

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

cc: comp-greffe-antitrust@ec.europa.eu

STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT E.V.

[www.studienvereinigung-kartellrecht.de](http://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](mailto:ingo.brinker@gleisslutz.com)

18. Februar 2022

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

### Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht zum Entwurf des neuen Abschnitts zum dualen Vertrieb in den Leitlinien zur Vertikal-GVO vom 4. Februar 2022

1. Die Studienvereinigung Kartellrecht (i.F. **Studienvereinigung**) hat sich mit ihrer Stellungnahme vom 17. September 2021 (i.F. **Stellungnahme**) an der 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**) beteiligt. Die Studienvereinigung schätzt es sehr, dass die Kommission die im Rahmen des Konsultationsprozesses unterbreiteten Anregungen von Marktbeteiligten sowie aus der Wissenschaft und der anwaltlichen Praxis aufgreift.
2. Zu den wesentlichen Aspekten, mit denen sich die Studienvereinigung in der Stellungnahme auseinandergesetzt hat, gehört insbesondere der duale Vertrieb. Dabei empfand es die Studienvereinigung als unzureichend, den Informationsaustausch in dualen Vertriebssituationen ausschließlich im Rahmen revidierter Horizontalleitlinien zu behandeln. Deshalb begrüßt es die Studienvereinigung besonders, dass die Kommission als Reaktion auf das Feedback zum VGVO-E jetzt einen Abschnitt zum dualen Vertrieb (i.F. **Abschnitt Dualer Vertrieb**) in die Vertikal-Leitlinien und nicht in die Horizontal-Leitlinien aufnehmen will und diesen Abschnitt vorab im Rahmen einer Konsultation einem Markttest unterwirft. Zudem begrüßt es die Studienvereinigung, dass die Kommission im Vorfeld zu dieser Konsultation einen Expertenreport in Auftrag

gegeben hat, der das Thema dualer Vertrieb nach Auffassung der Studienvereinigung differenziert und zutreffend abbildet. Die Studienvereinigung begrüßt es daher sehr, dass die Kommission wichtige Punkte aus dem Expertenreport in den Abschnitt Dualer Vertrieb übernommen hat.

3. Aus Sicht der Studienvereinigung spiegelt der Abschnitt Dualer Vertrieb viele der Anmerkungen wider, die von der Studienvereinigung im Rahmen der bisherigen Konsultation zum dualen Vertrieb gemacht wurden. An einigen Stellen sieht die Studienvereinigung aber weiterhin Klarstellungsbedarf. Dies betrifft in systematischer Hinsicht zuallererst den Verweis der Kommission auf die Horizontal-Leitlinien, der Informationsaustausch nicht unter die Gruppenfreistellung fällt (vgl. Ziff. 15/16). Die Studienvereinigung regt eine differenziertere Betrachtungsweise an: Im dualen Vertrieb könnte durch einen nicht gruppenfreigestellten Informationsaustausch zwar der Intra-brand-Wettbewerb zwischen den Beteiligten auf verschiedenen Stufen beeinträchtigt werden. Der Inter-brand-Wettbewerb wird aber vom Informationsaustausch im Dualvertrieb typischerweise nicht tangiert. Selbst wenn im Intra-brand-Wettbewerb konkurrierende Anbieter in einem Horizontalverhältnis zueinander stehen, erscheinen Fallgestaltungen denkbar, in welchen der Informationsaustausch zwischen den Parteien im Vertikalverhältnis möglicherweise nicht für die Verbesserung der Warenerzeugung und/oder des Vertriebs zwingend erforderlich, wohl aber den vorgenannten Zwecken förderlich sein kann. Den Mitgliedern der Studienvereinigung sind aus ihrer Praxis zahlreiche Konstellationen bekannt, in denen die Offenlegung wirtschaftlicher Kennzahlen nicht zwingend erforderlich ist, aber legitimen wirtschaftlichen Zwecken dient. Zudem steht in vielen Fällen nicht fest, in welchem Maße die Daten wettbewerbslich relevant sind. Möchte die Kommission für alle diese Fälle im Regelfall die Wertungen der Horizontal-Leitlinien über den Informationsaustausch zur Anwendung bringen, wird dies der im Schwerpunkt vertikalen Beziehung der Parteien nicht gerecht. Auch wird dann dem Aspekt, dass der Informationsaustausch den vertikalen Zwecken der Vereinbarung dienlich sein mag, nicht hinreichend Rechnung getragen. Teilweise erscheint bereits die Spürbarkeit einer potenziellen Wettbewerbsbeschränkung fraglich. Eine entsprechende Klarstellung im Abschnitt Dualer Vertrieb wäre angesichts der positiven Wirkungen eines Informationsaustauschs im Vertikalverhältnis richtig.
4. Im Einzelnen hat die Studienvereinigung folgende weitere Anmerkungen (in der Reihenfolge der Nummerierung des Abschnitts Dualer Vertrieb):

5. **Generell: Wegfall 10 %-Schwelle:** Offenbar soll die ursprünglich beabsichtigte zusätzliche Marktanteilsschwelle von 10 % für einen Informationsaustausch im Rahmen des dualen Vertriebs (vgl. Ziff. 2 Abs. 4 und Abs. 5 E-VGVO) nicht eingeführt werden. **Wenn dieses Verständnis richtig ist, begrüßt dies die Studienvereinigung sehr.** Wie in der Stellungnahme ausgeführt, gab es insoweit aus Sicht der Studienvereinigung bei den Entwurfsregelungen zum dualen Vertrieb erheblicher Änderungsbedarf. Insbesondere die zusätzliche 10 %-Marktanteilsschwelle schien nicht praktikabel; sie hätte zu sachlich nicht angemessenen Ungleichbehandlungen geführt (vgl. dazu Stellungnahme, Rz. 6, 7 sowie Rz. 11 ff.).
6. **Ziff. 4:** Die Definition eines Wettbewerbers sollte in allen Veröffentlichungen der Kommission einheitlich verwendet werden. Derzeit entspricht die Definition eines Wettbewerbers in Ziff. 4 nicht vollständig dem Wortlaut der aktuellen Horizontal-Leitlinien; dort wird derzeit der relevante Zeitraum anders definiert (vgl. dort Rz. 10). Auch die Definition in dem VGVO-E vom 7. Juli 2021 hat einen etwas anderen Wortlaut, nennt insbesondere keinen Zeitrahmen, der relevant für das potentielle Wettbewerberverhältnis sein soll (vgl. dort Art. 1 Ziff. 1 (c)). Die Studienvereinigung begrüßt jedoch, dass nach dem Abschnitt Dualer Vertrieb (in Fortführung der Wertungen nach Rn. 27 der bisherigen Vertikalleitlinien) grundsätzlich nur ein Unternehmen als potentieller Wettbewerber gelten soll, dessen Markteintritt innerhalb eines Jahres realistisch ist.
7. **Ziff. 5:** Wie bereits im bisherigen Entwurf der Vertikal-Leitlinien bestätigt die Kommission in Ziff. 5 die Abgrenzung zwischen produzierenden und vertrieblichen Tätigkeiten der Abnehmer, die bereits in Rn. 27, letzter Satz, der bisherigen Vertikal-Leitlinien zum Ausdruck gekommen ist. Die Studienvereinigung begrüßt das Bemühen der Kommission, die bisher in einem sehr knappen Satz der Leitlinien angedeutete Unterscheidung verständlicher zu gestalten. Wie bereits in Rz. 26 der Stellungnahme erwähnt, wird aus Sicht der Studienvereinigung allerdings die jetzige Regelung der Vielgestaltigkeit arbeitsteiliger Entwicklungs- und Produktionsprozesse nicht in vollem Umfang gerecht: Wie bisher grenzt die Kommission ab zwischen der Vorgabe von Spezifikationen durch auf der Vertriebsebene tätige Abnehmer auf der einen Seite und einer „Inhouse“-Produktion durch diese Vertriebsunternehmen zum Verkauf unter einer Eigenmarke. Zwischen diesen beiden eher klaren Polen sind jedoch vielgestaltige Konstellationen denkbar, in denen ein Abnehmer nach seinen Spezifikationen

hergestellte Zwischenprodukte „inhouse“ veredelt, überarbeitet und/oder konfektioniert. Hier wäre aus Sicht der Studienvereinigung ein Anhaltspunkt wünschenswert, mit welchem produktiven Wertschöpfungsbeitrag ein Vertriebsunternehmen zum Wettbewerber seines Lieferanten wird, der seinerseits die entsprechenden Wertschöpfungsbeiträge auch selbst erbringt oder zumindest erbringen könnte.

8. **Ziff. 6:** Die Studienvereinigung begrüßt, dass die Kommission an dieser Stelle ausdrücklich die positiven Effekte von dualen Vertriebsmodellen würdigt und insbesondere betont, dass die potentiellen negativen horizontalen Wirkungen weniger relevant sind als die potentiell positiven Wirkungen in der Vertikalbeziehung.
9. **Ziff. 7:** Die Studienvereinigung begrüßt es, dass die Ausführungen offenbar so zu verstehen sind, dass die Gruppenfreistellung nicht ausschließlich auf die parallele Einzelhandelstätigkeit beschränkt ist (vgl. dazu Stellungnahme, Rz. 24). Die Studienvereinigung hatte angeregt (siehe dazu Stellungnahme Rz. 23 bis 25), Art. 2 Abs. 4 lit. a dahingehend zu ändern, dass der duale Vertrieb auf allen Handelsstufen und auch im mehrstufigen Vertrieb in den Anwendungsbereich fällt. Die Studienvereinigung versteht Ziff. 7 so, dass auch Importeursverträge vom Anwendungsbereich der VGVO erfasst sein können. Die Studienvereinigung geht deshalb davon aus, dass der ursprüngliche Wortlaut des Art. 2 Abs. 4 lit. a, wonach der Abnehmer „kein Wettbewerber im Bereich der Herstellung, des Großhandels oder der Einfuhr“ sein durfte, geändert wurde. In Anbetracht der Bedeutung der Frage, ob die Gruppenfreistellung Anwendung findet oder nicht, sollte der Text der VGVO in jedem Falle so formuliert sein, dass unmissverständlich klargestellt wird, wann die Gruppenfreistellung gilt und wann nicht.
10. **Ziff. 8:** Die Studienvereinigung hat angeregt, dass Art. 2 Abs. 4 S. 2 lit. a VGVO für alle Handelsstufen gelten soll (vgl. Stellungnahme, Rz. 25). Dies sollte auch für Art. 2 Abs. 4 S. 2 lit. b VGVO gelten. Es ist nicht ersichtlich, warum im Dienstleistungsbereich nur die Endverbraucherebene relevant sein soll.
11. **Ziff. 9 und Ziff. 10:** Wie ausgeführt, begrüßt die Studienvereinigung sehr, dass die geplante Marktanteilsschwelle von 10 % keine Rolle mehr spielen soll, sondern jeder Informationsaustausch zwischen Parteien freigestellt ist, soweit er notwendig ist, um die Herstellung oder den Vertrieb der Vertragswaren oder Dienstleistungen durch die Parteien zu verbessern.

12. **Ziff. 11:** Hier ist es nach Auffassung der Studienvereinigung wichtig klarzustellen, dass keine Abstimmung stattfindet, wenn eine Partei nicht um die betreffende Information gebeten hat und sie entsprechend zurückweist. Es sollte deshalb am Ende nach *„where one party communicates information without the other party having requested it“*, ergänzt werden, *„an exchange of information shall not be presumed if the receiving party promptly and unambiguously rejects the information.“*
13. **Ziff. 12:** Die Studienvereinigung begrüßt, dass die Kommission in Ziff. 12 einige konkrete Beispiele für einen zulässigen Informationsaustausch bei bestimmten Vertriebsmodelle gibt. Im Hinblick auf den Informationsaustausch zwischen den Parteien eines selektiven Vertriebssystems ist über das von der Kommission genannte Beispiel hinaus die Information des Lieferanten an die Abnehmer, bei welchen „Kunden“ der Verdacht besteht, es handle sich um nicht-autorisierte Wiederverkäufer, für die Aufrechterhaltung des Selektivvertriebs zwingend erforderlich. Die Studienvereinigung würde deshalb eine entsprechende Klarstellung der Kommission für sinnvoll halten.
14. **Ziff. 13 Allgemein:** Die Studienvereinigung begrüßt grundsätzlich die einleitende Feststellung, wonach der Austausch der in dieser Ziffer genannten Informationen in der Regel als freigestellt angesehen werden könne. Aus Sicht der Studienvereinigung ist ein Austausch zwischen den Parteien einer dualen Vertriebsvereinbarung über die Informationen, die in der Liste der Kommission exemplarisch umrissen sind, aber auch dann mit dem Kartellverbot vereinbar, wenn die Marktanteilsgrenze von 30 % überschritten ist. Der im Abschnitt Dualer Vertrieb gewährte Vorteil einer wettbewerbsrechtlichen Einordnung durch die Kommission sollte Marktteilnehmer nicht allein deshalb vorenthalten werden, weil die Marktanteilsgrenze von 30 % nicht eingehalten wird. Wünschenswert wäre daher zumindest die Klarstellung, wonach die Kommission auch bei Überschreitung der Marktanteilsgrenze von 30 % davon ausgeht, dass ein den Vertikal-Leitlinien entsprechender Informationsaustausch in aller Regel jedenfalls die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllen dürfte, wenn nicht sogar schon gar keine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt.
15. **Ziff. 13 lit. a:** Der Studienvereinigung erscheint es wichtig, dass ein Hersteller seinem Vertriebspartner viele Einzelheiten zu den relevanten Produkten übermitteln darf. Insbesondere bei Vertriebspartnern, die viele Produkte anbieten, kann der Händler nicht alle Details über die technischen und funktionalen Eigenschaften des Produkts kennen („**technisches Marketing**“). Gerade im industriellen Bereich muss der Her-

steller daher oftmals die Händler im technischen Marketing seiner Produkte unterstützen. Daher sollte es für einen Hersteller beispielsweise möglich sein, zusammen mit dem Händler einem Kunden die relevanten Produkte zu erklären, auch wenn dadurch der Kunde identifiziert wird und dies im Widerspruch zu Ziff. 13 lit. a (und entsprechend Ziff. 14 lit. b) zu stehen scheint. Insofern wäre eine Klarstellung in der Formulierung hilfreich und wichtig. Diese könnte etwa so lauten: *„and information that enables the supplier or buyer to adapt the contract goods or services to the requirements of the customer or to provide individual advice or individualized solutions to the customer.“*

16. **Ziff. 13 lit. e:** Hier sowie in Ziff. 14 lit. a wird von *„actual future (downstream sale[s]) prices“* gesprochen. In den aktuellen Horizontal-Leitlinien ist dagegen in ähnlichem Zusammenhang die Rede von *„intended future prices“* („geplantes künftiges Preisverhalten“, vgl. Horizontal-Leitlinien, Rz. 74). Die Begrifflichkeiten sollten jeweils vereinheitlicht werden.
17. **Ziff. 13 lit. f:** Es ist zu begrüßen, dass die Kommission ausdrücklich klarstellt, dass Informationen über Werbekampagnen ausgetauscht werden können, ohne dass dies als verbotener Informationsaustausch anzusehen ist. Hersteller müssen Händler darüber informieren dürfen, wenn sie beispielsweise für bestimmte Produkte eine Werbekampagne planen, damit die Händler auf diese Kampagne entsprechend vorbereitet sind und vorbestellen können. Händler müssen Herstellern ein Feedback zum Erfolg der Werbekampagne geben dürfen.
18. **Ziff. 13 lit. g:** Auch Informationen über die Performance des Händlers bei dem Hersteller sind hilfreiche Informationen in einer Vertikalbeziehung. Auch insoweit ist zu begrüßen, dass die Kommission diesen Punkt ausdrücklich erwähnt.
19. **Zusätzliche Punkte:** Die Kommission stellt einleitend in Ziff. 13 klar, dass die Auflistung nicht abschließend ist. Dennoch wäre es aus Sicht der Studienvereinigung hilfreich, noch aufzunehmen, dass ein **Austausch über allgemeine Informationen zu Marktentwicklungen ebenfalls zulässig** ist. Gerade in Märkten, in denen Hersteller nur in geringem Umfang selbst aktiv sind, beispielsweise nur wenige Direktkunden beliefern, sind allgemeine Informationen zu wichtigen Marktentwicklungen für diese zwingend erforderlich, um im Interbrand-Wettbewerb bestehen zu können. Zu diesen Informationen sind nach Ansicht der Studienvereinigung beispielsweise Angaben

zu neuen Wettbewerbern und deren Produkten, das Ausscheiden von Wettbewerbern und deren Produkten sowie zu wesentlichen Entwicklungen bei Kunden und generell Informationen zum Marktwachstum zu zählen.

20. **Ziff. 14 lit. a:** Wie bereits unter Rz. 15 zu Ziff. 13 lit. e ausgeführt, sollte die Terminologie vereinheitlicht werden. Im Übrigen ist zu begrüßen, dass die Kommission ausdrücklich klarstellt, dass Information über Promotionspreise ausgetauscht werden können, ohne dass dies als verbotener Informationsaustausch anzusehen ist, sofern es sich um eine über einen kurzen Zeitraum laufende Kampagne handelt. Zusätzlich sollte ergänzt werden, dass Anforderungen der Käufer an ihre Lieferanten, Abverkaufspreise bereits auf ihre Vertragsware zu drucken, unproblematisch sind. Es sollte deshalb nach „...for the contract goods or services“, Folgendes eingefügt werden: „or buyer’s requests to print resale prices on the contract goods“.
21. **Ziff. 14 lit. b:** Wie bereits unter Rz. 14 zu Ziff. 13 lit. a ausgeführt, gibt es Konstellationen, in denen es für die Vertikalbeziehung wichtig ist, dass auch Daten über einzelne Kunden ausgetauscht werden können. Die Studienvereinigung regt daher an, die Ausnahmen ab „unless in each case such information is necessary“ breiter zu formulieren und insbesondere technisches Marketing, aber auch das Projektgeschäft darunter zu subsumieren. Im E-VGVO-LL wird für den Erfüllungsvertrag explizit anerkannt, dass Preise zu dritt verhandelt werden können (vgl. E-VGVO-LL, Rz. 178).
22. Auch sollte Ziff. 14 lit. b klarstellen, dass im selektiven Vertrieb, der von diesen Regelungen gemäß Ziff. 12 erfasst ist, der Austausch über den Verdacht, dass es sich bei einem bestimmten Kunden um einen nicht-autorisierten Wiederverkäufer handelt, möglich ist (vgl. bereits oben, Rz. 12). Daneben sollte die Klarstellung getroffen werden, dass nach Beendigung der dualen Vertriebsvereinbarung Daten, die zur Abwicklung der Vertragsbeziehung und/oder zur Ermittlung von Ausgleichsansprüchen und deren außergerichtlicher oder gerichtlicher Geltendmachung bzw. Ablehnung erforderlich sind, ausgetauscht werden dürfen. Schließlich sollten neben Informationen, die zur Durchführung der Gewährleistung („to provide guarantee“) erforderlich sind, auch solche Daten ausgetauscht werden können, die für die Abrechnung von Gewährleistungsarbeiten („to adequately reimburse buyer’s guarantee efforts“), zur Behebung individueller Kundenbeschwerden („to remedy complaints from individual customers“) oder dazu erforderlich sind, einen Kunden auf dessen auch die jeweils

andere Partei der dualen Vertriebsvereinbarung einschließende Marketingeinwilligungserklärung hin zu kontaktieren („*to contact a customer upon its express marketing consent which includes also the respective other party of the vertical agreement*“).

23. **Ziff. 15 und Ziff. 16:** Hierfür wird auf unsere Ausführungen oben unter Rz. 23 verwiesen.
24. **Ziff. 17:** Aus Sicht der Studienvereinigung ist es hilfreich, dass die Kommission bei den möglichen Vorsichtsmaßnahmen zur Vermeidung eines überschießenden Informationsaustausches auch Fire Walls nennt. In Unternehmen ist die Errichtung von Fire Walls zwar aufwändiger als häufig angenommen wird, d. h. wird in der Regel zu hohen Zusatzkosten führen. Dennoch begrüßen wir diesen Hinweis. Die Studienvereinigung versteht diesen Hinweis so, dass bei funktionierenden Fire Walls auch ein Informationsaustausch, der unter Ziff. 14 fällt, gerechtfertigt werden kann, d. h. über die funktionale Trennung zwischen Direktgeschäft und Händlergeschäft der duale Vertrieb aufgeteilt wird in einen Direktvertrieb einerseits und den Vertrieb über Händler (bzw. unechte Handelsvertreter) andererseits. Die Studienvereinigung legt jedoch Wert auf die Feststellung, dass auch ohne Fire Walls ein überschießender Informationsaustausch legitim sein kann, etwa weil schon keine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt.

\* \* \*

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

Petra Linsmeier, Markus Schöner, Reinhard Siegert, Susanne Wagner und Anne C. Wegner.