dadurch zu lösen, dass man Anbieter und Abnehmer auf die Vereinbarung eines Höchstpreises verweist, auch wenn der Preis ausverhandelte Preis in der Regel ein solcher sein dürfte (so aber LL-E Rn. 178, letzter Satz). Denn eine Deklaration des zwischen Anbieter und dem Kunden vereinbarten Preises als im Verhältnis Anbieter/Abnehmer vereinbarten Höchstpreises gegenüber dem Kunden dürfte an der Situation üblicherweise nichts ändern, weil dieser Preis in der Regel bereits so niedrig ist, dass er sich wie ein Festpreis auswirken dürfte. Wenn dem aber so ist, dann sollte es nicht die Voraussetzung für solche Fulfillment Contracts sein, dass der Kunde auf die Auswahl des durchführenden Abnehmers verzichtet. Denn die Abnehmer, die den Erfüllungsvertrag übernehmen könnten, mögen zwar nicht im Preis, wohl aber in der Qualität der flankierenden Dienstleistungen (oder aber im Vertrauensbereich) weiterhin in einem Wettbewerbsverhältnis stehen. Es scheint nicht zielführend, diesen Restwettbewerb letztendlich dadurch de facto zu verhindern, dass der Kunde auf das Recht, eine Auswahl zu treffen, verzichten muss, damit die Verträge – wie vom Kunden gewünscht – als Erfüllungsverträge im Sinne der Rn. 178 LL-E gelten.
83. Die Studienvereinigung würde auch eine Klarstellung der Rechtsfolge der in Rn. 178 LL-E S. 3 getroffenen Aussage begrüßen. Es ist aus Sicht der Studienvereinigung unklar, ob hier eine „Gegenausnahme“ vom Preisbindungsverbot formuliert werden soll, wonach die in Satz 1 genannten Erfüllungsverträge nicht von der Ausnahme profitieren sollen. Sofern Satz 3 bedeuten soll, dass Erfüllungsverträge gem. Rn. 178 LL-E S. 1 von „unechten“ Handelsvertretern dem Preisbindungsverbot unterliegen sollen, ist dies für die Studienvereinigung im Lichte der Begründung zu Rn. 178 LL-E, wonach es bei Erfüllungsverträgen eben keinen einschränkbaren (Preis-)Wettbewerb (mehr) gebe, nicht konsistent. Die Erwägungen, dass es bei Erfüllungsverträgen gem. Rn. 178 LL-E keinen einschränkbaren (Preis-)Wettbewerb gebe, trifft nach Ansicht der Studienvereinigung auch auf den „unechten“ Handelsvertreter als erfüllenden Abnehmer zu. Aus Sicht der Studienvereinigung existieren keine konzeptionellen Gründe, „unechte“ Handelsvertreter bei Erfüllungsverträgen gem. Rn. 178 LL-E strenger zu beurteilen als andere erfüllenden Abnehmer, insbesondere Eigenhändler. Sofern Rn. 178 LL-E Satz 3 die gegenteilige Aussage beinhalten soll - nämlich dass

ein „echter“ Handelsvertreter nicht zusätzlich die Voraussetzungen der Rn. 178 S. 1 LL-E erfüllen muss, um nicht unter das Preisbindungsverbot zu fallen – was konsistent wäre – sollte dies klarer zum Ausdruck gebracht werden. Dies könnte z.B. auch durch die Streichung der Rn. 178 LL-E S. 3 erfolgen, weil sich dessen Aussage dann auch schon aus allgemeinen Erwägungen ergeben würde.

84. Um den Erfüllungsvertrag gem. Rn. 178 LL-E S. 1 von der Erbringung reiner Logistikdienstleistungen, z.B. Lieferung des bestellten Produktes, eindeutig abzugrenzen, regt die Studienvereinigung die Aufnahme einer entsprechenden Klarstellung an. Dies könnte durch die Aufnahme eines Passus in Rn. 178 LL-E erfolgen, wonach reine Logistikleistungen gegen ein Logistikkentgelt für die Transportleistung ohne Vertragsübernahme von Art 101 Abs.1 AEUV nicht umfasst sind.

3. Preisbindungsverbot bei Einbindung digitaler Plattformen

85. Laut Rn. 179 sollen Anbieter von Online-Vermittlungsdiensten i.S.d. Art. 1 Abs. 1 lit. d) VGVO-E auch „Anbieter“ und damit Adressaten des Preisbindungsverbots in Art. 4 lit. a) VGVO-E sein. Diesen Aspekt haben wir unten unter C. VI.1 im Rahmen der Plattformthemen behandelt.

4. Effizienzen bei Preisbindungen (Rn. 182 des LL-E)

86. Interessant ist im Kontext der Regelungen zur vertikalen Preisbindung zudem die neue Rn. 182 des LL-E. Im Lichte der Gesamtsystematik geht die Studienvereinigung davon aus, dass die Kommission keine fundamentalen Änderungen beabsichtigt, sondern im Wesentlichen die bislang in Rn. 225 a.F. enthaltenen Erwägungen beibehalten und zugleich übersichtlicher und klarer gestalten möchte. Letzteres gelingt auch weitgehend. Gerade die Konturen sollten jedoch weiter präzisiert werden, um in der Praxis eine verlässliche Orientierung zu bieten.
87. Der generelle Hinweis in Rn. 182 LL-E darauf, dass Effizienzgewinne im Sinne von Art. 101 Abs.3 AEUV geeignet sein können, eine Preisbindung unter bestimmten Umständen zu rechtfertigen, ist zwar wenig überraschend, als Einleitung für die nachfolgenden Beispiele aber stimmig. Mit Blick auf letztere wäre

aber eine Klarstellung wünschenswert, dass sie nichts am allgemeinen Regel-Ausnahmeverhältnis ändern, es also Sache des Preisbindenden ist, zu demonstrieren, dass die Voraussetzungen von Art. 101 Abs. 3 AEUV im Einzelfall tatsächlich ausnahmsweise erfüllt sind. Die Beispiele liefern dazu zwar Anhaltspunkte, können aber auch in derartigen Konstellationen keineswegs als Umkehr der Darlegungslast verstanden werden, die eine entsprechende Begründung im Einzelfall entbehrlich machen würde.

88. Weniger klar als Rn. 225 ist bislang Rn. 182 lit. b LL-E. Hier wären zusätzliche Klarstellungen wünschenswert. Die bisherige Anknüpfung an „Franchisesysteme und ähnliche Vertriebssysteme“ ließ wenig Fragen offen. Demgegenüber wirkt die neue Formulierung konturloser, wenn sie Franchisesysteme als Beispiel für ein „Vertriebssystem, in dem der Anbieter ein einheitliches Vertriebsformat anwendet“ anführt, und Letztere wiederum nur als einen Fall („insbesondere“) einer im Interesse des Verbrauchers notwendigen Sonderangebotskampagne. Sofern tatsächlich beabsichtigt ist, gegenüber den bisher thematisierten Konstellationen weitere anzusprechen, sollten diese ebenso klar benannt werden. Gleiches gilt für die Ausgestaltung der koordinierten Sonderangebotskampagne selbst: Zweifelsohne kann eine solche auch jenseits von Produktneueinführungen im Einzelfall zu Effizienzgewinnen führen. Es sollte aber klargelegt werden, dass die Kurzfristigkeit begriffsnotwendig einen Ausnahmecharakter voraussetzt. Der genannte Zeitraum sollte entsprechend ins Verhältnis gesetzt werden (z.B. pro Produkt pro Jahr), um keinen Zweifel daran zu lassen, dass eine Aneinanderreihung derartiger Kampagnen für dasselbe Produkt mit lediglich kurzen Pausen nicht den zugrundeliegenden Erwägungen entspreche. Der letzte Satz („Angesichts...“) sollte schließlich gestrichen werden. Er wirkt widersprüchlich (vorübergehender Charakter vs. Festsetzung von Festpreisen im Einzelhandel insgesamt) und liefert zugleich keinen erkennbaren Mehrwert.
89. Grundsätzlich zu begrüßen ist schließlich die Erläuterung in Rn. 182 lit. c) LL-E. Es ist nicht ersichtlich, dass die Kommission hier von ihrer bisher in Rn. 225 LL dargelegten Sichtweise abweichen möchte. Allerdings stellt sich die Frage, ob die Trittbrettfahrer-Thematik tatsächlich am sinnvollsten im Rahmen der Preisbindung verortet ist oder ob die Neufassung der LL nicht genutzt werden soll-

ten, um die Thematik den Doppelpreissystemen zuzuordnen. Die von der Kommission umfassend überarbeiteten Regelungen zu Doppelpreissystemen wirken deutlich geeigneter, um der Problematik zu begegnen. Eine Preisbindung ermöglicht keine individuelle Honorierung der Anstrengungen einzelner Händler. Stattdessen würde sie alle Abnehmer gleich behandeln und so möglicherweise sogar die Marge der Trittbrettfahrer wegen ihrer geringeren Kosten verbessern und das Problem unter Umständen sogar verstärken. Zugleich führt die Formulierung dazu, dass Produkte als besonders kompliziert, gefährlich oder anderweitig beratungsbedürftig dargestellt werden müssten, um so eine Preisbindung (vermeintlich) zu rechtfertigen. Dies ist ineffizient und läuft den Verbraucherinteressen zuwider. Auch stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob mit einem bloßen Verweis auf die Komplexität und damit Beratungsintensität des Produktes allein schon der von der Kommission geforderte Nachweis für die Rechtfertigung der Preisbindung zweiter Hand zur Verhinderung der Trittbrettfahrer-Thematik gelingen kann. Sollte es weiterer Aspekte bedürfen, so sollte dies u. U. beispielhaft angeführt werden. Die Kommission stellte bisher im Übrigen darauf ab, dass sich ein allfälliger Beratungsbetrag unabhängig von den verkauften Produkten errechnen muss. Dies ergibt sich aus Rn. 52 lit. d LL. Wäre es somit bei entsprechender Darstellung künftig aus Sicht der Kommission ausreichend, wenn ein Beratungsbetrag etwa nicht einer konkreten Verkaufszahl zugeordnet wird, sondern etwa gestaffelt bis zu einer bestimmten Verkaufsmenge gilt und dieser erhöht werden könnte, wenn diese Verkaufsmenge überschritten wird?

90. Unter Berücksichtigung der vorstehenden Aspekte sollten die Ausführungen in Rn. 182 lit. c LL-E im Kontext der Preisbindung gestrichen und stattdessen im Zusammenhang mit den Ausführungen zur Zulässigkeit von Doppelpreissystemen zielgenau behandelt werden.

V. Beschränkung der Kundengruppe/ des Gebiets

91. Der VGVO-E und der LL-E berücksichtigen die zwischenzeitlich ergangene Rechtsprechung zu vertikalen Kundenbeschränkungen und verbessern die Übersichtlichkeit der Regelungen zu Kundenbeschränkungen und insbesondere

zu Alleinvertriebssystemen, selektiven Vertriebssystemen und freien Vertriebssystemen deutlich. Der VGVO-E ist aus unserer Sicht auch in diesem Abschnitt im Wesentlichen zielführend. Eine Erhöhung der Marktanteilsschwelle – jedenfalls für die quantitative Selektion – bleibt wünschenswert.

92. Es bleiben allerdings im LL-E einige wichtige Fragen noch nicht durchgehend stimmig gelöst:

1. Abgrenzung aktiver Verkäufe von passiven Verkäufen

93. Die Studienvereinigung begrüßt grundsätzlich die Bemühungen, in den Leitlinien (Rn. 197ff. LL-E) die Kriterien für die Abgrenzung zwischen zulässigen Beschränkungen des aktiven Online-Vertriebs von unzulässigen Beschränkungen der passiven Verwendung des Online-Kanals zu präzisieren und zu schärfen. Diese Bemühungen verdeutlichen allerdings die schwierige Justiziabilität dieser Abgrenzung und deren teilweise nicht ohne weiteres gegebene Nachvollziehbarkeit. Als Beispiel sei die Sprache einer Website in Rn. 199 LL-E erwähnt, wo die Verwendung der englischen Sprache grundsätzlich als Indiz für passiven Vertrieb, andere Sprachen der Mitgliedstaaten als Indiz für aktiven Vertrieb gewertet werden. Die an sich wünschbaren Präzisierungen zeigen auf, dass die dem "Brick and Mortar"-Zeitalter entstammende Unterscheidung zwischen aktivem und passivem Vertrieb als Kriterium für die Zulässigkeit von Vertriebsbeschränkungen im Online-Zeitalter an die Grenzen ihrer Tauglichkeit stößt und ein grundsätzliches Überdenken der Systematik mittelfristig unerlässlich ist. Auch der Umstand, dass öffentliche Ausschreibungen ungeachtet der Frage, wie die Ausschreibungsunterlagen zum Abnehmer gelangen, gem. Art. 1 Abs. 1 lit. m) als passive Verkäufe gewertet werden, scheinen eher einer politischen Logik zu folgen, als sich in die klassische Abgrenzung von aktiven und passiven Verkäufen einzufügen. Für die privaten Ausschreibungen ist dies nur im LL-E aufgeführt und scheint daher eine Kernbeschränkung auf Leitlinienebene zu schaffen, was abzulehnen wäre. Dies passt auch nicht zu der Definition in Art. 1 Abs. 1 lit. l), nach denen alle Verkäufe, die nicht explizit passive Verkäufe gem. lit. m) VGVO-E sind, als aktive Verkäufe gelten.
94. Der Kriterien-Katalog für die Abgrenzung der unzulässigen Beschränkungen des Online-Vertriebs müsste jedenfalls auch auf inhaltliche Kongruenz mit der Geo-

Blocking-VO abgestimmt werden, um Rechtsunsicherheit für die Unternehmen zu vermeiden. Dies könnte allenfalls auch mit einem umfassenden Verweis auf diese erreicht werden.

2. Definition der Kundengruppe/Verwendungsbeschränkungen

95. Der VGVO-E verwendet in Art. 4 lit. b)-d) und im LL-E den Begriff der Kundengruppe und definiert diesen in Rn. 104 LL-E im Zusammenhang mit Alleinvertriebssystemen. Damit wird klargestellt, dass eine Kundengruppe auch aufgrund abstrakter Kriterien zu definieren ist, z.B. der beruflichen Tätigkeit, und dass auch individualisierte Kunden oder gar ein einziger Kunde eine Kundengruppe sein können.
96. Indes bleibt unklar, unter welchen Umständen eine Definition nach der beruflichen Tätigkeit eine Kundengruppe hinreichend klar abgrenzt und wie sich eine Kundengruppenbeschränkung von einer Verwendungsbindung unterscheidet. Darüber hat jüngst der BGH entschieden (dazu BGH, KZR 35/20, U. v. 6. Juli 2021-*Porsche-Tuning II*). Der BGH geht bei einer Verwendungsbindung betreffend die Verhinderung der Verwendung von Fahrzeugen zur Präsentation von Tuning-Leistungen und der Verwendung von Teilen für Tuning Zwecke unter bestimmten Umständen davon aus, dass damit eine Kundengruppe beschränkt werde und führt in Rn. 33 des Urteils zu den Präsentationsfahrzeugen aus: *"Zwar knüpft die angegriffene Klausel nach ihrem Wortlaut nicht unmittelbar an eine Kundengruppe, sondern an die Verwendung von Neuwagen zu Präsentationszwecken für Tuning-Produkte an. Schon wegen der erheblichen Anschaffungskosten derartiger Produkte kann die Klausel indes allein Unternehmen betreffen, deren wesentlicher Geschäftsgegenstand zumindest auch, wenn nicht ausschließlich, der individuelle Umbau, die Umrüstung durch Austausch von Fahrzeugkomponenten und die Leistungssteigerung, mithin das Tuning von Porsche-Serienfahrzeugen ist."*
97. In dem Fall geht es insbesondere darum, ob es eine hinreichend abgrenzbare Kundengruppe der besonders auf Porsche fixierten Automobiltuner gibt, wobei Automobiltuner im Grundsatz Hersteller von Tuning-Teilen und Tuning-Werkstätten sein können. Tatsächlich ist jede Autowerkstatt in der Lage, Ersatzteile zu modifizieren und in Fahrzeuge einzubauen oder sich Tuning-Teile entweder

selbst herzustellen oder sich von Dritten zu besorgen und in Fahrzeuge einzubauen. Damit stellt sich die Frage, unter welchen Umständen eine Verwendungsbindung zugleich zu einer Kundengruppenbeschränkung wird. Die Gleichsetzung der Verwendungsbindung mit einer Kundengruppenbeschränkung erscheint jedenfalls fraglich, wenn alle Autowerkstätten entsprechend den Anforderungen der KFZ-GVO die Ersatzteile zu Reparaturzwecken erhalten dürfen, ebenso die Endverbraucher. Insoweit dürfte eine Kundengruppe, die durch die Verwendungsbindung beschränkt werden würde, nicht klar abgrenzbar sein. Die Studienvereinigung würde es begrüßen, wenn der LL-E künftig weitergehende Hinweise zu der Frage enthielten, wie eine Kundengruppenbeschränkung, die an die berufliche Tätigkeit anknüpft, von einer Verwendungsbindung abzugrenzen ist. So wird vertreten, dass eine Verwendungsbindung für sich genommen jedenfalls dann kein Kernverstoß im Sinne von Art. 4 der VGVO ist, wenn sie nicht den unveränderten Weiterverkauf beschränkt (zum Stand der Diskussion in Deutschland Bauer/Rahlmeyer/Schöner-Neuhaus/Johnston, Handbuch Vertriebskartellecht, 2020, § 10 Rn. 43-47). Demgegenüber hat der BGH in Rn. 38, 39 des Urteils Porsche-Tuning II ausgeführt: *„Ein unzulässiger Wiederverkauf muss sich vielmehr auf die von den Beklagten vertriebenen Produkte, hier neue Serienfahrzeuge der Marke Porsche beziehen. Ein relevanter Wiederverkauf [der durch ein selektives Vertriebssystem unterbunden werden kann] liegt danach nur vor, wenn die Fahrzeuge als Neuwagen ohne (wesentliche) Veränderungen weiterverkauft werden.“* Der Umkehrschluss aus dieser Aussage des BGH ist zunächst, dass jedenfalls der Weiterverkauf in nur unwesentlich veränderten Zustand im Einklang mit Art. 4 lit. c) VGVO-E untersagt werden dürfte. Soweit man dieser Ansicht folgt, bleibt allerdings unklar, was eine wesentliche Veränderung ist und unter welchen Umständen eine Weiterverarbeitung der Vertragsware ein Endverbrauch ist, so dass sie sofort weiterverkauft werden darf. Hier würde die Studienvereinigung eine Klarstellung in den LL begrüßen, so dass ein selektives Vertriebssystem nicht mit einfachen, z.B. kosmetischen Veränderungen unterlaufen werden kann.

3. Beschränkung von Vertriebskanälen und Werbekanälen

98. Der LL-E beschäftigt sich ausführlich mit dem Ausschluss bestimmter Vertriebskanäle im Onlinehandel. Ausgangspunkt der Überlegungen ist, dass die Beschränkung der Nutzung des Internets für den Online-Verkauf die Gebiete oder

Kundengruppen beschränkt, in die oder an die die Abnehmer oder ihre Kunden die Vertragswaren oder -dienstleistungen verkaufen können, da sie den Verkauf an Kunden außerhalb des physischen Handelsgebiets der Abnehmer oder ihrer Kunden beschränken (Rn. 188 LL-E). Beschränkungen, die die wirksame Nutzung eines oder mehrerer Online-Werbekanäle (z.B. Preisvergleichsinstrumente oder Werbung in Suchmaschinen) verhindern, hätten zum Ziel, die Abnehmer oder ihre Kunden daran zu hindern, das Internet wirksam zu nutzen (Rn. 188 LL-E). Demgegenüber würde ein Verbot der Nutzung eines bestimmten Preisvergleichsinstruments oder einer Suchmaschine die wirksame Nutzung des Internets für den Online-Verkauf in der Regel nicht verhindern (Rn. 192 LL-E). Auch die Beschränkung der Nutzung eines bestimmten Online-Vertriebskanals (z.B. Online-Marktplätze) könnte unter die Gruppenfreistellung fallen (Rn. 194 LL-E).

99. Die Studienvereinigung würde es befürworten, wenn die neuen LL auch spezifische Hinweise zur Beschränkung von Vertriebskanälen und Werbekanälen im physischen Handel enthalten würden. Entsprechend den für den Online-Vertrieb spezifizierten Parametern erscheint es möglich, Abnehmern ein bestimmtes Umfeld für ihre Werbung zu untersagen und die Produkte nicht über bestimmte Verkaufsstellen zu vertreiben (zum Klarstellungsbedürfnis außerhalb des selektiven Vertriebs schon Rn. 88 unserer Stellungnahme vom 27. Mai 2019). Die Ausführungen in Rn. 139-140 LL-E behandeln nur ein Überschreiten der Marktanteilsschwelle und den Sonderfall von kumulativen Wirkungen im selektiven Vertrieb, der nur bestimmte bestehende Kanäle einschließt, Discounter oder reine Internethändler dagegen vom Markt ausschließt. Die LL sollten wie für den Onlinevertrieb auch für den physischen Vertrieb klarstellen, dass der Ausschluss eines bestimmten Vertriebskanals oder eines bestimmten Werbekanals zulässig sein kann. Freistellungsfähig sollte z.B. das Verbot der Werbung in bestimmten Medien, z.B. bestimmten politischen Magazinen sein.

4. Alleinvertrieb als ausnahmsweise erlaubte Kundenbeschränkung

100. Art. 4 lit. b) VGVO-E befasst sich spezifisch mit dem Szenario, in dem der Anbieter ein Alleinvertriebssystem betreibt. Folgerichtig definiert Art. 1 Abs. 1 lit. g) VGVO-E den Begriff "Alleinvertriebssystem" und erklären Art. 1 Abs. 1 lit. l)-k)

VGVO-E die Bedeutung von „aktiver Verkauf“, „passiver Verkauf“ und „Beschränkung des aktiven oder passiven Verkaufs“. Diese Regelungen dienen der besseren Übersichtlichkeit und erleichtern die Abgrenzung zwischen Alleinvertrieb und selektivem Vertrieb. Zum Entwurf der diesbezüglichen Neuregelung haben wir nur wenige Anmerkungen.

a) Geteilter Alleinvertrieb

101. Es ist zunächst zu begrüßen, dass der VGVO-E den geteilten Alleinvertrieb zulässt. Dies ermöglicht mehr Spielraum als die bisherige Regelung und kommt den Bedürfnissen der Praxis entgegen. Zutreffend hält der LL-E fest, dass die typische Gefahr des Alleinvertriebs, dass dieser den markeninternen Wettbewerb schwächt, in einem solchen Szenario geringer ist, als wenn nur ein Alleinvertriebshändler das betreffende Gebiet/ die betreffende Kundengruppe bearbeitet.
102. Einzelheiten sind allerdings noch nicht hinreichend klar.
103. Gemäß Art. 1 Abs. 1 lit. g) VGVO-E und Rn. 102, 107 LL-E muss die Zuweisung eines Gebiets oder einer Kundengruppe exklusiv erfolgen, wobei *"die Zahl der Abnehmer im Verhältnis zu dem zugewiesenen Gebiet oder der zugewiesenen Kundengruppe bestimmt wird, um zum Schutz der Investitionen der Abnehmer ein bestimmtes Geschäftsvolumen zu sichern."* Der LL-E beschäftigt sich an vier Stellen ausdrücklich mit dem geteilten Alleinvertrieb, nämlich in Rn. 102, 112, 125 und 242. Wie die Unternehmen die Anforderungen an einen zulässigen geteilten Alleinvertrieb praktisch prüfen sollen, klärt der LL-E nicht oder jedenfalls nicht ausreichend. Insbesondere bleibt unklar, wie das Geschäftsvolumen *ex ante* zu bestimmen ist und in welchem Umfang der geteilte Alleinvertrieb zum Schutz der Investitionen der Abnehmer beitragen muss. Die Studienvereinigung geht davon aus, dass sich solche Fragen häufig stellen werden und dass das Fehlen weiterer Klarstellungen in den LL einer einfachen Anwendung der VGVO auf den geteilten Alleinvertrieb zuwiderläuft.
104. Demgegenüber befasst sich der LL-E in Rn. 108-126 sehr ausführlich mit den wahrscheinlich weniger relevanten Einzelfällen von Alleinvertriebssystemen, in denen die Marktanteilsschwelle von 30 % überschritten wird. Dabei ergeben

sich auch daraus keine Hinweise darauf, unter welchen Umständen ein geteilter Alleinvertrieb zulässig ist. Rn. 126 befasst sich mit Investitionen, die im Laufe der Zeit erfolgen, sowie mit Abschreibungen und ihrer Dauer, wobei ein Teil der Investitionen, z.B. in Fertigkeiten des Personals, im Regelfall keiner Abschreibung zugänglich ist.

b) Selektiver Vertrieb neben Alleinvertrieb

105. Art. 4 lit. b) (i) VGVO-E erlaubt einem Anbieter, der ein Alleinvertriebssystem betreibt, die Beschränkung des aktiven und passiven Verkaufs durch den Alleinvertriebshändler oder den Alleinvertriebshändler und seine Kunden an nicht zugelassene Händler in einem anderen Gebiet, in dem der Anbieter ein selektives Vertriebssystem für die Vertragswaren oder-dienstleistungen betreibt. Die VGVO verfolgt nunmehr konsequent den Ansatz, dass die Beschränkungen, die innerhalb eines in einem Gebiet installierten Vertriebssystems auch gegenüber anderen Mitgliedern des Vertriebssystems, die außerhalb des betreffenden Gebiets ansässig sind, umgesetzt werden dürfen – und zwar unabhängig davon, welche Art von Vertriebssystem außerhalb des betreffenden Gebiets praktiziert wird. Die Studienvereinigung begrüßt diese Regelung (dazu auch die Stellungnahme vom 27. Mai 2019, Rn. 121). Insbesondere wird befürwortet, dass die Beschränkungen zum Schutz von selektiven und Alleinvertriebsgebieten nunmehr auch an den Kunden weitergegeben werden dürfen. Dies ergibt sich mittelbar jedenfalls aus den Rückausnahmen unter Art. 4 lit. b) (i) und (ii), lit. c) (i), 1. und 2. Spiegelstrich sowie Art. 4 lit. d) (i) und (ii). Nach dem Wortlaut der Art. 4 lit. b), c) und d) VGVO-E dürfte eine Beschränkung der Kunden des Abnehmers aber schon nicht unter die Kernbeschränkung fallen, weil die Kernbeschränkung sich eben (nur) auf den Abnehmer selbst bezieht.
106. Zum Schutz des Alleinvertriebsgebiets erscheint die Rückausnahme allerdings noch weiter eingeschränkt, nämlich auf solche Kunden des Abnehmers, die in irgendeiner Form Teil des Vertriebssystems des Anbieters sind, weil sie entweder mit diesem oder einem anderen Unternehmen, das der Anbieter mit Vertriebsrechten ausgestattet hat, eine Vertriebsvereinbarung haben (wobei auch nicht eindeutig ist, was in diesem Zusammenhang „beteiligte“ Unternehmen heißt). Die jetzige Sprachfassung erscheint jedenfalls in der deutschen Version schwer verständlich. Die Studienvereinigung geht davon aus, dass damit alle

Mitglieder auch eines mehrstufigen Vertriebssystems des Anbieters (einschließlich von Handelsvertretern) gemeint sind. Dies könnte weiter klargestellt werden.

107. In Rn. 190 bleibt die Kommission dabei, dass etwaige Beschränkungen auch aus dem Umstand resultieren können, dass keine EU-weite Garantie vereinbart wird. Auch wenn die Formulierung offen ist („kann“), suggeriert der Text zu Unrecht, dass ein Anbieter eine EU-weit einlösbare Garantie einrichten müsse, um die Kernbeschränkung nicht zu verwirklichen. Die Ausnahme von dem Grundsatz in der Fußnote ist hilfreich, aber nicht vollständig. Richtig ist zwar, dass ein tatsächlich eingeführtes Garantiesystem nicht dazu missbraucht werden darf, Verkäufe innerhalb des Binnenmarkts durch eine diskriminierende Handhabung des Garantiesystems unattraktiv zu machen. Eine indirekte Pflicht, ein EU-weit einlösbares vertragliches Garantiesystem einzuführen, um keine Kernbeschränkung zu verwirklichen, resultiert daraus nicht. Wenn die Kommission eine dahingehende Verpflichtung zur Voraussetzung für die Freistellung machen wollte, was nach hiesigem Verständnis aber nicht der Fall ist, müsste sie das klar in Art. 3 VGVO als Voraussetzung für die Freistellung normieren.

c) Verwendung von Ersatzteilen als Bauteilen

108. Art. 4 lit. b) (iv) VGVO ist in der Sache unverändert übernommen worden, und zwar in Art. 4 lit. b) (v) VGVO-E für Alleinvertriebssysteme, in Art. 4 lit. c) 5. Spiegelstrich VGVO-E für selektive Vertriebssysteme und in Art. 4 lit. d) (v) VGVO-E für freie Vertriebssysteme. Der LL-E befasst sich mit der sog. Bauteileklausel in der Sache wortgleich in Rn. 212 (Alleinvertrieb), Rn. 219 (selektiver Vertrieb) und Rn. 230 (freier Vertrieb). Der Wortlaut im LL-E deckt sich im Wesentlichen mit dem Wortlaut in Rn. 55 der LL und gibt den Wortlaut der Klausel noch genauer wieder, indem ausdrücklich auf den Weiterverkauf der Teile an Wettbewerber des Anbieters abgestellt wird, „*die sie zur Herstellung der gleichen Art von Waren wie die vom Anbieter hergestellten verwenden würden*“. Gleichwohl verbleiben bei Anwendung der Bauteileklausel weitere Rechtsunsicherheiten, die in den neuen LL möglichst geklärt werden sollten. Insbesondere stellt sich die Frage, ob Handels- und Serviceunternehmen, die bestimmte Teile als Ersatzteile ausdrücklich zur Erbringung von Serviceleistungen gegenüber ihren Kunden, mithin zur Weiterverwendung, erhalten, aber keiner entsprechenden

Vertriebspflicht unterliegen, eingeschränkt werden dürfen, diese Teile an Konkurrenten des Anbieters zu verkaufen. Nach Ansicht der Studienvereinigung Kartellrecht fällt eine solche Beschränkung unter die zulässige Ausnahme des (jetzt) Art. 4 lit. b) (v), lit. c), 3. Spiegelstrich, lit. d) (v) und zwar auch dann, wenn ihnen nicht verboten ist, die Teile auch an freie Serviceanbieter zu verkaufen (dazu BGH, KZR 35/20, U. v. 6. Juli 2021, Rn. 63 - *Porsche-Tuning II*; unsere Stellungnahme vom 27. Mai 2019, Rn. 113-115).

5. Selektiver Vertrieb als ausnahmsweise erlaubte Kundenbeschränkung

a) Unterscheidung quantitativ/qualitativ, insbesondere Mindestumsatz

109. Rn. 130 LL-E befasst sich mit der Unterscheidung qualitativer und quantitativer Kriterien für die Auswahl der Händler. Rn. 134 LL-E befasst sich mit den Kriterien beim rein qualitativen Selektivvertrieb. Anders als noch in Rn. 175 a.E. der LL enthält der Entwurf keine besondere Befassung mit dem „*quantitativen Selektivvertrieb*“, sondern unterscheidet in Rn. 137 im Grundsatz zwischen (1) qualitativem Selektivvertrieb, der nach den Metro-Kriterien vom Kartellverbot ausgenommen ist, (2) von der VGVO freigestelltem selektivem Vertrieb und (3) selektiven Vertriebssystemen, in denen die Metro-Kriterien nicht erfüllt sind, und die VGVO nicht greift oder wenn parallele Netze des selektiven Vertriebs in ein und demselben Markt eine kumulative Wirkung entfalten. Damit entfällt auch die in Rn. 175 a.E. der LL enthaltene Formulierung, beim quantitativen Selektivvertrieb kämen noch "*Kriterien hinzu, die die Anzahl der in Frage kommenden Händler **unmittelbar** beschränken, weil beispielsweise eine ein Mindest- oder Höchstumsatz vorgeschrieben oder die Händlerzahl ausdrücklich begrenzt wird.*" (Hervorh.d.d.Verf.) Tatsächlich kann ein Mindestumsatz auch ein qualitatives Kriterium sein und das Unmittelbarkeitskriterium ist unklar (unsere Stellungnahme vom 27. Mai 2019, Rn. 92-94). In Rn. 130 LL-E ist die Thematik nun jedenfalls etwas offener formuliert: "*Quantitative Kriterien beschränken die Anzahl der infrage kommenden Händler **unmittelbarer**, weil beispielsweise ein Mindest- oder Höchstumsatz vorgeschrieben oder die Händlerzahl ausdrücklich begrenzt wird.*" (Hervorh.d.d.Verf.). Allerdings geht Rn. 140 LL-E offenbar immer noch davon aus, dass die „*Vorgabe eines Mindestwertes für das jährliche Einkaufsvolumen der Händler*“ grundsätzlich kein rein qualitatives Kriterium ist. Das erscheint in dieser Pauschalität unzutreffend zu sein und deckt sich – wie

bereits in unserer Stellungnahme vom 27. Mai 2019, Rn. 93-94 ausgeführt – nicht mit der deutschen Rechtsprechung.

b) Begriff „Endverbraucher“

110. Die Studienvereinigung Kartellrecht würde es nach wie vor sehr begrüßen, wenn die LL zukünftig den Begriff „Endverbraucher“, z.B. in Abgrenzung zum Weiterverwender, Weiterverarbeiter oder Reparaturbetrieb (eindeutig) definieren würden. Der Begriff findet sich in Rn. 54, 65, 98, 111, 116, 126, 127, 131, 140, 147, 153, 158, 178, 187, 211, 218, 220, 222, 229, 231, 238, 239, 266, 270, 284, 289, 310, 314, 334, 342, 343, 345, 346 und 349 LL-E, jeweils ohne klare Definition.
111. In der englischen Sprachfassung ist hier teilweise vom „*final consumer*“ die Rede mit Ausnahme von Rn. 131: „*final customer*“. In Rn. 98, 153, 158, 178, 187, 211, 218, 220, 222, 229, 231, 238, 239, 314, 334, 342, 343, 345, 346 und 349 geht es um den „*end user*“. Daneben verwendet der LL-E den Begriff „*Endnutzer*“ in Rn. 77 oder „*Endkunde*“ in Rn. 78. In der englischen Fassung ist hier jeweils von „*end user*“ die Rede.
112. Der LL-E definiert den Begriff nur teilweise und zum Teil widersprüchlich. Das zeigen schon die folgenden Beispiele:
113. In Rn. 54 LL-E heißt es, dass Endverbraucher nicht als Unternehmen tätig sind. Das deckt sich nicht mit Rn. 2 LL-E, wo es lediglich heißt, dass Vereinbarungen mit Endverbrauchern, die nicht als Unternehmen tätig sind, vom Geltungsbereich der VGVO und der LL ausgenommen sind. Tatsächlich erscheint die Formulierung in Rn. 54 LL-E widersprüchlich zur richtigen Aussage in Rn. 238 LL-E, dass Endverbraucher auch Unternehmen sein können. Ähnlich ist in Rn. 334 LL-E die Rede von „*den Endverbrauchern (Endverbrauchern oder anderen Unternehmen)*.“ Wenn die Aussage in Rn. 54 LL-E richtig wäre, würden sich die Abgrenzungsprobleme zu Weiterverwendern, Weiterverarbeitern und Reparaturbetrieben weniger scharf stellen, aber so einfach dürfte es wohl nicht sein.
114. Rn. 131 LL-E hält fest, dass als Abnehmer selektiver Vertriebssysteme nur Vertragshändler und Endverbraucher infrage kommen. Hier sollte geklärt werden, ob und ggf. unter welchen Umständen Weiterverwender, Weiterverarbeiter

und Reparaturbetriebe, die ein Produkt als Vorprodukt verwenden, Endverbraucher oder eine dritte Kundengruppe sind, die von der Belieferung ausgeschlossen werden kann, weil unmittelbar oder mittelbar nur Endverbraucher und Vertragshändler beliefert werden dürfen. Beispielweise stellt sich die Frage, ob der Kunde eines Vertragshändlers ein Endverbraucher, ein Weiterverwender oder ein Händler ist, wenn er die Ware nur wenig verändert, so dass sie im veränderten Endprodukt noch wiederzuerkennen ist, und die wenig veränderte Ware sofort weitervertriebt (dazu schon unsere Stellungnahme vom 27. Mai 2019, Rn. 100-107). Demgegenüber scheint der BGH im zitierten Fall Porsche Tuning II die Auffassung zu vertreten, es gäbe neben anderen autorisierten Händlern nur zwei relevante Kategorien, nämlich nicht autorisierte Händler, an die der Weiterverkauf untersagt ist, und Endverbraucher, denen gegenüber die Belieferung nicht beschränkt werden darf, wobei Weiterverwender, Weiterverarbeiter und Reparaturbetriebe eine Unterkategorie der Endverbraucher zu sein scheinen oder der nicht autorisierten Händler, wenn sie Ware „ohne (wesentliche) Veränderungen“ weiterverkaufen (Rn. 39).

115. Rn. 220 LL-E befasst sich auch mit Vermittlern („*im Namen dieser Benutzer [gemeint sind wohl Endverbraucher] handelnden Einkäufer*“; in der englischen Fassung: „*purchasing agents*“). Die Abgrenzung von Vermittlern, die auf Seiten der Endverbraucher auftreten, zu Vermittlern, die auf Seiten autorisierter Händler oder auch nicht autorisierter Händler auftreten, bleibt unklar. Hier besteht die reelle Gefahr, dass das selektive Vertriebssystem durch als Einkäufer für einen Endkunden getarnte Wiederverkäufer unterlaufen wird. Wir verweisen auf Rn. 102 unserer Stellungnahme vom 27. Mai 2019 sowie auf die Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht zur Evaluation der Kfz-GVO vom 26. Januar 2021 (Rn. 98ff.).
116. In Rn. 270, 290-292, 310 220 LL-E geht es um eine Unterscheidung bei der Handelsstufe, ob es sich um Zwischen- oder Endprodukte handelt. Zwischenprodukte würden an Unternehmen verkauft, die sie als Vorleistung für andere Waren oder Dienstleistungen einsetzen. Sie seien im Endprodukt in der Regel nicht wiederzuerkennen. Endprodukte dagegen würden direkt oder indirekt (über Händler) an Endverbraucher verkauft. Diese Formulierungen tragen nicht zur Klärung des Begriffs des Endverbrauchers bei. Tatsächlich geht es bei der Wei-

terverwendung, der Weiterverarbeitung und der Reparatur nicht nur um Handelsstufen, sondern auch um Produktionsstufen (zur Differenzierung der verschiedenen Ebenen der Produktions- oder Vertriebskette auf Ziff. 4.2.2. LL-E). Hier stellt sich die Frage, wann ein Abnehmer als Unternehmen noch Endverbraucher ist, z.B. für eingesetzte Schrauben (die im Endprodukt nicht wiederzuerkennen sind), oder ob es sich bei dem Kunden des Abnehmers um einen Weiterverwender handelt, der z.B. Bauteile für die Herstellung von Waren einsetzt, um damit dem Anbieter Konkurrenz zu machen.

117. Rn. 342 differenziert zwischen Endverbrauchern und Endkunden: „*Wenn es sich bei den Endverbrauchern um Endkunden handelt...*“ Die Unterscheidung zwischen Endverbrauchern und Endkunden ist an dieser Stelle nicht nachvollziehbar. Dabei hilft auch nicht die englische Fassung: „*Where the end users [in der deutschen Fassung „Endverbraucher“] are final consumers [in der deutschen Fassung „Endkunden“] ...*“. Hier bedarf es einer Klarstellung, ob und welche Unterschiede es gibt.

c) Mindestbezug und Parallelhandel

118. Der LL-E erwähnt Mindestbezugsmengen und Mengenvorgaben im Zusammenhang mit selektiven Vertriebssystemen in Rn. 14 LL-E unter lit. g) und in Rn. 140. Dabei bleibt offen, unter welchen Umständen Mindestbezugsmengen und Mengenvorgaben geeignet sind, den Parallelhandel zwischen autorisierten Händlern einzuschränken. Auch Rn. 52 LL-E, die sich mit dem parallelen Handel befasst, schafft insoweit keine Klarheit. Eine Klarstellung bleibt wünschenswert. Wir verweisen auf Ziff. 11.3 unserer Stellungnahme vom 27. Mai 2019.

d) Beschränkung großhandelsmäßiger Querlieferungen

119. Auch zur Beschränkung großhandelsmäßiger Querlieferungen enthält der LL-E bedauerlicherweise keine Erläuterungen. Wir verweisen auf Ziff. 11.4 unserer Stellungnahme vom 27. Mai 2019 und die dort zitierte Entscheidung des OLG München vom 19.7.2018. Die Definition des Großhändlers ist von besonderer Bedeutung, denn eine Tätigkeit des Einzelhändlers auch als Großhändler kann im dualen Vertrieb zur Unanwendbarkeit der VGVO führen (Art. 2 Abs. 4 lit. a)

VGVO-E). Müsste der Großhändler eine solche großhandelsmäßige Querlieferung des Einzelhändlers dulden, könnte er nämlich nicht verhindern, dass sein Vertriebssystem hierdurch nicht mehr in den Anwendungsbereich der VGVO fällt.

e) Vereinzelte Ablehnung von Petenten

120. Der LL-E befasst sich in Rn. 134 mit den Metro-Kriterien und in Rn. 52 mit einseitigem Verhalten. Dabei bleibt offen, ob einseitige Ablehnungen individueller Petenten gegen die Metro-Kriterien verstoßen. Das ist nach der bisherigen Rechtsprechung nicht der Fall und sollte so auch in den LL behandelt werden (dazu Ziff. 11.6 unserer Stellungnahme vom 27. Mai 2019).

121. Rn. 134 LL-E zitiert in Fn. 57 das Urteil des Gerichtshofs vom 14. Juni 2012 Auto 24 SARL ./ Jaguar Land Rover France SAS, C-158/11, EU:C:2012:351 mit der These, es würde die Wahrscheinlichkeit der Erfüllung der Metro-Kriterien erhöhen, wenn die Kriterien allen infrage kommenden Wiederverkäufern zur Kenntnis gebracht werden. Das erscheint im Lichte des Urteils zumindest irreführend, wenn nicht sogar falsch. Der Gerichtshof hat nämlich im Gegenteil in Rn. 31 des Urteils ausgeführt: *„Hierzu ist klarzustellen, dass es für die Überprüfung des genauen Inhalts der für ein selektives Vertriebssystem verwendeten Auswahlmerkmale nicht notwendig ist, dass diese veröffentlicht werden, womit, wie die französische Regierung ausführt, die Gefahr verbunden wäre, dass das Geschäftsgeheimnis unterlaufen würde oder auch kollusive Verhaltensweisen zum Nachteil der Beteiligten erleichtert würden.“* Maßgeblich ist die Abwägung zwischen Geheimnisschutz und den darzulegenden Interessen der Petenten. Unter welchen Umständen ein Petent als Wiederverkäufer in Frage kommt, ist von Fall zu Fall zu beurteilen. Diese Beurteilung ist im Grundsatz eine einseitige Maßnahme des Anbieters, der ein selektives Vertriebssystem betreibt.

f) Quantitative Selektion und Marktanteile über 30 %

122. Die Studienvereinigung nimmt zur Kenntnis, dass die Kommission bisher keinen Grund gefunden hat, die Marktanteilsschwellen zu erhöhen. Diese Position sollte jedenfalls für Branchen überdacht werden, in denen die Händler erhebliche Investitionen tätigen müssen und daher eines gewissen Schutzes bedürfen.

Das hat die Kommission für den quantitativen Selektivvertrieb im KFZ-Bereich zu Recht anerkannt und sollte dies auch allgemein anerkennen (dazu unsere Stellungnahme vom 27. Mai 2019, Ziff. 11.7). Demgegenüber scheinen die ökonomischen Ausführungen in Rn. 137 ff. überwiegend theoretisch und in Branchen mit einer hohen Investition wie im KFZ-Vertrieb – auch nicht realistisch. Der LL-E spricht zwar den Investitionsschutz an (z.B. Rn. 101), aber bis auf eine Erwähnung in Rn. 146 nicht spezifisch mit Blick auf den selektiven Vertrieb.

6. Kundenbeschränkungen außerhalb des Alleinvertriebs und des selektiven Vertriebs (freier Vertrieb)

123. Der VGVO-E befasst sich in Art. 4 lit. d mit Kundenbeschränkungen außerhalb des Alleinvertriebs und des selektiven Vertriebs. Der LL-E beschäftigt sich mit dieser Konstellation zusammen mit Kernbeschränkungen unabhängig von der Art des Vertriebs in Rn. 156, 187 ff. und spezifisch in Rn. 224 ff. Hieraus ergeben sich keine Besonderheiten, sondern die Ausführungen entsprechen den Ausführungen in LL zu Alleinvertriebssystemen und selektiven Vertriebssystemen, so dass auf weitere Anmerkungen verzichtet werden kann.

VI. Regelungen betreffend die digitalen Plattformen

124. Die Kommission reagiert mit ihrem Entwurf der VGVO sowie der Leitlinien auf die steigende Bedeutung von Online-Vertriebskanälen Rechnung, die sich in den letzten Jahren enorm vergrößert hat, die – wohl nicht zuletzt durch die jüngsten Auswirkungen der Covid-19 Pandemie – allgemein anerkannt ist.

1. Plattformen als Anbieter

125. Eine sehr tiefgreifende Änderung der bisherigen Gesetzeslage und Praxis ist der Ansatz, die Stellung von Online-Plattformen im Gesamtsystem der Vertikal-GVO als Anbieter zu definieren. So umfasst die neue Begriffsbestimmung des Art 1 Abs. 1 lit. d) VGVO-E nun Unternehmen, die Online-Vermittlungsdienste erbringen, pauschal als Anbieter.³ In diesem Zusammenhang wurde von den

³ Die Begriffsbestimmung ist im ersten Satz, am Ende, in Pluralform ausgeführt. Zutreffend müsste es wohl heißen „... ob sie selbst an der Transaktion beteiligt sind, deren Einleitung von ihnen vermittelt wird“.

zuständigen Mitarbeitern der Kommission kürzlich in einem Webinar zur Vertikal-GVO⁴ unter Verweis auf den Entwurf zu des LL-E bestätigt, dass Plattform-Intermediäre fortan als Anbieter von Vermittlungsdienstleistungen zu klassifizieren seien. Die Kommission sieht OIS (online intermediation services) damit offenbar als eigenen Input in der Vertriebskette an, weshalb die Einordnung als Anbieter oder Abnehmer wohl – anders als für alle anderen Vermittler – nicht mehr basierend auf den über die Plattform verkauften Gütern oder Dienstleistungen erfolgen soll.

126. Ziel dieser Neudefinition erscheint vor allem zu sein, dass (i) die Plattform nicht mehr als Handelsvertreter im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV anzusehen ist und (ii) die Plattform sich im Rahmen des Art. 4 lit. a) der VGVO nicht mehr darauf berufen können soll, dass sie im Sinne des Art. 1 lit. j) VGVO-E (ehemals lit. k) VGVO 2010) der Abnehmer ist und etwaige von ihr auferlegte Beschränkungen von vorneherein nicht in den Anwendungsbereich des Art. 4 lit. a) fallen.
127. Es erscheint aus Sicht der Studienvereinigung fraglich, ob die validen Punkte, welche die EU-Kommission in Bezug auf die kartellrechtliche Problematik insbesondere marktmächtiger, häufig hybrider Plattformen hervorhebt, nicht ggf. auf andere Weise geregelt werden könnten, die sich besser in die bisherige und für die Offline-Welt auch zukünftige Systematik der V-GVO einfügt und dem natürlichen Wortsinn des Wortes „Anbieter“ in Bezug auf die Vertragsprodukte/Dienstleistungen näher kommt. Darüber hinaus wirft die Neudefinition eine Reihe von in den Leitlinien nicht hinreichend geklärten Fragen auf:
128. Die Einordnung gem. Art. 1 Abs. 1 lit. d) VGVO-E und Rn. 63 LL-E als Anbieter erscheint nachvollziehbar, soweit man allein auf die Erbringung der Intermediationsleistung abstellt, die an die Nutzer der Plattform (sprich: die Verkäufer der Vertragsware/-dienstleistung) erbracht werden. Hierzu bedürfte es allerdings an sich wohl keiner gesonderten Definition.
129. Rn. 63 des LL-E führt aber außerdem aus, dass die Plattform nicht zugleich Abnehmer in Bezug auf die vermittelte Transaktion (d.h. des Vertragsprodukts oder der Vertragsdienstleistung gem. der VGVO 2010) sein kann. Die Plattform

⁴ *The VBER review - into the final furlong*, stattgefunden am 02.09.2021 – wobei die Studienvereinigung sich bewusst ist, dass es sich hierbei nicht um eine für die Kommission verbindliche offizielle Stellungnahme handelt.

soll damit wohl auch in Bezug auf das vermittelte Produkt/die vermittelte Dienstleistung qua *definitionem* als Anbieter gelten (so auch LL-E Rn. 58 a.E.). („Sowohl die Bereitstellung von Online-Vermittlungsdiensten als auch die Waren oder Dienstleistungen, die Gegenstand der dadurch unterstützten Transaktionen sind, gelten für die Zwecke der Anwendung der Vertikal-GVO auf die Vereinbarung, auf deren Grundlage Online- Vermittlungsdienste bereitgestellt werden, und auf die Vereinbarung, auf deren Grundlage die vermittelten Waren oder Dienstleistungen geliefert werden, als Vertragswaren oder -dienstleistungen.“). Im Umkehrschluss dazu soll dann wohl der eigentliche Anbieter (Verkäufer) der Vertragsdienstleistung/des Vertragsprodukts an den Endkunden dann (wie aus Rn. 179 abzulesen) wohl auch in Bezug auf die von ihm im Wortsinne selbst angebotene Ware/Dienstleistung der Abnehmer sein. Das erschiene allerdings ein Kunstgriff, der zwar rechtstechnisch möglich ist, aber der Verständlichkeit und Kohärenz mit dem sonstigen Regelungsgeflecht nicht förderlich ist.

130. Hierzu steht im Gegensatz die Definition in Art. 1 lit. j) VGVO-E, der insb. für den Fall des "unechten" Handelsvertreters (Agenten), der ebenfalls ein Vermittler ist. (Dieser sollte im Übrigen auch in der deutschen Sprachfassung korrekter als „Vermittler“ bezeichnet werden, da der Handelsvertreter laut § 84 HGB nur ein Unterfall des Vermittlers im Sinne des Art. 101 AEUV Abs. 1 ist). Auch soweit die Online-Plattform laut Leitlinien kein „echter Handelsvertreter“ sein soll – dazu unten (insoweit Rn. 44 LL-E), lässt sich die Rolle der beiden "Mittler" für die Geschäfte der Verkäufer nach Ansicht der Studienvereinigung durchaus vergleichen. Dass unterschiedliche Formen der Vermittlung von Geschäften im Hinblick auf die Rolle als Abnehmer und Anbieter unterschiedlich einzuordnen sein sollen, erscheint dabei weder zwingend noch selbsterklärend. Art. 1 Abs. 1 lit. d) VGVO-E und der LL-E entwickeln offenbar ein vertriebskanalbezogenes und kein transaktionsbezogenes Verständnis und unterscheidet sich insoweit grundsätzlich von der bisherigen Systematik und Handhabung. D.h. auch wenn die Plattform an der Transaktion beteiligt ist, bleibt sie per Definition Anbieter (Rn. 63 LL-E).
131. Es ist diesbezüglich zwar verständlich und entspricht auch der generellen Herangehensweise im Kartellrecht nicht auf die formelle Bezeichnung, sondern auf die materielle Funktion abzustellen. Daher erscheint Rn. 63 LL-E, letzter Satz,

eher klarstellender Natur, wonach Umgehungen der geltenden Gesetze nicht durch (willkürliche) vertragliche Definitionen von Anbieter- und Abnehmereigenschaft möglich sind.

132. Dennoch bleibt die Frage, ob es noch weitere Gründe für diese Regelung gibt, die die für alle anderen Arten von vertikalen Vereinbarungen relevante Vertriebskette für das vermittelte Produkt/Dienstleistung offenbar (?) bei Plattformen zukünftig (wohl?) außer Acht zu lassen. Man mag sich daher die Frage stellen, ob mit der Festlegung der Anbieter- oder Abnehmerrolle die Frage der Abgrenzung des relevanten Marktes ggf. vermieden werden soll. Kommt es aufgrund der Definition in Art 1 Abs. 1 lit. d) nun nicht mehr darauf an, auf welchem Markt die Beteiligten aktiv sind und ob man die Vermittlungsleistungen insoweit tatsächlich separat betrachten muss oder direkt auf die vermittelten Leistungen abzustellen ist? Heißt dies ggf. für die Marktanteilsbetrachtungen im Rahmen des Art. 3 VGVO-E, dass nur noch die Anteile auf dem Markt für die Vermittlungsleistung relevant sind oder ergibt sich aus Rn. 58 a.E., dass für Online-Plattformen zukünftig nicht nur die bisherige doppelte (Anbieter und Abnehmermarkt), sondern eine vierfache Marktanteilsschwelle gilt? Wenn das so sein sollte, sollte dies in den Leitlinien ausdrücklich klargestellt werden. Ein alleiniges Abstellen auf die Vermittlungsmärkte erscheint der Studienvereinigung allerdings in Bezug auf die allgemeine Handhabung der V-GVO außerhalb der Plattformökonomie nicht angezeigt.
133. Es ist allerdings richtig, dass die Regelung in Art. 1 Abs. 1 lit. d) die Rechtsanwendung die Transaktionskosten der Unternehmen insoweit senken dürfte, als ein Anbieter i.e.S. von Waren/Dienstleistungen bei dem Absatz seiner Produkte über eine Plattform wohl nicht mehr prüfen muss, ob die Plattform ein Handelsvertreter im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV ist, um sowohl die Kundengruppe als auch den Preis für die vermittelte Transaktion verbindlich festzulegen. Denn die Plattform ist nun qua definitionem nicht als Abnehmer qualifiziert, weswegen die Kernbeschränkungen, insbesondere in 4 lit. a) VGVO-E daher insoweit nicht eingreifen dürfte. Soweit es bei dem jetzt gewählten Konstrukt bleibt, sollte diese Vereinfachung in Rn. 179ff. LL-E eindeutig klargestellt werden.

134. Der umgekehrte, in Rn. 179 LL-E geregelte Fall wirft allerdings Fragen auf. Laut Rn. 179 LL-E sollen Anbieter von Online-Vermittlungsdiensten als „Anbieter“ i.S.d. Art. 1 Abs. 1 lit. d) Adressat des Preisbindungsverbots in Art. 4 lit. a) VGVO-E sein. Damit sollen alle Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen zwischen einem solchen Anbieter und den Nutzern der Online-Vermittlungsdienste (=Verkäufer der Produkte) als Fälle vertikaler Preisbindung erfasst werden, wenn durch die Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise Fest- oder Mindestpreise der vermittelten Waren oder Dienstleistungen des Nutzers bezweckt oder bewirkt werden. Wenn dies die korrekte Auslegung von VGVO-E und Rn. 179 des LL-E ist, so stellt sich die Frage, wie Preisparitätsklauseln einzuordnen sind. Nach Ansicht der Studienvereinigung ergibt sich aus dem Umkehrschluss zu Art. 5 lit. d) VGVO-E, dass jedenfalls enge Preisparitätsklauseln der Plattformen grundsätzlich von der Gruppenfreistellung profitieren sollten. Vor dem Hintergrund, dass Preisparitätsklauseln in ihrer Wirkung häufig (ob zu Recht oder zu Unrecht) mit einer Preisbindung im Sinne des Art. 4 lit. a) VGVO-E verglichen werden, stellt sich die Frage, ob letztendlich auf Leitlinien-Ebene über Rn. 179 LL-E diese Freistellung konterkariert werden könnte. Die Studienvereinigung geht davon aus, dass eine solche „Kernbeschränkung auf Leitlinien-Ebene“ nicht beabsichtigt ist. Um diesbezügliche Missverständnisse zu vermeiden, wird daher dringend angeregt, klarzustellen, dass Preisparitätsklauseln in diesem Sinne nicht als Mindest- oder Festpreise im Sinne des Art. 4 lit. a) VGVO-E anzusehen sind. Wie bereits in den Stellungnahmen der Studienvereinigung vom 27. Mai 2019 sowie vom 26. März 2021 (zum Impact Assessment) ausgeführt, erscheint ein solcher Ansatz bei Marktanteilen unter 30% grundsätzlich nicht zu falsch positiven Ergebnissen zu führen (dazu siehe Abschnitt Paritätsklauseln, unter C.VI.4.).
135. Darüber hinaus vertritt die Studienvereinbarung die Ansicht, dass das Verbot der vertikalen Preisbindung nach der derzeitigen Formulierung in der VGVO-E selbst nicht auf das Verhältnis zwischen Anbietern von Online-Vermittlungsdiensten und Nutzern dieser Vermittlungsdienste passt, weil das Preisbindungsverbot gem. Art. 4 lit. a) VGVO-E seinem Wortlaut nach nur Fälle des Weiterverkaufs eines Produkts (= das Produkt des Anbieters) erfasst. Im Falle von Preisbeschränkungen durch einen Anbieter von Online-Vermittlungsdiensten für Waren und Dienstleistungen eines Nutzers dieser Vermittlungsdienste handelt es sich hingegen um unterschiedliche Produkte (Vermittlungsdienste vs.

vermittelte Waren oder Dienstleistungen). Daran ändert auch nichts, dass in Rn. 58 – ebenfalls nur auf Ebene der Leitlinien – festgestellt wird, dass die Online-Plattform auch in Bezug auf das vermittelte Produkt als Anbieter gilt. Die Definition in Art. 1 Abs. 1 lit. d) VGVO-E ist dahingehend jedenfalls nicht eindeutig.

136. Wenn grundsätzlich geregelt werden soll, dass Plattformen den Unternehmen, denen sie Vermittlungsleistungen anbietet, keinerlei Vorgaben zur (Mindest-) Preisgestaltung machen dürfen – was aus den Gründen der Auswirkungen auf den Preiswettbewerb ein legitimes Ziel wäre – müsste das nach Ansicht der Studienvereinigung im Wege einer in der V-GVO geregelten gesonderten Kernbeschränkung erfolgen. Man mag sich allerdings fragen, ob dafür bei nicht marktmächtigen Plattformen mit Marktanteilen unter 30% ein gesonderter Regelungsbedarf über die neu gefundenen Regelungen für die Meistbegünstigungsklauseln in Art. 5 lit. d) hinaus besteht. Die Auswirkungen einer solchen Regelung, wenn sie nicht Meistbegünstigungsklauseln betrifft, dürften in der Praxis dann allerdings ohnehin begrenzt sein.

2. Ausschluss des Handelsvertreterstatus (Rn. 44 LL-E)

137. Die Studienvereinigung teilt die Ansicht der EU-Kommission, dass es bezüglich Plattformen und klassischen Handelsvertretern maßgebliche Unterschiede geben kann, aufgrund derer es fraglich sein kann, ob eine Plattform in das Unternehmen des Produkthanbieters integriert sein kann.
138. Nach dem Verständnis der Studienvereinigung wäre die Frage, ob eine Plattform ein „echter Handelsvertreter“ im Sinne des LL-E, Rn. 27ff., mit der wohl gewollten Klassifizierung der Plattform als Anbieter nicht nur der Vermittlungsleistung sondern auch des vermittelten Produkts für die Anwendung der VGVO zukünftig nicht mehr von praktischer Relevanz. Denn die insoweit relevanten Kernbeschränkungen des Art. 4 VGVO-E stellen auf unzulässige Beschränkungen des Abnehmers ab. Ist die Plattform aber nicht der Abnehmer, sondern der Anbieter, greift die Kernbeschränkung nicht ein. Ob eine wirtschaftliche Einheit im Sinne der Rn. 27ff. vorliegt dürfte dann praktisch nicht mehr relevant sein. Schon deswegen wäre es jedenfalls sinnvoll festzuhalten,

dass es sich bei der neu eingeführten „Anbieter-Definition“ nur um eine solche für ausschließliche Zwecke der Anwendung der GVO handeln kann.

139. Generell – und vor allem wenn die o.g. Auslegung nicht zutreffend oder zukünftig doch nicht umgesetzt werden sollte, sollten die in Rn. 44 aufgeführten, häufig auftretenden Umstände, allerdings nach Ansicht der Studienvereinigung nicht zu einer pauschalen „Nichtanwendungserklärung“ der Rn. 40-43 auf Plattformen führen.
140. Es mag zutreffen, dass viele Plattform-Intermediäre eine erheblich größere Verhandlungsmacht innehaben, als ein klassischer mittelständischer Handelsvertreter, da sie regelmäßig einer Vielzahl von Anbietern dienen. Dieser Umstand führt einerseits dazu, dass solche Plattformen wesentlich weniger von einem konstanten Kundenstamm abhängig sind und dadurch eher die Möglichkeit haben können, den Herstellern Beschränkungen aufzuerlegen – im Falle des Handelsvertreters erfolgt dies, wie die Kommission ausführt, idR gegenläufig. Hinzu kommt, dass Hersteller für gewöhnlich keinen Einfluss auf die strategische Ausrichtung der Plattform haben, sondern diese über einen völlig eigenständigen Marktauftritt (Marketing, Technologie etc) verfügen. Darüber hinaus können Plattformen in einem Umfang wirtschaftlich tätig sein, der kaum noch mit einer derartigen Unselbstständigkeit deckungsgleich ist, wie sie zur Begründung des Handelsvertreterprivilegs herangezogen wird.
141. Allerdings erscheint es vorliegend so, dass in Rn. 44 des LL-E unterschiedliche Problemkreise miteinander vermischt werden. Die Frage der Verhandlungsmacht wird nach der geltenden Systematik bisher in der Regel über die Marktanteilsschwellen geregelt (ggf. auch eine neu eingeführte) und sollte daher von der Frage, wer Abnehmer und wer Anbieter ist, nicht beeinflussen. Denn es gehört weder zur Definition noch zum Wesen eines Anbieters, dass dieser eine starke Verhandlungsposition hat als der Abnehmer.
142. Darüber hinaus erscheint es fraglich, ob die Definition in Art. 1 Abs. 1 lit. d) für die Frage der Beurteilung des Handelsvertreterprivilegs (Rn. 40-43), d.h. die Frage, ob der Anwendungsbereich der VGVO überhaupt eröffnet wird, verbindlich bzw. relevant sein kann. Nach Ansicht der Studienvereinigung ist das nicht der Fall. Mit der Ermächtigungsgrundlage zum Erlass der Gruppenfreistellung wird die Kommission ermächtigt, die gruppenfreigestellten Vereinbarungen zu

definieren. Hierzu kann sie die Begrifflichkeiten so festlegen, wie sie das für die Zwecke der Anwendung der Verordnung für sachdienlich hält. Ihre Regelungskompetenz dürfte aber nach Ansicht der Studienvereinigung nicht so weit reichen, dass sie im Rahmen der Gruppenfreistellungsverordnung eine Art. Legaldefinition konstituieren könnte, die dann für die Frage, ob Art. 101 Abs. 1 AEUV (als eine der Anwendung der VGVO vorgelagerte Frage) auch für die Gerichte (auf EU-Ebene oder national) verbindlich zur Anwendung kommen müsste.

143. Vor diesem Hintergrund sollten trotz der bestehenden und in Rn. 44 LL-E dargelegten Unterschiede Plattformen nicht pauschal die Klassifizierung als Handelsvertreter im Sinne des Art. 101 AEUV versagt werden. Die Studienvereinigung empfiehlt daher, die diesbezüglichen Ausführungen in Rn. 44 LL-E zu streichen (oder sachlich an den betreffenden Kriterien der Rn. 27ff. zu verorten). Die Studienvereinigung spricht sich für eine Beurteilung im Einzelfall nach den allgemeinen Kriterien aus.

3. Schnittstellen zum DSA/DMA

144. Da die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht in Bezug auf digitale Geschäftsmodelle als unzureichend erachtet wurde, wollte der EU-Gesetzgeber mit dem Digitale Dienste-Paket, bestehend aus Digital Services Act-Entwurf („DSA-E“) und Digital Markets Act-Entwurf („DMA-E“), diesem Problem entgegenzutreten. Die Zielrichtung der angesprochenen Entwürfe ist mit den Änderungen der Vertikal-GVO folglich vergleichbar. Die sektorspezifischen Regulierung in dem DSA-E/DMA-E treten neben das Wettbewerbsrecht und sind demnach parallel zur Vertikal-GVO anwendbar. Durch die vergleichbare Intention des Gesetzgebers können daher auch Schnittstellen zwischen den Entwürfen herausgearbeitet werden.
145. Der DMA-E gilt für zentrale Plattformdienste. Unter diesen Begriff fallen u.a. – die auch in dem Entwurf zur Vertikal-GVO eingearbeiteten – Online-Vermittlungsdienste. Im VGVO-E werden Online-Vermittlungsdienste als Anbieter eingeordnet. Sie sind daher nicht als Handelsvertreter zu qualifizieren. Laut Kommission orientieren sich diese Änderungen gerade an jener Begriffsbestimmung

des DMA-E. Zu beachten ist jedoch, dass die Bestimmungen des DMA-E grundsätzlich für Gatekeeper gelten. Zum Gatekeeper benennt sie die Kommission indes erst, wenn die zentralen Plattformdienste (i) erhebliche Auswirkungen auf den Binnenmarkt haben, (ii) sie gewerblichen Nutzern als wichtiger Zugangstor zu Endnutzern dienen und (iii) eine gefestigte, dauerhafte Position innehaben. Der Anwendungsbereich des DMA-E ist demnach enger als jener der Vertikal-GVO, der für Freistellungen grundsätzlich weiterhin die bereits bestehenden Umsatzschwellen und Marktanteile vorsieht. Digitale Unternehmen werden nach der Vertikal-GVO daher schneller von einer Freistellung ausgeschlossen sein, als die Pflichten der DMA-E erfüllen zu müssen. Entsprechend sollte im LL-E noch eine dahingehende Klarstellung erfolgen.

146. Schnittstellen hinsichtlich der Regelungen bestehen zwischen DMA-E und Vertikal-GVO des Weiteren u.a. bei hybriden Onlineplattformen. Es sollte allerdings klargestellt werden, dass über die Gruppenfreistellung am Maßstab des Art. 101 Abs. 3 AEUV keine Zwecke der Marktmachtkontrolle verfolgt werden und diese unberührt bleibt. Ansonsten könnte der Einwand einer abschließenden Regelung durch die neue VGVO erhoben werden.
147. Weiteres ist auch die Begrenzung der Privilegierung von Paritätsklauseln als ergänzende Bestimmung zu jenen des DMA-E gesehen worden. Vergleichbar mit den Bestimmungen in Artikel 5 DMA-E, wären nach dem Entwurf zur Vertikal-GVO die weite Paritätsklauseln nicht mehr freigestellt. Art 5 Abs.1 lit. b) DMA-E sieht diesbezüglich vergleichbar vor, dass gewerblichen Nutzern die Möglichkeit geben werden muss, Endnutzern dieselben Produkte oder Dienstleistungen über Online-Vermittlungsdienste Dritter zu anderen Preisen oder Bedingungen anzubieten als über die Online-Vermittlungsdienste des Gatekeepers. Auch insoweit ist allerdings ein Gleichlauf nicht zwingend und folgt nicht aus dem DMA-E, da dieser eben nur für bestimmte, besonders wichtige Plattformen gilt, nicht aber für das Gros der Plattformen mit Marktanteilen unter 30%.

4. Paritätsklauseln

148. Wie die nationalen Wettbewerbsbehörden mit Paritätsklauseln bei Plattformen umgehen ist bisher bekanntlich uneinheitlich. Das Aufsehen erregende, erst kürzlich ergangene Urteil des BGH in Sachen Booking.com befasste sich

aufgrund der Marktstellung von Booking.com allerdings nicht mit deren Freistellung nach der Gruppenfreistellungsverordnung. Vielmehr betraf dieser die Frage, ob überhaupt eine Wettbewerbsbeschränkung vorlag – was der BGH bejahte – und ob diese im konkreten Fall einzelfreigestellt sei – was der BGH verneinte (Beschluss des *BGH* vom 18. Mai 2021, KVR 54/20). Mit der angedachten Ausnahme der „weiten“ Bestpreisklauseln von der Freistellung entscheidet sich die Kommission für Unternehmen mit Marktanteilen unter 30% wohl für einen Mittelweg.

149. So qualifiziert der VGVO-E weite Paritätsverpflichtungen von Online-Vermittlungsdiensten als nicht von der VGVO freigestellte Beschränkungen (Art. 5 Abs. 1 lit. d) VGVO-E). Unmittelbare oder mittelbare Verpflichtungen, die einen Abnehmer von Online-Vermittlungsdiensten veranlassen, Waren oder Dienstleistungen Endverbrauchern nicht unter Inanspruchnahme konkurrierender Online-Vermittlungsdienste zu günstigeren Bedingungen anzubieten, zu verkaufen oder weiterzuverkaufen, profitieren damit zukünftig nicht mehr von der Freistellung vom Kartellverbot. Das bedeutet, dass derartige Vereinbarungen auch zwischen Unternehmen mit geringen Marktanteilen (jeweils unter 30 %) nicht von einer Freistellung profitieren und einer Einzelfallprüfung gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV zu unterziehen sind.
150. Die Studienvereinigung Kartellrecht sieht die Aufnahme weite Paritätsverpflichtungen in Art. 5 VGVO-E aus folgenden Gründen kritisch:
151. Paritätsverpflichtungen sind in aller Regel nur bei entsprechender Marktabdeckung wettbewerblich bedenklich. Vereinbarungen zwischen Unternehmen mit einem Marktanteil über 30 % sind gemäß Art. 3 Abs. 1 VGVO aber ohnehin nicht freigestellt. Unterhalb dieser Schwelle sind auch weite Paritätsverpflichtungen in der Regel unbedenklich und sollten daher von der Freistellung der VGVO profitieren. Die Auswirkungen von im Markt parallel angewendeten Paritätsverpflichtungen könnten über einen sprachlich angepassten Art. 6 VGVO adressiert werden.
152. Art. 5 Abs. 1 lit. d) VGVO-E unterwirft nur Paritätsverpflichtungen von Online-Vermittlungsdiensten strengeren Regeln. Diese Differenzierung erscheint nicht gerechtfertigt: Paritätsverpflichtungen sind nicht allein deshalb wettbewerbs-

schädigender, weil sie von einem Online-Vermittlungsdienst angewendet werden. Die Studienvereinigung Kartellrecht hatte bereits in ihrer Antwort zu Frage 83 des Fragebogens für die öffentliche Konsultation dargelegt, dass für die grundsätzliche Behandlung einer Paritätsklausel nicht relevant ist, ob sie von einem Plattformbetreiber oder überhaupt einem Intermediär eingesetzt wird.

153. Art. 5 Abs. 1 lit. d) VGVO-E unterscheidet nicht nach der Art der Beschränkung. Im Gegenteil, Rn. 238 des LL-E zufolge sollen direkte und indirekte Paritätsverpflichtungen in Bezug auf Preise, Bestand, Verfügbarkeit oder andere Angebots- und Verkaufsbedingungen gleichermaßen erfasst werden. Die fehlende Differenzierung nach Art der Paritätsverpflichtung verkennt die unterschiedlichen Wirkungen verschiedener Formen von Paritätsverpflichtungen: Zum Beispiel sind Paritätsklauseln, die eine Verfügbarkeitsparität vorschreiben, in der Regel eher wettbewerbsfördernd und garantieren, dass die von der Klausel profitierenden Händler jeweils mit dem vollständigen Produktsortiment zueinander in Wettbewerb treten können.
154. Die Wirkungsmechanismen von Paritätsklauseln sind komplex und werden noch nicht vollständig verstanden. In einer solchen Situation ist bei Beschränkungen des unternehmerischen Handlungsrahmens Vorsicht geboten, damit nicht letztlich wettbewerbsneutrales oder sogar überwiegend prokompetitives unternehmerisches Handeln und das damit einhergehende Innovationspotential verhindert wird. Die Aufnahme weiter Paritätsverpflichtungen in Art. 5 VGVO-E hat zur Folge, dass die betroffenen Unternehmen häufig schon aufgrund der mit der Einzelfallprüfung gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV einhergehenden Rechtsunsicherheit und der mangelnden Möglichkeit der Vorababklärung der Zulässigkeit der Klausel mit der Kommission auf den Einsatz weiter Paritätsverpflichtungen verzichten werden. Die fehlende Freistellung verhindert damit in der Praxis auch Paritätsverpflichtungen, die die Einzelfallprüfung gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV bestehen würden.
155. Die Studienvereinigung Kartellrecht begrüßt die Beschränkung von Art. 5 Abs. 1 lit. d) VGVO auf weite Paritätsverpflichtungen. Von engen Paritätsverpflichtungen geht noch weniger wettbewerbsbeschränkendes Potential aus als von weiten Paritätsverpflichtungen. Die Unterscheidung zwischen engen und wei-

ten Paritätsverpflichtungen steht schließlich auch im Einklang mit den Entscheidungen der französischen, italienischen und schwedischen Wettbewerbsbehörden in ihrem Settlement mit Booking.com.

156. In jedem Fall sollte klargestellt werden, dass Paritätsklauseln im Sinne des Art. 5 VGVO-E nicht gleichzeitig Kernbeschränkungen im Sinne des Art. 4 lit. a VGVO darstellen (siehe dazu ausführlicher Abschnitt C. VI.1).
157. Redaktionell regt die Studienvereinigung an, zu Beginn von Tz. 239 des LL-E die Formulierung „Alle Arten von Paritätsverpflichtungen fallen derzeit unter die Gruppenfreistellung...“ durch den Wortlaut „Alle anderen Arten von Paritätsverpflichtungen fallen unter die Gruppenfreistellung...“ zu ersetzen. Dies entspricht auch der englischen Fassung.

VII. Wettbewerbsverbote

1. Wettbewerbsverbote mit einer Dauer von über 5 Jahren

158. Die Studienvereinigung begrüßt den von der Kommission im Impact Assessment untersuchten Ansatz, in der Sache zu berücksichtigen, dass die negativen Effekte von langfristigen Wettbewerbsverboten dann nicht eintreten, wenn der Abnehmer die Möglichkeit hat, sich mit angemessenen Kündigungsfristen aus der Vereinbarung zu lösen (LL-E, Rn. 234, vgl. dazu Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht zum Impact Assessment vom 26 März 2021).
159. Aus Sicht der Studienvereinigung Kartellrecht ist allerdings nicht ersichtlich, warum dieser zutreffende Gedanke nicht auch für auf unbestimmte Zeit vereinbarte Wettbewerbsverbote Anwendung finden sollte. Ein auf unbestimmte Zeit vereinbartes Wettbewerbsverbot, welches mit einer Einjahresfrist kündbar ist, dürfte keine schwerwiegenderen Auswirkungen auf den Wettbewerb haben als eine Vereinbarung mit einer Laufzeit von fünf Jahren, die erst nach dem Ablauf des vierten Jahres mit Einjahresfrist kündbar ist. Insoweit hat der EuGH entschieden, dass Alleinbezugsverträge, die jederzeit mit einer Frist von einem Jahr kündbar sind, als solche den Wettbewerb nur unbedeutend beschränken und daher nicht unter das Verbot des Art. 85 Abs. 1 EGV bzw. Art. 101 Abs. 1 AEUV fallen (EuGH, Urt. v. 07.12.2000, C-214/99 – Nestlé, Rn.36 ff.).

2. Nachvertragliche Beschränkungen zu Lasten des Abnehmers

160. Die Kommission hat sich den verschiedenen Bedenken der Studienvereinigung Kartellrecht hinsichtlich der Unzulänglichkeiten der Regelungen zu den nachvertraglichen Wettbewerbsverboten offenbar nicht anschließen mögen. Dies bedauert die Studienvereinigung Kartellrecht insbesondere im Hinblick auf die Divergenzen zwischen den nachvertraglichen Wettbewerbsverboten im Falle von Handelsvertretern (auch echten, vgl. Rn. 41 LL-E i.V.m Art. 1 lit. j) VGVO) und den ebenfalls unionsrechtlichen Vorschriften der Handelsvertreterrichtlinie. Diese haben in der Praxis erhebliche Bedeutung. So geht die Handelsvertreterrichtlinie in ihrem Art. 20 davon aus, dass sachlich und räumlich beschränkte Wettbewerbsverbote nachvertraglich bis zu zwei Jahren ohne weiteres zulässig sind. Dies setzt das deutsche Recht z.B. in § 90a HGB um. Der BGH hat das zweijährige Wettbewerbsverbot in seiner Entscheidung vom 25. Oktober 2012 (VII ZR 56/11; vgl. auch Entscheidung des OLG Hamburg, 27. Januar 2011, 3 U 260/08) ohne weiteres bestätigt und sogar eine geltungserhaltende Reduktion vorgenommen. Dies steht aber – ebenso wie schon unter der VGVO 2010 im Widerspruch zum LL-E, Rn. 41 sowie Art. 5 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 lit j.) VGVO-E. Dieser Widerspruch zwischen zwei unionsrechtlichen Regelungen sollte aufgelöst werden.
161. Auch bleibt ungeklärt, wie das berechtigte Interesse an einem zeitlich begrenzten nachvertraglichen Schutz des Know-hows im Fall des Onlinevertriebs gewährleistet werden kann. Zudem sollte geklärt werden, was in diesem Fall das Äquivalent zu den „*Räumlichkeiten und Grundstücken*“ sein kann, für die das nachvertragliche Wettbewerbsverbot zulässig wäre, auf die es sich aber auch beschränken müsste.

VIII. Nachhaltigkeit

162. Die Studienvereinigung Kartellrecht hat im März 2021 i.R.d. Konsultation (Fragebogen, Abschnitt B.5.3, Antworten auf Fragen 107-108) darauf hingewiesen, dass auch bei vertikalen Nachhaltigkeitsvereinbarungen Klärungsbedarf besteht und eine Anpassung der Vertikalleitlinien angeregt.

163. Es ist z.B. unklar, ob ein Hersteller, der seine nachhaltigen Produkte über ein selektives Vertriebssystem vertreibt, seine Händler verpflichten darf, neben der Ware des Herstellers nur nachhaltige Produkte zu vertreiben. Eine solche Vereinbarung könnte derzeit als Wettbewerbsverbot gemäß Art. 5 Vertikal-GVO qualifiziert werden. Die Leitlinien sollten klarstellen, dass der Nachhaltigkeitsaspekt, ähnlich dem Luxusimage eines Luxusprodukts, ein Qualitätskriterium im selektiven Vertrieb sein kann.
164. Die Studienvereinigung Kartellrecht hatte in der Antwort auf Frage 109 zusätzlich eine Klarstellung in den Vertikalleitlinien angeregt, dass die Vertikal-GVO auf Nachhaltigkeitsvereinbarungen auch dann Anwendung findet, wenn die Nachhaltigkeitsvereinbarung sowohl horizontale als auch vertikale Aspekte enthält (vgl. auch schon den Vorschlag der Studienvereinigung Kartellrecht in der Stellungnahme zur Vertikal-GVO vom 26. März 2021 im Rahmen des Impact Assessments).
165. Schließlich sollten die Leitlinien auch definieren, was unter den Begriff der „Nachhaltigkeit“ fällt, insbesondere, ob hier auch Vorteile zu berücksichtigen sind, die der Gesellschaft insgesamt zugutekommen, auch wenn kurz- oder mittelfristig eine Wettbewerbsbeschränkung eintritt.
166. Schließlich sehen die Vertikal-LL bereits aktuell die Möglichkeit vor, während eines Übergangszeitraums Preise festzusetzen, um ein neues Produkt auf den Markt zu bringen und damit Nachfrage zu schaffen bzw. zu steigern. Die Studienvereinigung Kartellrecht spricht sich für eine Ergänzung der Leitlinien in Form einer Klarstellung aus, wonach eine solche Festsetzung des Wiederverkaufspreises während eines Übergangszeitraums auch möglich ist, wenn neue nachhaltige Produktions- oder Vertriebsmethoden eingeführt werden.
167. Die Studienvereinigung Kartellrecht weist auf den allseits bekannten Umstand hin, dass eine Einzelfreistellung gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV für die betroffenen Unternehmen mit Rechtsunsicherheit verbunden ist. Nach den bisher geltenden Leitlinien und auch dem aktuellen LL-E dürften die dort aufgeführten Voraussetzungen und vor allem Nachweispflichten von Nachhaltigkeitsvereinbarungen nur in der Regel kaum erfüllbar sein. Soweit die Kommission die Nachhaltigkeit auch über die Schaffung entsprechender Strukturen im Kartellrecht fördern möchte, so wären dafür die folgenden Punkte hilfreich: (i) Es sollte eine

Vorabkonsultation mit der EU-Kommission ermöglicht werden, (ii) es müsste in den Vertikal- und Horizontalleitlinien berücksichtigt werden, dass Effizienzgewinne bei Nachhaltigkeitsvereinbarungen mit insgesamt geringen/moderaten wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen nicht quantifiziert werden müssen und (iii) es müsste in den Vertikal- und Horizontalleitlinien ausgeführt werden, dass bei Nachhaltigkeitsvereinbarungen auch Effizienzgewinne berücksichtigt werden können, die anderen Personen als den Abnehmern des Produkts zugutekommen (z.B. Reduktion der Luft- oder Wasserverschmutzung)

**IX. Softwarevertriebslizenzen bei Urheberrechten / Technologieneutralität
(Rn. 70 und 78 LL-E)**

168. Die in der Stellungnahme der Studienvereinigung vom Mai 2019 hervorgehobene Relevanz der Adaptierungen im Bereich des Vertriebs urheberrechtlich geschützter Software (konkret bei Kombinationen von Soft- und Hardwarevertrieb) wurde in Rn. 70 und 78 LL-E gar nicht bzw. nicht ausreichend berücksichtigt.
169. Die Studienvereinigung erlaubt sich daher ihre diesbezüglichen Anregungen entsprechend zu wiederholen. Im Rahmen der zunehmenden Digitalisierung ist die Frage des Vertriebs urheberrechtlich geschützter Software besonders bei Kombinationen von Soft- und Hardwarevertrieb von erhöhter Relevanz. In den TT-LL hatte die Kommission bereits dargelegt, dass Softwarevertriebslizenzen zum Zwecke der reinen Vervielfältigung und des reinen Vertriebs (z.B. Einräumen des Rechts zum Download) analog unter die VGVO fallen. Durch den VGVO-E bzw. den LL-E werden heutige Vertriebsformen, insbesondere Downloads, jedoch noch nicht adäquat erfasst. Die Kommission spricht sich bereits in den TT-Leitlinien („TT-LL“) für eine „Technologieneutralität“ in diesem Bereich aus. Eine entsprechende Klarstellung sollte daher auch in die LL übernommen werden.
170. Während aus den TT-LL bereits die analoge Anwendbarkeit der VGVO auf Softwarevertriebslizenzen zusätzlich zum reinen Vertrieb auch für die Zwecke der reinen Vervielfältigung hervorgeht, ist eine adäquate Erfassung der reinen Vervielfältigung von Softwarelizenzen in Rn. 70 lit. b) LL-E ausgeschlossen.

171. Es ist kein sachlicher Grund ersichtlich, weswegen Vertriebsvereinbarung gemäß Rn. 70 lit. b LL-E nicht von einer Freistellung abgedeckt sein sollten.
172. Die Studienvereinigung regt daher die Streichung von Rn. 70 lit. b LL-E, an wie folgt:

„Die Freistellung nach der GVO gilt somit u. a. nicht für

~~b) Vereinbarungen, in denen ein beteiligtes Unternehmen einem anderen eine Schablone oder eine Mutterkopie überlässt und eine Lizenz zur Herstellung und zum Vertrieb von Kopien erteilt;“~~

* * *

An der Bearbeitung dieser Stellungnahme haben die folgenden Mitglieder der Studienvereinigung Kartellrecht mitgewirkt:

Anne C. Wegner (Koordination), Jörg Witting (Koordination), Anna Wolf-Posch, Corinna Neunzig, Franz Hoffet, Isabelle Innerhofer, Jörg-Martin Schultze, Kai-Uwe Kühn, Marco Hartmann-Rüppel, Markus Schöner, Petra Linsmeier, Raoul Hoffer, Reinhard Siegert, Reto Batzel, Stefanie Budde, Susanne Wagner, Susanne Zühlke, Vincent Stier.