

# Vertriebskartellrecht

Bauer / Rahlmeyer / Schöner

2020

ISBN 978-3-406-71081-0

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei

[beck-shop.de](http://beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](http://beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](http://beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](http://beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

relevanten Marktanteile betreffen den Markt für die Erstausrüstung mit den zu liefernden Produkten. Die Marktanteile für die Ersatzteile werden oftmals recht hoch sein, da manche Komponenten allein für den Einbau in das Endprodukt hergestellt wurden und der Lieferant damit einen hohen Marktanteil (jedenfalls meist über 30 %) haben wird.

### III. Bezugsmarkt

Die zweite Marktanteilsschwelle erfasst die spiegelbildliche Betrachtung des Anteils des Abnehmers an dem Markt für die Nachfrage der vom Lieferanten angebotenen Produkte. Es wird somit letztlich derselbe Markt aus verschiedenen Blickwinkeln betrachtet.<sup>78</sup>

Durch die Marktanteilsschwelle des Abnehmers wird ausgeschlossen, dass ein Lieferant mit einem verhältnismäßig niedrigen Marktanteil auf dem Angebotsmarkt von der Freistellung durch die Vertikal-GVO profitiert, wenn er mit einem Nachfrager kontrahiert, der einen hohen Marktanteil (> 30 %) bei dem Bezug der Vertragsprodukte hat. Dies wird immer wieder kritisiert, da die kleinen und mittleren Unternehmen, die durch die Regelung vor Nachfragemacht geschützt werden sollen, so Steine statt Brot erhalten, auf die Rechtssicherheit der Vertikal-GVO verzichten müssen<sup>79</sup>. Letztlich setzt die zweite Marktanteilsschwelle aber nur konsequent den Grundgedanken der Verordnung um, dass die Vorteile der Gruppenfreistellung nur dann gewährt werden sollen, wenn die Beteiligten nicht über Marktmacht verfügen.<sup>80</sup>

  
beck-shop.de  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

<sup>78</sup> Wiedemann/Seeliger, § 11 Rn. 132; Langen/Bunte/Nolte, nach Art. 101 AEUV Rn. 399; a. A. Bechtold/Bosch/Brinker, Art. 3 VO 330/2010 Rn. 7.

<sup>79</sup> Funke/Just, DB 2010, 1392.

<sup>80</sup> Immenga/Mestmäcker/Ellger, Art. 3 Vertikal-GVO Rn. 10; → Rn. 6.

## § 8 Kernbeschränkungen, Art. 4 Vertikal-GVO

### Übersicht

	Rn.
A. Alles-oder-Nichts-Prinzip .....	1
B. Nicht wettbewerbsbeschränkende oder einzelfreigestellte Kernbeschränkungen .	3
C. Begriff der Kernbeschränkung und Struktur des Art. 4 Vertikal-GVO .....	6
D. Zivilrechtliche Nichtigkeit und erhöhtes Bußgeldrisiko .....	9

### A. Alles-oder-Nichts-Prinzip

- 1 Die Freistellung nach Art. 2 Abs. 1 der Vertikal-GVO gilt nicht für die in Art. 4 Vertikal-GVO abschließend aufgeführten Kernbeschränkungen (*hardcore restrictions* oder sog. **schwarze Klauseln**). Enthält ein Vertrag eine Kernbeschränkung, **entfällt die Freistellung** nicht nur für die entsprechende Klausel, sondern darüber hinaus **für sämtliche wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen** des betreffenden Vertrags. Hier liegt der wesentliche Unterschied zu den in Art. 5 Vertikal-GVO aufgeführten nicht freigestellten Beschränkungen (sog. **graue oder rote Klauseln**)<sup>1</sup>: Bei einer Beschränkung nach Art. 5 Vertikal-GVO geht der Rechtsvorteil der Gruppenfreistellung nur in Bezug auf den Teil der vertikalen Vereinbarung verloren, der die Voraussetzungen des Art. 5 Vertikal-GVO nicht erfüllt.<sup>2</sup> Bei Kernbeschränkungen geht die Kommission demgegenüber davon aus, dass sie von weiteren im Vertrag enthaltenen wettbewerbsbeschränkenden Klauseln einer vertikalen Vereinbarung nicht abtrennbar sind und die Vertikal-GVO deshalb auf die Vereinbarung insgesamt keine Anwendung findet<sup>3</sup> (sog. **Alles-oder-Nichts-Prinzip**). Dies gilt auch dann, wenn die betroffenen Unternehmen Marktanteile unterhalb der Bagatellschwelle von 15 % halten.<sup>4</sup>
- 2 Verträge, die eine Kernbeschränkung enthalten, sind demnach immer individuell und hinsichtlich aller enthaltenen Regelungen auf eine Wettbewerbsbeschränkung i. S. d. Art. 101 Abs. 1 AEUV und, soweit diese vorliegt, die Möglichkeit einer **Einzelfreistellung** (→ § 2 Rn. 85 ff.) zu prüfen. Nach Auffassung der Kommission wird „**vermutet**“, dass eine Vereinbarung, die Kernbeschränkungen enthält, unter Art. 101 Abs. 1 AEUV fällt und die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV „wahrscheinlich nicht erfüllt“ sind.<sup>5</sup>

### B. Nicht wettbewerbsbeschränkende oder einzelfreigestellte Kernbeschränkungen

- 3 In den Vertikalleitlinien gibt die Kommission an einigen Stellen<sup>6</sup> Hinweise, unter welchen Umständen **Kernbeschränkungen ausnahmsweise nicht wettbewerbsbeschränkend** sind oder eine **Einzelfreistellung** in Betracht kommt.
- 4 Eine Kernbeschränkung ist demnach im Einzelfall schon nicht wettbewerbsbeschränkend, wenn die Beschränkung erforderlich ist, um einem aus **Gründen der Sicherheit**

<sup>1</sup> → § 12.

<sup>2</sup> Vertikal-LL, Rn. 71.

<sup>3</sup> Vertikal-LL, Rn. 47, 70.

<sup>4</sup> Zur Spürbarkeit von Kernbeschränkungen → § 2 Rn. 56 ff.; Vertikal-LL, Rn. 10; vgl. *De-minimis*-Bekanntmachung, Rn. 13.

<sup>5</sup> Vertikal-LL, Rn. 47.

<sup>6</sup> So z. B. Vertikal-LL, Rn. 60 ff., Rn. 225 ff.

**oder Gesundheit bestehenden Verbot** gerecht zu werden.<sup>7</sup> Ebenso verhält es sich bei Vereinbarungen, die im Kontext der **Erschließung neuer räumlicher Märkte** geschlossen werden. Dabei sind nach den Leitlinien der Kommission angesichts der beträchtlichen Investitionen auch Beschränkungen passiver Verkäufe anderer Händler für die ersten zwei Jahre zulässig.<sup>8</sup> Dies gilt auch für **echte Markteinführungstests**, mit welchen die Einführung neuer Produkte in einem bestimmten kleinen Gebiet getestet werden soll, allerdings nur in Bezug auf den aktiven Verkauf außerhalb des Testgebiets.<sup>9</sup>

In **selektiven Vertriebsverträgen** kann die **Beschränkung von aktiven Querverkäufen auf der Großhandelsstufe** im Einzelfall die Voraussetzungen einer Einzelfreistellung erfüllen, um das Trittbrettfahren zu unterbinden.<sup>10</sup> **Doppelpreisysteme**, die einen unterschiedlichen Einkaufspreis für Online- und Offline-Verkäufe<sup>11</sup> vorsehen, können im Einzelfall freigestellt sein, wenn Online-Verkäufe für den Hersteller mit erheblich höheren Kosten verbunden sind.<sup>12</sup> Auch die Preisbindung der zweiten Hand kann etwa bei der Markteinführung neuer Produkte gerechtfertigt sein, um die Verkaufsbemühungen der Händler zu intensivieren.<sup>13</sup> Ebenso bei kurzfristigen Sonderangeboten in Franchise- und ähnlichen Systemen (i. d. R. zwischen zwei und sechs Wochen).<sup>14</sup> Zu beachten ist hier aber, dass die Möglichkeit der Einzelfreistellung eher restriktiv gehandhabt wird.<sup>15</sup>

### C. Begriff der Kernbeschränkung und Struktur des Art. 4 Vertikal-GVO

Eine Kernbeschränkung liegt nach der eindeutigen Formulierung im Eingangssatz des Art. 4 Vertikal-GVO nur dann vor, wenn eine der in Art. 4 lit. a) bis e) Vertikal-GVO genannten Wettbewerbsbeschränkungen unmittelbar oder mittelbar, für sich allein oder in Verbindung mit anderen Umständen unter der Kontrolle der Vertragsparteien „**bezweckt**“ wird. Ein „bloßes Bewirken“ einer Kernbeschränkung ist deshalb, anders als im Tatbestand des Art. 101 AEUV, nicht ausreichend.<sup>16</sup> Zur Abgrenzung zwischen bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkung und zur Frage, ob die Definitionen von bezweckter Wettbewerbsbeschränkung und Kernbeschränkung stets gleichlaufen → § 2 Rn. 36 ff.

Soweit eine der in Art. 4 lit. a) bis e) Vertikal-GVO enthaltenen Wettbewerbsbeschränkungen nur ein „**reflexhaft**“ **überschießender**, d. h. nicht bezweckter Teil einer an sich zulässigen Abrede ist, liegt keine Kernbeschränkung i. S. d. Art. 4 Vertikal-GVO vor. Eine exakte Grenzziehung ist naturgemäß nicht möglich. Letztlich wird es hierfür in hohem Maße auf die gelebte Praxis der Beteiligten ankommen. Existiert beispielsweise ein Überwachungssystem<sup>17</sup> zur Kontrolle von Verstößen gegen Vereinbarungen, die eine Kernbeschränkung i. S. d. Art. 4 Vertikal-GVO darstellen könnten, spricht dies dafür, dass die betreffende Wettbewerbsbeschränkung nicht nur „bewirkt“, sondern i. S. d. Eingangssatzes des Art. 4 Vertikal-GVO auch „bezweckt“ ist.

<sup>7</sup> Vertikal-LL, Rn. 60 S. 2; dazu auch → § 10 Rn. 86; § 18 Rn. 20.

<sup>8</sup> Vertikal-LL, Rn. 61 S. 4.

<sup>9</sup> Vertikal-LL, Rn. 62.

<sup>10</sup> Vertikal-LL, Rn. 63.

<sup>11</sup> Vertikal-LL, Rn. 64 S. 3.

<sup>12</sup> Vertikal-LL, Rn. 64; dazu auch → § 10 Rn. 92; § 18 Rn. 52.

<sup>13</sup> Vertikal-LL, Rn. 225.

<sup>14</sup> Vertikal-LL, Rn. 225.

<sup>15</sup> Den Autoren sind keine aktuellen Fälle aus der Entscheidungspraxis der Kommission und des BKartA bekannt, in denen Kernbeschränkungen von einer Einzelfreistellung profitiert hätten.

<sup>16</sup> MüKo/Jestaedt/Zöttl, Art. 4 GVO Nr. 330/2010 Rn. 7; LMRKM/Baron, Art. 4 Vert-GVO Rn. 192; Immenga/Mestmäcker/Ellger, Art. 4 Vertikal-GVO Rn. 8; KK/Johannsen/Wegner, Art. 4 Vertikal-GVO Rn. 4.

<sup>17</sup> Vertikal-LL, Rn. 50 S. 6.

- 8 Die in Art. 4 Vertikal-GVO aufgeführten Kernbeschränkungen sind typischerweise so aufgebaut, dass sie im ersten Teil die nicht freigestellte Beschränkung benennen und sodann in einem zweiten Teil Rückausnahmen (sog. **weiße Klauseln**) vorsehen. Der ansonsten im Anwendungsbereich der Vertikal-GVO geltende Grundsatz „erlaubt ist, was nicht verboten ist“ wird damit zu einem erheblichen Teil wieder in sein Gegenteil verkehrt.<sup>18</sup> Beschränkungen, die eine der in Art. 4 Vertikal-GVO vorgesehenen Rückausnahmen erfüllen, profitieren von der Freistellung nach Art. 2 Vertikal-GVO. Die in Art. 4 Vertikal-GVO aufgeführten Rückausnahmen sind eng auszulegen.<sup>19</sup> Eine analoge Anwendung ist nicht möglich. Ebenso ist eine geltungserhaltende Reduktion „überschießender“ Klauseln abzulehnen.<sup>20</sup>

#### D. Zivilrechtliche Nichtigkeit und erhöhtes Bußgeldrisiko

- 9 Kernbeschränkungen, die Art. 101 Abs. 1 AEUV verletzen und die Voraussetzungen einer Einzelfreistellung nicht erfüllen, sind nach Art. 101 Abs. 2 AEUV **nichtig**. Dazu und zu den weiteren zivilrechtlichen Rechtsfolgen → § 2 Rn. 118 ff.
- 10 Kernbeschränkungen werden im Vergleich zu anderen vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen als besonders kritisch eingestuft. Sie sind daher mit einem **erhöhten Bußgeldrisiko** verbunden<sup>21</sup> (zur Bußgeldbemessung → § 2 Rn. 133 ff.). Nachdem die Kommission lange Zeit keine Bußgelder wegen vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen verhängt hatte, hat sie nach Abschluss der Sektoruntersuchung des elektronischen Handels im Jahr 2017 eine ganze Reihe von Verfahren eingeleitet und teilweise bereits zum Abschluss gebracht. Zumindest in den abgeschlossenen Untersuchungen stellte die Kommission Kernbeschränkungen fest und verhängte teils erhebliche Bußgelder.<sup>22</sup>

beck-shop.de  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

<sup>18</sup> Vgl. auch Langen/Bunte/Nolte, nach Art. 101 AEUV Rn. 305, 420/421.

<sup>19</sup> Nach dem EuGH besteht aufgrund der Möglichkeit der Einzelfreistellung „kein Anlass, die Bestimmungen, mit denen die Vereinbarungen oder Verhaltensweisen in die Gruppenfreistellung einbezogen werden, weit auszulegen“, EuGH U. v. 13.10.2011, C-439/09, Rn. 57 – *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*.

<sup>20</sup> MüKo/Jestaedt/Zöttl, Art. 4 GVO Nr. 330/2010 Rn. 5 f.

<sup>21</sup> Langen/Bunte/Nolte, nach Art. 101 AEUV Rn. 413; Wiedemann/Seeliger, § 11 Rn. 167.

<sup>22</sup> Komm. E. v. 24.7.2018, COMP/AT.40181 – *Philips*; COMP/AT.40182 – *Pioneer*; COMP/AT.40465 – *Asus*; COMP/AT.40469 – *Denon & Marantz* (insgesamt 111 Mio. EUR); Komm. E. v. 17.12.2018, COMP/AT.40428 – *Guess* (39,8 Mio. EUR); Komm. Presse-Mitt. v. 25.3.2019, COMP/AT.40436 – *Ancillary sports merchandise* (12,5 Mio. EUR gegen *Nike*); Komm. Presse-Mitt. v. 9.7.2019, COMP/AT.40432 – *Character merchandise* (6,2 Mio. EUR gegen *Sanrio*).

## § 9 Preisbindungen, Art. 4 lit. a) Vertikal-GVO

### Übersicht

	Rn.
A. Kartellrechtliche Grenzen der Preisbindung .....	1
I. Preisbindung des Abnehmers .....	3
1. Kartellrechtliche Einordnung .....	3
2. Fest- und Mindestpreisbindung .....	10
3. Höchstpreisbindungen .....	18
a) Bis 30 % Marktanteil .....	20
b) Über 30 % Marktanteil .....	21
c) Druck oder Anreize .....	27
4. Preisempfehlungen .....	29
a) Bis 30 % Marktanteil .....	30
b) Über 30 % Marktanteil .....	33
c) Druck oder Anreize .....	45
d) Unverbindlichkeit .....	53
5. Preispolitik und Diskriminierungsverbot .....	56
6. Übermittlung von Preisinformationen .....	57
a) Übermittlung von Wiederverkaufspreisen an den Lieferanten .....	57
b) Informationsaustausch zwischen Abnehmer und Anbieter im Fall der Dual Distribution .....	60
c) Hub-and-spoke .....	61
d) Dynamic pricing .....	62
II. Preisbindung des Lieferanten .....	74
B. Praxisrelevante Fallgruppen .....	75
I. Erläuterung unverbindlicher Preisempfehlungen .....	75
II. Preismonitoring/Preisspiegel .....	81
III. Kalkulationshilfen .....	86
IV. Spannengarantien .....	87
V. Preispflege durch Nichtbelieferung .....	91
VI. Mengenmanagement und Aktionsplanungen .....	92
VII. Preisaufruf auf Verpackungen .....	97
VIII. Preistests .....	101
IX. Preisverhandlungen mit der übernächsten Marktstufe .....	102
X. Einkaufspreisgarantien .....	103
XI. Meistbegünstigungsklauseln/Bestpreisklauseln .....	105
1. Meistbegünstigungsklauseln zu Lasten des Lieferanten .....	106
2. Meistbegünstigungsklauseln zu Lasten des Abnehmers .....	114
a) Meistbegünstigung beim Einkauf .....	115
b) Meistbegünstigung beim Verkauf .....	116
3. Enge und weite Bestpreisklauseln .....	117
XII. Preisbindung des Handelsvertreters .....	123
XIII. Sonderangebote in Franchisesystemen .....	126
XIV. Festpreise bei Markteinführung .....	131
XV. Ausnahmereiche .....	134
1. Buchpreisbindung .....	134
2. Verlagserzeugnisse .....	136
3. Arzneimittel .....	137
4. Landwirtschaft .....	140
C. Rechtsfolgen bei Verstoß gegen das Preisbindungsverbot .....	142
1. Bußgeld .....	142
2. Untersagung/Verpflichtungszusagen .....	147
a) BKartA .....	147
b) Kommission .....	152

	Rn.
3. Zivilrechtliche Unwirksamkeit .....	154
4. Unterlassung/Schadensersatz .....	156

### A. Kartellrechtliche Grenzen der Preisbindung

- Das Verbot der vertikalen Preisbindung nimmt im Vertriebskartellrecht eine zentrale Stellung ein. Im Mittelpunkt steht dabei die Preisbindung des **Abnehmers** als Wiederverkäufer von Waren oder Dienstleistungen. Die dafür gebräuchliche Bezeichnung als Preisbindung der zweiten Hand beschreibt recht anschaulich den Tatbestand: Ein Lieferant (die „erste Hand“) unterwirft einen Abnehmer (die „zweite Hand“) Preisbindungen beim Weiterverkauf – nicht notwendigerweise von ihm selbst – gelieferter Waren oder Dienstleistungen.
- Daneben kann eine vertikale Preisbindung aber auch umgekehrt vom Abnehmer ausgehen und dem **Lieferanten** auferlegt werden. Der Hauptanwendungsfall hierfür sind Meistbegünstigungs- oder Bestpreisklauseln, die den Lieferanten verpflichten, dem konkreten Abnehmer den jeweils besten Preis zu geben, was eine Beschränkung der Preissetzung gegenüber anderen Abnehmern des Lieferanten impliziert.

#### I. Preisbindung des Abnehmers

##### 1. Kartellrechtliche Einordnung

- Eine Preisbindung der zweiten Hand kann den Wettbewerb in mehrfacher Hinsicht einschränken, wie in den Vertikalleitlinien<sup>1</sup> näher ausgeführt wird. So soll sie die Kollusion zwischen Anbietern fördern, indem die **Preistransparenz** auf dem Markt verbessert wird und es somit einfacher ist festzustellen, ob ein Anbieter von dem abgesprochenen Gleichgewicht abweicht. Darüber hinaus soll sie Anbietern den Anreiz nehmen, ihre Preise für Händler zu senken, da sie in Anbetracht des festgelegten Weiterverkaufspreises keine weiteren Vorteile aus Verkaufssteigerungen ziehen. Dieses Risiko soll besonders in Märkten mit einem engen Oligopol bestehen. Der hauptsächliche Schaden wird darin gesehen, dass der **markeninterne Preiswettbewerb (intra-brand-Wettbewerb) ausgeschaltet** wird. Starke und gut organisierte Händler könnten in der Lage sein, einen oder mehrere Anbieter dazu zu bringen, ihren Weiterverkaufspreis oberhalb des Preises des freien Marktes festzulegen und ihnen auf diese Weise helfen, ihr abgesprochenes Gleichgewicht zu erreichen bzw. zu stabilisieren. Dies soll besonders dann problematisch sein, wenn die Preisbindung vom Abnehmer ausgeht. Generell soll eine Gefahr darin bestehen, dass das **Preisniveau insgesamt ansteigt oder stabilisiert** wird, weil Preissenkungen verhindert werden. Zudem soll eine Preisbindung auf Vertriebsstufe **Dynamik und Innovation hemmen**. Indem der Preiswettbewerb zwischen Händlern verhindert wird, könne die Preisbindung leistungsfähigere Einzelhändler daran hindern, mit niedrigen Preisen in den Markt einzutreten und/oder eine ausreichende Größe zu erreichen. Außerdem soll durch eine solche Preisbindung der **Markteintritt bzw. die Expansion von auf Niedrigpreisen basierenden Vertriebsformen** (z. B. Discounter) **verhindert oder erschwert** werden.
- Vor diesem Hintergrund werden Preisbindungen zu Lasten des Abnehmers als besonders wettbewerbsschädlich klassifiziert und deshalb als **bezweckte** Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV/§ 1 GWB angesehen.
- Ausgenommen sind nur Höchstpreisbindungen, die jedenfalls im Anwendungsbereich der Vertikal-GVO freigestellt sind, da sie über die Rückausnahme in Art. 4 lit. a) Vertikal-GVO möglich sein sollen und somit der Schirmfreistellung des Art. 2 Abs. 1 Vertikal-GVO unterfallen. Nach Art. 4 lit. a) Vertikal-GVO erlaubt bleibt auch das Recht des

<sup>1</sup> Vertikal-LL, Rn. 224.

Anbieters, „*Preiseempfehlungen auszusprechen, sofern sich diese nicht infolge der Ausübung von Druck oder Gewährung von Anreizen durch eines der beteiligten Unternehmen tatsächlich wie Fest- oder Mindestverkaufspreise auswirken.*“ Mindest- und Festpreisbindungen sowie Preiseempfehlungen, die sich wie solche auswirken, stellen hingegen bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen dar.

Als Folge dieser Einordnung müssen die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen einer Vereinbarung oder Verhaltensweise von den Behörden und Gerichten im Einzelfall nicht nachgewiesen werden.<sup>2</sup> Vielmehr wird die Wettbewerbschädlichkeit **vermutet**.<sup>3</sup> Zugleich bedeutet dies, dass die Beschränkung grundsätzlich geeignet ist, den Wettbewerb **spürbar** zu verfälschen, selbst wenn die Beteiligten nur über geringe Marktanteile verfügen.<sup>4</sup> Auch die Bagatellbekanntmachung der Kommission nimmt daher vertikale Preisbindungen von ihrem Anwendungsbereich ausdrücklich aus.<sup>5</sup> Preisbindungen sind m. a. W. grundsätzlich spürbar.<sup>6</sup>

Diese Einordnung als besonders wettbewerbschädlich kommt auch in Art. 4 lit. a) Vertikal-GVO zum Ausdruck, der die vertikale Preisbindung grundsätzlich als **Kernbeschränkung** qualifiziert. Dies steht nach dem Eingangswortlaut des Art. 4 Vertikal-GVO synonym zum Begriff der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung. Allerdings kann nach der Systematik des EU-Rechts die Vertikal-GVO nicht selbst bestimmen, welche Verhaltensweisen als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung i. S. d. insoweit vorrangigen Art. 101 Abs. 1 AEUV zu qualifizieren sind. Letztlich kommt aber mit der Einordnung als Kernbeschränkung in der Vertikal-GVO zum Ausdruck, welche Verhaltensweisen die Kommission als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung qualifizieren würde.

Aufgrund ihres besonders wettbewerbschädlichen Charakters **sind Mindest- und Festpreisbindungen nicht über die Vertikal-GVO** vom Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. des § 1 GWB **freigestellt**. Des Weiteren ist eine Einzelfreistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV sehr unwahrscheinlich. Es wird vermutet, dass die Voraussetzungen der Einzelfreistellung nicht vorliegen.<sup>7</sup> Im Einzelfall kann ein Anbieter jedoch versuchen, das Vorliegen der Einzelfreistellungskriterien nach Art. 101 Abs. 3 AEUV nachzuweisen. Dazu muss das Unternehmen u. a. substantiiert vortragen, dass sich **Effizienzgewinne** aus der Aufnahme der Preisbindung zweiter Hand in der Vereinbarung ergeben, und u. a. **nachweisen**, dass diese Verbrauchern zugute kommen. Anschließend muss die Behörde die wahrscheinlichen negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb konkret prüfen, bevor sie abschließend feststellt, ob die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllt sind.<sup>8</sup> Bei realistischer Betrachtung vermag dies jedoch nur in Ausnahmefällen gelingen. In den Vertikalleitlinien sind dazu bestimmte, eng umrissene Fallgruppen benannt (→ Rn. 14 ff.).

Gleichzeitig indiziert die Qualifizierung bestimmter Formen der Preisbindung als „bezweckte“ Wettbewerbsbeschränkung, dass sie einem stark erhöhten **Bußgeldrisiko** unterliegen. Die zunehmende Zahl an Bußgeldentscheidungen der Kartellbehörden in Europa aufgrund von Preisbindungsverstößen belegt diese Gefahr.<sup>9</sup> Auch die Kommission hat Preisbindungsverstöße bereits mit erheblichen Bußgeldern belegt.<sup>10</sup>

<sup>2</sup> EuGH U. v. 4.6.2009, C-8/08, Rn. 29 f. – *T-Mobile Netherlands*; EuGH U. v. 21.9.2006, C-105/04 P, Rn. 125 – *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel*; EuGH U. v. 20.11.2008, C-209/07, Rn. 15 ff – *Irish Beef*; *Kuhn*, ZWeR 2014, 143 (144), *Kling/Thomas*, § 5 Rn. 97.

<sup>3</sup> Vertikal-LL, Rn. 223.

<sup>4</sup> EuGH U. v. 13.12.2012, C-226/11, Rn. 37 – *Expedia*.

<sup>5</sup> *De-minimis*-Bekanntmachung, vgl. LMRKM/Baron, Art. 4 Vert-GVO Rn. 188.

<sup>6</sup> BGH U. v. 17.10.2017, KZR 59/16 – *Almased*.

<sup>7</sup> Vertikal-LL, Rn. 223.

<sup>8</sup> Vertikal-LL, Rn. 223.

<sup>9</sup> Siehe z. B. in Deutschland jüngst die Entscheidungen OLG Düsseldorf U. v. 28.2.2018, V-4 Kart 3/17 Owi – *Kaffeeröster*; OLG Celle U. v. 7.4.2016, 13 U 124/15 (Kart), sowie BKartA B. v. 22.12.2015, B9-121/13 und auch BKartA Presse-Mitt. v. 29.1.2019 – *Fahrradgroßhändler ZEG*.

<sup>10</sup> Komm. E. v. 24.7.2018, COMP/AT.40465 – *ASUS* (63.522.000 EUR).



## 2. Fest- und Mindestpreisbindung

- 10 Mit Mindestpreis- oder Festpreisvereinbarungen **geben Anbieter den Abnehmern vor, beim Weiterverkauf ein bestimmtes Preisniveau nicht zu unterschreiten bzw. fest einzuhalten**. Nach der Regelung des Art. 4 lit. a) Vertikal-GVO handelt es sich bei Fest- bzw. Mindestpreisbindungen um Kernbeschränkungen.
- 11 Auf die konkrete Vorgabe eines Mindest- oder Festpreises kommt es für die Qualifizierung als Mindest- oder Festpreisbindung nicht an. Vielmehr liegt eine Mindest- oder Festpreisbindung z. B. auch dann vor, wenn die Mindest- bzw. Festpreisbindung auf die Preise konkurrierender Anbieter bezogen wird.<sup>11</sup> Gleiches gilt, wenn eine bestimmte Handelsmarge, ein Maximalrabatt beim Weiterverkauf oder ein relativer Preisabstand zwischen bestimmten Vertriebskanälen oder bestimmten Produkten (z. B. Premiummarke gegen Handelsmarke) vorgegeben wird.<sup>12</sup> Ebenso sind Klauseln, die **bestimmte Preisaktionen** (Promotions-, Schlussverkauf etc.) untersagen, als Mindest- oder Fixpreisbindung zu klassifizieren.<sup>13</sup>
- 12 Zumindest in der Grauzone bewegen sich Klauseln, die den Abnehmer generalisierend zu einer bestimmten allgemeinen **Preispolitik** verpflichten, z. B. sich um ein „wettbewerbskonformes“ oder „angemessenes“ Preisniveau beim Weiterverkauf bemühen zu müssen. Hier kommt es im Einzelfall auf die Auslegung der Klausel an.<sup>14</sup> Zu beachten ist dabei, dass Art. 4 lit. a) der Vertikal-GVO davon ausgeht, dass jede Beschränkung der Möglichkeit des Abnehmers, seinen Verkaufspreis selbst festzusetzen, eine schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkung darstellt. Deshalb ist von der Verwendung entsprechender Regelungen abzuraten.
- 13 Eine Mindest- oder Festpreisbindung liegt zudem bereits dann vor, wenn nur ein **Preisbestandteil** vorgegeben wird, z. B. von Versandkosten (z. B. für Online-Händler). Es ist nicht notwendig, dass der gesamte Preis betroffen ist.<sup>15</sup>
- 14 In beschränkten Ausnahmefällen sind aber Mindest- und Festpreisbindungen möglich. Dabei geht die Kommission in den **Vertikalleitlinien** davon aus, dass jede entsprechende Bindung den Tatbestand einer Wettbewerbsbeschränkung erfüllt, nicht durch die Vertikal-GVO gruppenfreigestellt ist und mithin der Einzelfreistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV bedarf. Wie dargelegt, bedeutet dies u. a., dass die Unternehmen, die entsprechende Bindungen eingehen wollen, **ausreichende Effizienzgewinne** darlegen müssen.
- 15 Nach Auffassung der Kommission kann eine Preisbindung der zweiten Hand für einen Lieferanten, der ein neues Produkt auf den Markt bringen will, hilfreich sein, um in der **Einführungsphase**, in der die Nachfrage sich entwickelt, die Abnehmer dafür zu gewinnen, ihm zu helfen, das betreffende Produkt gezielt anzubieten. Eine Preisbindung der zweiten Hand könne den Abnehmern erlauben, ihre **Verkaufsbemühungen** zu intensivieren. Dies setze aber voraus, dass es für den Lieferanten nicht sinnvoll ist, alle Abnehmer vertraglich zu entsprechend wirksamen verkaufsfördernden Maßnahmen zu verpflichten.<sup>16</sup>
- 16 Des Weiteren könnten feste Weiterverkaufspreise und nicht nur Preisobergrenzen erforderlich sein, um in einem Franchisesystem oder einem ähnlichen Vertriebssystem mit einheitlichen Vertriebsmethoden eine **kurzfristige Sonderangebotskampagne** (i. d. R. von zwei bis sechs Wochen) zu koordinieren, die auch den Verbrauchern zugutekomme.<sup>17</sup>

<sup>11</sup> BKartA „Hinweise zum Preisbindungsverbot im Bereich des stationären Lebensmitteleinzelhandels“, Juli 2017, Rn. 47.

<sup>12</sup> LMRKM/Baron, Art. 4 Vert-GVO Rn. 215; BKartA „Hinweise zum Preisbindungsverbot im Bereich des stationären Lebensmitteleinzelhandels“, Juli 2017, Rn. 47.

<sup>13</sup> BKartA „Hinweise zum Preisbindungsverbot im Bereich des stationären Lebensmitteleinzelhandels“, Juli 2017, Rn. 47.

<sup>14</sup> LMRKM/Baron, Art. 4 Vert-GVO Rn. 222, Vertikal-LL, Rn. 48; *Bechtold/Bosch/Brinker*, Art. 4 VO 330/2010, Rn. 5.

<sup>15</sup> *Bechtold/Bosch/Brinker*, Art. 4 VO 330/2010, Rn. 5; LMRKM/Baron, Art. 4 Vert-GVO Rn. 213.

<sup>16</sup> Vertikal-LL, Rn. 225 und Fn 1.

<sup>17</sup> Vertikal-LL, Rn. 225