

**Hinweis:** Der nachstehende Aufsatz wurde veröffentlicht in den Wirtschaftsrechtlichen Blättern 2016, wbl 2016, 549. Die Nutzungsrechte liegen beim Verlag Österreich (© Copyright Verlag Österreich). Das vorliegende Dokument ist die vom Verlag Österreich akzeptierte Fassung, nicht das erschienene Originaldokument selbst.

# Drittplattformverbote in quantitativ selektiven Vertriebssystemen

von Dr. Wendelin Moritz, Rechtsanwalt in Wien.

*Mit einem Drittplattformverbot untersagt der Hersteller (bzw. dessen Vertriebsgesellschaft) seinen Vertragshändlern, die Vertragsware neben dem Ladenverkauf und dem händler eigenen Online-Shop auch über Internetplattformen Dritter (ebay, Amazon Marketplace, etc.) zu vertreiben. Die Vertragshändler haben am Vertrieb über Drittplattformen ein großes Interesse, weil sie mit diesem Vertriebskanal eine hohe Zahl an potenziellen Käufern erreichen können. An anderer Stelle<sup>1</sup> hat der Autor bereits erörtert, unter welchen Voraussetzungen ein Drittplattformverbot im rein qualitativen Selektivvertrieb nicht gegen das Kartellverbot verstößt und daher schon deshalb zulässig und wirksam ist. An dieser Stelle soll nun untersucht werden, unter welchen Voraussetzungen ein Drittplattformverbot vom Kartellverbot freigestellt werden kann, etwa im Rahmen eines quantitativ selektiven Vertriebssystems.*

Deskriptoren: Drittplattformverbot, Internetvertrieb, Quantitativer Selektivvertrieb, Kartellrecht, Wettbewerbsbeschränkung, Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung.

- I. Ausgangspunkt: Zulässigkeit von objektiv notwendigen Drittplattformverboten im qualitativen Selektivvertrieb
- II. Freistellung durch die Vertikal-GVO trotz Drittplattformverbots?
  1. Voraussetzungen für die Freistellung des quantitativen Selektivvertriebs
  2. Konsequenzen eines nicht objektiv notwendigen Drittplattformverbots
  3. Zwei Szenarien, eine Frage
- III. Drittplattformverbot als Kernbeschränkung?
  1. Beschränkung des Kundenkreises – Art 4 lit b Vertikal-GVO
    - a) Totalverbot des Internetvertriebs als Beschränkung des Kundenkreises
    - b) Drittplattformverbot als Beschränkung des Kundenkreises?
    - c) Qualitätsanforderung vs. Kernbeschränkung
    - d) Zwischenergebnis
  2. Beschränkung des Verkaufs an Endverbraucher – Art 4 lit c Vertikal-GVO
    - a) Drittplattform als „nicht zugelassene Niederlassung“?
    - b) Qualitätsanforderungen bleiben zulässig
    - c) Die Vertikal-Leitlinien liefern keine Antwort
    - d) Zwischenergebnis
  3. Fazit

## **I. Ausgangspunkt: Zulässigkeit von objektiv notwendigen Drittplattformverboten im qualitativen Selektivvertrieb**

Wettbewerbsrechtlich relevant sind Drittplattformverbote deshalb, weil Drittplattformen aufgrund ihrer Preistransparenz die mit dem Selektivvertrieb unweigerlich einhergehende Einschränkung des *intra brand* Wettbewerbs abzufedern geeignet sind.

Beim Selektivvertrieb verpflichtet sich der Anbieter einer Ware den Abnehmern gegenüber, die Waren nur an zugelassene Abnehmer zu veräußern, während sich die Abnehmer im Gegenzug verpflichten, die Waren nicht an gewerbliche Wiederverkäufer außerhalb des Vertriebsnetzes weiter

<sup>1</sup> Moritz, Drittplattformverbote in qualitativ selektiven Vertriebssystemen, wbl 2016, 477.

zu veräußern, sondern nur an Endverbraucher oder andere zugelassene Abnehmer.<sup>2</sup> Bestehen bei der Auswahl der Vertragshändler unmittelbare oder auch nur mittelbare zahlenmäßige Beschränkungen oder werden die Vertragshändler überhaupt willkürlich ausgewählt, dann ist das Vertriebsnetz quantitativ selektiv. Ist die Anzahl an Vertragshändlern hingegen nach oben hin unbegrenzt und werden die Vertragshändler anhand qualitativer Kriterien ausgewählt, dann ist das Vertriebsnetz qualitativ selektiv. Eine qualitative Selektion fällt nicht unter das Kartellverbot des Art 101 Abs 1 AEUV, wenn die Beschaffenheit der Ware sowohl diese Vertriebsform an sich als auch jedes Selektionskriterium rechtfertigt (objektive Notwendigkeit) und die Selektionskriterien überdies einheitlich und diskriminierungsfrei angewendet werden.<sup>3</sup>

Im qualitativen Selektivvertrieb verstößt ein Drittplattformverbot daher nicht gegen das Kartellverbot, wenn darin ein objektiv notwendiges Selektionskriterium liegt. Die objektive Notwendigkeit kann sich aus den folgenden Zielen ergeben:<sup>4</sup>

- Schutz der Signalisation einer hohen Produktqualität.
- Schutz der „Aura prestigeträchtiger Exklusivität“, die ein Ausmaß erreicht, das sie zum Produktbestandteil macht. Insoweit ist ein Vorabentscheidungsverfahren anhängig.<sup>5</sup>
- Maximierung der Beratung jedes einzelnen Endverbrauchers und Sicherstellung eines Mindestniveaus an Beratung für jeden einzelnen Endverbraucher, um Unfällen oder falschem Gebrauch vorzubeugen.
- Bekämpfung von Trittbrettfahrerei, wobei die Kommission ein Drittplattformverbot dafür als nicht unerlässlich ansieht.

## II. Freistellung durch die Vertikal-GVO trotz Drittplattformverbots?

### 1. Voraussetzungen für die Freistellung des quantitativen Selektivvertriebs

Ein quantitativ selektives Vertriebssystem verstößt gegen das Kartellverbot. Genauer: Jene Klausel in den Vertriebsverträgen, durch welche die Zahl an Vertragshändlern beschränkt wird, verstößt gegen das Kartellverbot.<sup>6</sup>

Der Hersteller, der ein quantitativ selektives Vertriebssystem einrichten möchte, ist daher auf eine Freistellung angewiesen, wofür sich neben der allgemeinen Freistellungsmöglichkeit des Art 101 Abs 3 AEUV mit ihren Unsicherheiten insbesondere die sog. Vertikal-GVO<sup>7</sup> anbietet. Die Vertikal-GVO stellt die gesamte vertikale Vertriebsvereinbarung vom Kartellverbot frei, wenn zwei Voraussetzungen erfüllt sind: Die Vertragsparteien überschreiten die in Art 3 Vertikal-GVO genannten Marktanteile nicht und die Vertriebsvereinbarung enthält keine der in Art 4 Vertikal-GVO genannten Kernbeschränkungen.

Enthält eine Vertriebsvereinbarung eine dieser Kernbeschränkungen, so entfällt die Freistellung der Vertriebsvereinbarung durch die Gruppenfreistellungsverordnung zur Gänze, also für die gesamte Vereinbarung, sodass sämtliche darin enthaltenen wettbewerbsbeschränkenden Klauseln, und nicht nur die Kernbeschränkung, von den Rechtsfolgen des Kartellverbots voll erfasst werden.<sup>8</sup>

---

<sup>2</sup> Vgl. die Legaldefinition in Art 1 Abs 1 lit e der Vertikal-GVO 2010.

<sup>3</sup> Weiterführend zum Selektivvertrieb: *Nolte in Langen/Bunte*, Kartellrecht II<sup>12</sup>, Nach Art. 101 AEUV Rz 515 ff.

<sup>4</sup> *Moritz*, wbl 2016, 477.

<sup>5</sup> OLG Frankfurt a.M., Vorlagebeschluss vom 19.4.2016, 11 U 96/14 (Kart), „*Coty*“.

<sup>6</sup> Wenn es eine solche Klausel nicht gibt, weil der Hersteller willkürlich Vertragshändler ernennt und Bewerbungen ablehnt, so unterstellt der EuGH eine entsprechende stillschweigende Vereinbarung: EuGH 25.10.1983, Rs 107/82, „*AEG Telefunken*“, Rn 38. Darin liegt freilich ein beachtlicher Kunstgriff, der viel Angriffsfläche bietet.

<sup>7</sup> Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen.

<sup>8</sup> *Nolte in Langen/Bunte*, Kartellrecht II<sup>12</sup>, Nach Art. 101 AEUV Rz 766.

## 2. Konsequenzen eines nicht objektiv notwendigen Drittplattformverbots

Schauplatzwechsel: Zurück zum qualitativen Selektivvertrieb, der in seiner „reinen“ Form keiner Freistellung bedarf, weil er nicht gegen das Kartellverbot verstößt. Wenn es sich bei einem Drittplattformverbot um ein nicht objektiv notwendiges Selektionskriterium handelt, dann liegt *darin* trotz der ansonsten rein qualitativen Selektion der Vertragshändler anhand einheitlich und diskriminierungsfrei angewendeter und aufgrund der Beschaffenheit der Ware gerechtfertigter Kriterien eine *bezweckte Wettbewerbsbeschränkung*, also ein Verstoß gegen das Kartellverbot des Art 101 Abs 1 AEUV. Bei einem „ursprünglich“ (also ohne das Drittplattformverbot) reinen und daher nicht unter das Kartellverbot fallenden qualitativ selektiven Vertriebssystem bewirkt dies gleichzeitig ein „Kippen“ des gesamten Vertriebssystems – genauer: *aller* den Wettbewerb einschränkenden Klauseln, insbesondere auch der qualitativen Selektion an sich – in den Anwendungsbereich des Kartellverbots.<sup>9</sup>

Um dessen Rechtsfolgen (Nichtigkeit, Geldbußen, Schadenersatz) zu vermeiden, wird dann eine Freistellung der Vertriebsverträge vom Kartellverbot angestrebt. Wie schon bei der quantitativen Selektion bietet sich insbesondere die Vertikal-GVO an.

## 3. Zwei Szenarien, eine Frage

In beiden soeben beschriebenen Konstellationen (quantitative Selektion bzw. nicht objektiv notwendiges Drittplattformverbot) stellt sich dieselbe Frage, die in diesem Beitrag untersucht wird:

Kann ein Drittplattformverbot den Tatbestand einer der in Art 4 Vertikal-GVO genannten Kernbeschränkungen erfüllen und damit zum Entfall des Vorteils der Vertikal-GVO führen?

## III. Drittplattformverbot als Kernbeschränkung?

Aus dem Katalog an Kernbeschränkungen, die in Art 4 Vertikal-GVO aufgezählt sind, kommen für ein Drittplattformverbot zwei Tatbestände in Frage: Art 4 lit b und Art 4 lit c.

Sollte einer dieser beiden Tatbestände erfüllt sein, wäre die Vertriebsvereinbarung in ihrer Gesamtheit nicht durch die GVO freigestellt.

### 1. Beschränkung des Kundenkreises – Art 4 lit b Vertikal-GVO

#### a) Totalverbot des Internetvertriebs als Beschränkung des Kundenkreises

Ein umfassendes Verbot des Internetvertriebs führt dazu, dass jene Kunden, die über das Internet einkaufen, nicht erreicht werden. Dass es sich dabei um eine Einschränkung des Kundenkreises gemäß Art 4 lit b Vertikal-GVO und damit um eine Kernbeschränkung handelt, steht außer Zweifel.<sup>10</sup> Wenn daher ein Anbieter seinen Abnehmern den Internetvertrieb an sich untersagt, so liegt darin stets eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung<sup>11</sup> und gleichzeitig eine nicht freistellungsfähige Kernbeschränkung gemäß Art 4 lit b Vertikal-GVO, weil diese Kernbeschränkung jede Einschränkung der potenziellen Kundenkreise des Händlers umfasst.<sup>12</sup> Im Falle eines selektiven Vertriebssystems ist zudem der Kernbeschränkungstatbestand des Art 4 lit c Vertikal-GVO erfüllt.<sup>13</sup> Als Qualitätsanforderung ist ein Totalverbot überschießend, weil nicht äquivalent zu den Anforderungen des stationären Vertriebs.<sup>14</sup> Gemäß dem „Alles-oder-Nichts-Prinzip“ verliert ein jede Form des Internetvertriebs ausschließender Vertriebsvertrag den Vorteil der Gruppenfreistellung zur Gänze<sup>15</sup>, sodass auch alle anderen den Wettbewerb beschränkenden Vertragsklauseln nichtig sind und zu Geldbußen führen können.

<sup>9</sup> Nolte in *Langen/Bunte*, Kartellrecht II<sup>12</sup>, Nach Art. 101 AEUV Rn 518 ff.

<sup>10</sup> OLG München 2.7.2009, U (K) 4842/08, „*Sportartikel*“; BGH 4.11.2003, KZR 2/02 „*Depotkosmetik*“; Leitlinien der Europäischen Kommission für vertikale Beschränkungen (2010/C 130/01), „Vertikal-LL“, Rn 51.

<sup>11</sup> EuGH 13.10.2011, Rs C-439/09, „*Pierre Fabre*“, Rn 39 bis 47.

<sup>12</sup> *Lohse*, Drittplattformverbote: Kernbeschränkungen des Internetvertriebs?, WuW 2014, 120, 127; *Nolte* in *Langen/Bunte*, Kartellrecht II<sup>12</sup>, Nach Art. 101 AEUV Rz 461.

<sup>13</sup> EuGH 13.10.2011, Rs C-439/09, „*Pierre Fabre*“, Rn 53 ff.

<sup>14</sup> Zur Äquivalenz vgl. Vertikal-LL, Rn 54.

<sup>15</sup> *Nolte* in *Langen/Bunte*, Kartellrecht II<sup>12</sup>, Nach Art. 101 AEUV Rz 766.

b) *Drittplattformverbot als Beschränkung des Kundenkreises?*

Kann nun bereits ein bloßes Drittplattformverbot (ohne Totalverbot des Internetvertriebs) als Beschränkung des Kundenkreises gemäß Art 4 lit b Vertikal-GVO qualifiziert werden?

Dazu wird einerseits vertreten, dass sich Drittplattformen an sämtliche Internetnutzer richten und dass diese auch über andere Vertriebswege als Internetplattformen erreicht werden können.<sup>16</sup> Innerhalb der Gruppe der Internetkäufer könne die Gruppe der Drittplattformkäufer nicht sachlich abgegrenzt werden.<sup>17</sup> Eine Beschränkung des Kundenkreises liege daher nicht vor, den Tatbestand des Art 4 lit b Vertikal-GVO könne ein Drittplattformverbot schon insofern nicht erfüllen.

Andererseits wird darauf verwiesen, dass gerade Drittplattformen die Reichweite eines Online-Händlers signifikant erhöhen können, weil der händlereigene Online-Shop bei Nutzung einer Suchmaschine oft nicht gefunden wird. Vor diesem Hintergrund sei ein Drittplattformverbot sehr wohl mit einer erheblichen Einschränkung der potenziellen Kundenkreise eines Händlers verbunden, weshalb eine Kernbeschränkung gemäß Art 4 lit b Vertikal-GVO vorliege.<sup>18</sup> Dabei würden nicht nur jene Kunden eine Rolle spielen, die ausschließlich über Drittplattformen einkaufen: Ausreichend für diese Qualifikation sei vielmehr schon die Einschränkung des vom Vertragshändler erreichbaren Kundenkreises in rein quantitativer Hinsicht durch die geringere Reichweite des eigenen Online-Shops.

Schon in der Frage, ob überhaupt eine Beschränkung des Kundenkreises vorliegt, besteht daher Rechtsunsicherheit.

Kaum bestreiten lässt sich, dass Drittplattformen die Reichweite erhöhen. Vor allem deshalb werden sie von Händlern frequentiert. Auch wird es Verbraucher geben, die ihre Online-Einkäufe ausschließlich, überwiegend oder zumindest vorzugsweise auf Drittplattformen tätigen.

Es mag eine Frage des Blickwinkels sein, ob man dies für das Tatbestandsmerkmal der Beschränkung des Kundenkreises gemäß Art 4 lit b Vertikal-GVO bereits genügen lässt, und in jedem Falle finden sich beachtliche Gegenstandspunkte. Eine umsichtige vertriebsrechtliche Praxis wird dennoch unterstellen müssen, dass ein Drittplattformverbot mit einer Beschränkung des Kundenkreises einhergeht und Art 4 lit b Vertikal-GVO daher einschlägig ist.

c) *Qualitätsanforderung vs. Kernbeschränkung*

Mit dieser der kartellrechtlichen Vorsicht und sprachlichen Unschärfe geschuldeten Unterstellung ist die Frage, ob ein Drittplattformverbot nun den Tatbestand der Kernbeschränkung gemäß Art 4 lit b Vertikal-GVO verwirklicht, aber noch nicht beantwortet: Unterschieden werden muss nach völlig anerkannter Auffassung zwischen nicht freistellungsfähigen Beschränkungen des Kundenkreises und zulässigen Qualitätsanforderungen, mögen sie auch nebenbei eine Beschränkung des Kundenkreises bewirken.<sup>19</sup>

Bei den im Rahmen der Vertikal-GVO zugelassenen Qualitätsanforderungen geht es nicht mehr um die Prüfung, ob ein Drittplattformverbot als objektiv notwendiges Selektionskriterium erst gar nicht unter das Kartellverbot fällt. Denn schließlich bestehen Zweck und Daseinsberechtigung der Vertikal-GVO gerade darin, sehr wohl unter das Kartellverbot fallende Vereinbarungen von diesem freizustellen, sofern keine Kernbeschränkung vorliegt. Der Prüfungsmaßstab für die vorgelagerte Frage, ob es sich bei einem Drittplattformverbot um ein objektiv notwendiges Selektionskriterium handelt, ist daher ein deutlich strengerer als der Prüfungsmaßstab für die sich erst im Verneinungsfall stellende Frage, ob ein Drittplattformverbot als den Wettbewerb zwar beschränkende, von der

---

<sup>16</sup> Nolte in Langen/Bunte, Kartellrecht II<sup>12</sup>, Nach Art. 101 AEUV Rz 830.

<sup>17</sup> OLG München 2.7.2009, U (K) 4842/08, „Sportartikel“.

<sup>18</sup> OLG Schleswig-Holstein 5.6.2014, 16 U Kart 154/13; KG Berlin 29.9.2013, 2 U 8/09 Kart.

<sup>19</sup> Vertikal-LL, Rn. 52, 54, 56; Lohse, WuW 2014, 120, 127, mit Verweis auf *Schultze/Pautke/Wagener*, Vertikal-GVO<sup>3</sup>, Art 1 Abs 1 lit e Rn 765 ff.

Vertikal-GVO aber freigestellte Qualitätsanforderung zu sehen ist oder aber als nicht freistellungsfähige Kernbeschränkung gemäß Art 4 lit b Vertikal-GVO.<sup>20</sup>

An die Unterscheidung zwischen diesen Prüfungsmaßstäben knüpft eine grundlegende und insbesondere für den quantitativ selektiven Vertrieb bedeutsame Erkenntnis an: Ein Drittplattformverbot, das alle Voraussetzungen für ein objektiv notwendiges Selektionskriterium erfüllt, sodass sich im reinen, nicht unter das Kartellverbot fallenden qualitativen Selektivvertrieb die Frage nach einer Freistellung gar nicht stellt, kann im Rahmen eines quantitativ selektiven Vertriebssystems nicht den Tatbestand einer Kernbeschränkung gemäß Art 4 lit b Vertikal-GVO erfüllen, sondern muss als Qualitätsanforderung jedenfalls gerechtfertigt sein. Denn wenn ein Drittplattformverbot den strengeren Test als „objektiv notwendiges Selektionskriterium“ besteht oder bestünde, dann muss es auch den weniger strengen Test als gerechtfertigte Qualitätsanforderung gemäß Rn 54 ff der Vertikal-Leitlinien bestehen.

Bei allen Drittplattformverboten, die nicht als objektiv notwendiges Selektionskriterium qualifiziert werden können, bleibt zu prüfen, inwieweit sie zulässige Qualitätsanforderungen sind:

Um zulässige Qualitätsanforderungen kann es sich insbesondere bei jenen Drittplattformverboten handeln, die nicht pauschal sämtliche Drittplattformen verbieten, sondern auf die nicht erwünschten Drittplattformen und insbesondere auf ihren Charakter Bezug nehmen: Im Kern dreht sich die Frage nach der Zulässigkeit eines Drittplattformverbots um die Frage, *auf welchem Weg* potenzielle Online-Käufer erreicht werden dürfen und nicht um die Frage, *ob* sie erreicht werden oder *wie viele* von ihnen erreicht werden dürfen. Es geht um die Ausgestaltung des Vertriebsweges „Internet“ nach den Vorstellungen des Anbieters, der selbstverständlich auch im Rahmen *dieses* Vertriebsweges seine Vorstellungen von Qualität und ansprechendem Auftritt innerhalb der kartellrechtlichen Schranken verwirklichen darf. So beurteilt auch die Europäische Kommission Drittplattformverbote im Rahmen der Qualitätsanforderungen.<sup>21</sup> Dabei soll nicht verschwiegen werden, dass eine Vorgabe des Weges, auf dem Online-Käufer erreicht werden dürfen, schon naturgemäß mit einer Beschränkung des Kundenkreises einhergehen kann, weil etwa auf die große Reichweite der Drittplattformen verzichtet werden muss oder jene Kunden, die ausschließlich den Amazon Marketplace für Online-Käufe aufsuchen, nicht erreicht werden. Allerdings reicht dieser Effekt für sich allein nicht aus, um den Tatbestand des Art 4 lit b Vertikal-GVO zu erfüllen. Vielmehr ist darin eine unvermeidbare Begleiterscheinung einer an sich gerechtfertigten und nachvollziehbaren Qualitätsanforderung an die Art und Weise, wie die Vertragsware präsentiert und verkauft wird, zu sehen. Sollte die damit zwingend einhergehende verringerte Reichweite schon genügen, um den Tatbestand des Art 4 lit b Vertikal-GVO zu erfüllen, dann wäre jede Vorschrift, die dem Händler – online oder offline – einen gewissen Weg vorgibt, wie er seine Kunden ansprechen darf, und die womöglich dazu führt, dass manche Kunden nicht oder nur über Umwege erreicht werden können, als potenzielle Beschränkung des Kundenkreises zu sehen. Der Zweck der Vertikal-GVO liegt aber u.a. gerade darin, gerechtfertigte Qualitätsanforderungen trotz der damit verbundenen Einschränkung der Freiheit auf Seiten der Händler zu erlauben.

Gerechtfertigt ist ein Verbot bestimmter Drittplattformen insbesondere deshalb, weil gerade bei den bekannten und von Händlern besonders häufig frequentierten Drittplattformen, insbesondere beim Amazon Marketplace, der tatsächliche Verkäufer optisch völlig in den Hintergrund tritt. Der Käufer wird den Eindruck haben und berichten, er habe die Ware „bei Amazon“ gekauft. Vielen Käufern wird nicht einmal bewusst sein, dass Amazon nur als Vermittler aufgetreten ist. Im Ergebnis wird dadurch aber dem Anbieter ein Vertragshändler „untergeschoben“, den er sich nicht ausgesucht hat und der insbesondere die Qualitätsstandards (Selektionskriterien) nicht erfüllen muss.<sup>22</sup> Ein Drittplattformverbot ist geeignet und notwendig, um dieses Phänomen zu unterbinden, und sichert damit die vom Verbraucher wahrgenommene Qualität des Vertriebsnetzes.

Abgesehen davon wird es andere Fälle geben, in denen die Nutzung einer bestimmten Drittplattform nicht akzeptiert werden muss, weil die Qualität des Vertriebssystems unterlaufen

---

<sup>20</sup> Diesen unterschiedlichen Prüfungsmaßstab betont auch *Lohse*, WuW 2014, 120, 128; vgl auch den Wortlaut der Vertikal-LL, Rn 54: „*Jedoch kann der Anbieter nach der GVO Qualitätsanforderungen an die Verwendung des Internets zum Weiterverkauf seiner Waren stellen, ...*“.

<sup>21</sup> Vertikal-LL, Rn 54.

<sup>22</sup> OLG Frankfurt a.M. 22.12.2015, 11 U 84/14 (Kart), „*Rucksäcke*“.

würde. Zulässig wird das Verbot einer Drittplattform etwa sein, wenn an die Präsentation der Ware auch im Übrigen (also am physischen Standort und im Online-Shop des Händlers) gewisse Mindestanforderungen gestellt werden, die auf der jeweiligen Plattform nicht erfüllt werden können.<sup>23</sup> Bei jeder verbotenen Drittplattform muss im Einzelfall untersucht werden, ob die dortige Präsentation der Ware und der Ruf der Plattform dem Hersteller der Ware zugemutet werden kann. Und ja, im Extremfall kann dies bedeuten, dass der Vertriebskanal „Drittplattform“ komplett wegfällt.<sup>24</sup> Das liegt dann aber vor allem am optischen Erscheinungsbild und am Ruf der Drittplattformen selbst, die den – und das ist Grundvoraussetzung für die Zulässigkeit eines Plattformverbots – *auch für die anderen Vertriebskanäle gerechtfertigten* Mindestanforderungen an die Präsentation der Ware nicht gerecht werden. Drittplattformverbote können nicht schon deshalb unzulässig sein, weil keine der existierenden Drittplattformen in der Lage ist, die aus Herstellersicht gewünschte und nachvollziehbare Präsentation der Ware sicherzustellen, und weil die Durchsetzung der bei anderen Vertriebswegen anerkannten Mindestanforderungen an die Präsentation der Ware dazu führt, dass keine Drittplattform mehr in Frage kommt. Es liegt dann gerade an diesem „*innovativen Vertriebskanal*“<sup>25</sup>, den kartellrechtlich zulässigen Mindestanforderungen der Hersteller an die Präsentation der Ware gerecht zu werden.

Auch der von der Europäischen Kommission<sup>26</sup> ins Treffen geführte „Äquivalenztest“, bei dem untersucht wird, ob eine Vorgabe für den Internetvertrieb mit einer zulässigen Vorgabe für den stationären Vertrieb vergleichbar („äquivalent“) ist, führt zum selben Ergebnis: Man stelle sich vor, ein Vertragshändler entschliesse sich zur Vergrößerung seiner Reichweite, die Vertragsware zusätzlich zum Verkauf im eigenen Geschäftslokal stationär auch in einem fremden Geschäftslokal (etwa in einem deutlich stärker frequentierten Geschäft, z.B. einem Supermarkt) auszustellen und zu verkaufen, also im Geschäftslokal eines für den Vertragshändler tätigen „Vermittlers“ oder – wenn man so möchte – auf einer „stationären Drittplattform“. Bezahlt werden müsste die Ware an der Kassa dieses Vermittlers. Auf der Rechnung und auf einem kleinen Schild neben der ausgestellten Ware befände sich womöglich ein klarstellender Hinweis auf die Identität des wahren Verkäufers und auf die bloße Vermittlereigenschaft des Lokalinhabers, abgesehen davon würde der Verbraucher von der Corporate Identity des Vermittlers freilich „erschlagen“. Viele Kunden würden selbstverständlich dem Irrtum unterliegen, sie hätten die Ware des Vertragshändlers von dessen Vermittler erworben. Selbst jene aufmerksamen Verbraucher, die den Unterschied zwischen Verkäufer und Vermittler erkennen, würden vor allen in Erinnerung behalten, dass sie die Ware im Geschäftslokal des Vermittlers erworben haben. Hinzu kommt, dass der Vermittler sein Ladengeschäft womöglich nicht in jenem Zustand erhält, in dem der Vertragshändler sein Ladengeschäft aufgrund entsprechender Bestimmungen im Händlervertrag halten muss. Selbstverständlich wäre ein Hersteller nicht verpflichtet, eine solche Vorgangsweise eines Vertragshändlers zu akzeptieren. Zur Wahrung des Charakters seines selektiven Vertriebssystems und zur Qualitätssicherung könnte er seinen Vertragshändlern vielmehr ein entsprechendes Verbot auferlegen, ohne gegen Kartellrecht zu verstoßen. Damit verbunden und in Kauf zu nehmen wäre freilich eine Reduktion der Reichweite der betroffenen Vertragshändler: Denn jene Kunden, die ausschließlich in den Geschäftslokalen des Vermittlers einkaufen, der womöglich viel bekannter ist und eine viel höhere Kundenfrequenz aufweist, könnten von den Vertragshändlern kaum mehr erreicht werden. Dennoch erfüllt ein Verbot

---

<sup>23</sup> Vgl. zu „ebay“ etwa LG München 24.6.2008, 33 O 22144/07, Rn 62: Die zuständige Kammer stützte sich auf ihre „*langjährige Erfahrung und tägliche Praxis*“ als Spezialkammer für Kennzeichenstreit- und Wettbewerbssachen und attestierte Internetauktionsplattformen rufschädigendes Potenzial: Nicht selten würden neben Neu- und Gebrauchsgütern ganz unterschiedlicher Qualität auch Fälschungen hochwertiger Markenprodukte vertrieben. Vergleichbar seien Internetauktionsplattformen etwa mit „Wochen- und Flohmärkten“; auch habe der Vertriebsweg der Versteigerung etwas „*Anrühiges*“ an sich; ebenfalls zu „ebay“: OLG Karlsruhe 25.11.2009, 6 U 47/08 Kart, „*Schulranzen*“, Rn 83: „*Flohmarkt*“-Image: Markenware stehe praktisch unterschiedslos neben zahllosen anderen ebay-Angeboten derselben Warenkategorie, bei denen nicht auf den ersten Blick ersichtlich sei, ob es sich um Neu- oder Gebrauchsgüter handelt und welche Seriosität der jeweilige Anbieter hat.

<sup>24</sup> Gegenteilig Lohse, WuW 2014, 120, 128, wonach „*ein innovativer Vertriebskanal allein aus diesem Grund* [gemeint: mangelhafte Vergleichsmöglichkeit der Drittplattformen mit herkömmlichen Vertriebswegen] *jedoch kaum ausgeschlossen werden kann*“.

<sup>25</sup> Lohse, WuW 2014, 120, 128.

<sup>26</sup> Vertikal-LL, Rn 56.

den Kernbeschränkungstatbestand des Art 4 lit b Vertikal-GVO nicht, weil es sich dabei um eine zulässige Qualitätsanforderung handelt. Die Parallelen zu Internetplattformen sind frappant. Es ist daher nicht nachvollziehbar, weshalb *Lohse* meint, der Äquivalenztest bei Drittplattformen müsse scheitern<sup>27</sup>. Womöglich übersieht er, dass dem Vertrieb über virtuelle Drittplattformen auf physischer Ebene nur deshalb kein Pendant gegenübersteht, weil dieses Pendant von den Herstellern aus völlig einleuchtenden Gründen durchwegs vertraglich untersagt ist und daran auch noch niemand wettbewerbsrechtlich Anstoß genommen hat.

#### d) Zwischenergebnis

Im Ergebnis hängt die Frage, wann ein Drittplattformverbot den Tatbestand des Art 4 lit b Vertikal-GVO erfüllt, somit davon ab, ob darin eine zulässige Qualitätsanforderung zu sehen ist. Abgeraten werden muss daher jedenfalls von pauschalen Verboten. Die einzelnen Drittplattformen, die nicht erwünscht sind, sollten jedenfalls namentlich genannt werden, allenfalls mit einem Erweiterungsvorbehalt. Im optimalen Fall sollte überhaupt abstrakt festgehalten sein, welche Voraussetzungen eine Drittplattform erfüllen muss, um zulässig zu sein.

Dennoch besteht ein Risiko, dass ein Drittplattformverbot als Kernbeschränkung gemäß Art 4 lit b Vertikal-GVO qualifiziert wird: Es kann kaum geleugnet werden, dass gerade Drittplattformen in ihrer Reichweite nur schwer zu übertreffen sind und ein Drittplattformverbot damit zu einer Beschränkung der Reichweite der Online-Präsenz eines Händlers führen kann. Bei der dann entscheidenden Frage, ob eine Qualitätsanforderung gerechtfertigt ist, besteht erheblicher Ermessensspielraum.

Mittelfristig könnte eine Vorabentscheidung des EuGH eine Orientierungshilfe für die vertriebsrechtliche Praxis mit sich bringen: Das OLG Frankfurt a.M.<sup>28</sup> („*Coty*“) hat unlängst u.a. die folgende Frage dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt:

- 1) ...
- 2) ...
- 3) Ist Art. 4 lit b der Verordnung (EU) Nr. 330/2010 dahingehend auszulegen, dass ein den auf der Einzelhandelsstufe tätigen Mitgliedern eines selektiven Vertriebssystems auferlegtes Verbot, bei Internetverkäufen nach außen erkennbar Drittunternehmen einzuschalten, eine bezweckte Beschränkung der Kundengruppe des Einzelhändlers darstellt?
- 4) ...

Damit spricht das OLG Frankfurt a.M. den Kern des Untersuchungsgegenstandes dieses Abschnitts an.

## 2. Beschränkung des Verkaufs an Endverbraucher – Art 4 lit c Vertikal-GVO

Dieser Kernbeschränkungstatbestand betrifft ausschließlich selektive Vertriebssysteme. Untersagt werden Beschränkungen des aktiven oder passiven Verkaufs durch Einzelhändler an Endverbraucher. Insofern ist dieser Tatbestand – wenn man von der Beschränkung auf selektive Vertriebssysteme absieht – deutlich umfassender formuliert als der Tatbestand des Art 4 lit b Vertikal-GVO.

Dennoch verlaufen viele Überlegungen parallel zu jenen, die soeben zu Art 4 lit b Vertikal-GVO angestellt wurden. Auch den Tatbestand der Kernbeschränkung gemäß Art 4 lit c Vertikal-GVO verwirklicht ein Drittplattformverbot im Selektivvertrieb nicht automatisch:

#### a) Drittplattform als „nicht zugelassene Niederlassung“?

Der Kernbeschränkungstatbestand des Art 4 lit c Vertikal-GVO gestattet dem Organisator eines selektiven Vertriebsnetzes ausdrücklich, seinen Mitgliedern zu untersagen, Geschäfte von nicht zugelassenen Niederlassungen aus zu betreiben.

Nun hat der EuGH bereits ausgesprochen, dass der Internetvertrieb an sich nicht als „Niederlassung“ im Sinne dieser Bestimmung betrachtet werden kann und dass ein Totalverbot des

---

<sup>27</sup> *Lohse*, WuW 2014, 120, 128.

<sup>28</sup> OLG Frankfurt a.M., Vorlagebeschluss vom 19.4.2016, 11 U 96/14 (Kart), „*Coty*“.

Internetvertriebs im Rahmen eines selektiven Vertriebssystems daher gegen Art 4 lit c Vertikal-GVO verstößt. Der Ausnahmetatbestand der „nicht zugelassenen Niederlassung“ gemäß Art 4 lit c Vertikal-GVO zielt nur auf Verkaufsstellen ab, in denen Direktverkäufe vorgenommen werden.<sup>29</sup> Eine weite Auslegung dieses Begriffs, die auch den Ort der Dienstleistung des Internetverkaufs umfasse, sei im Hinblick auf die Möglichkeit der Individualfreistellung (Art 101 Abs 3 AEUV) nicht notwendig.<sup>30</sup>

Richtig ist, dass der Internetvertrieb als solcher von der Rückausnahme des Art 4 lit c Vertikal-GVO nicht umfasst ist. Gegenstand der Rs „Pierre Fabre“ war ein umfassendes Verbot des Internetvertriebs. Der Pauschalität, mit der der EuGH den Begriff der „Niederlassung“ auf Verkaufsstellen beschränkt, in denen Direktverkäufe vorgenommen werden, muss aber widersprochen werden: Gerade bei Drittplattformen liegt es – nicht zuletzt im Hinblick auf das von der Kommission stets bemühte Kriterium der „Äquivalenz“<sup>31</sup> – nahe, sie unter den Begriff der „Niederlassungen“ zu subsumieren, zumal sie sich häufig im „Gewand eines Vertragshändlers“ präsentieren. Es wäre daher aus Sicht des Autors keine Überraschung, würde der EuGH im Falle einer Drittplattform bei der Auslegung des Tatbestandsmerkmals der „Niederlassung“ gemäß Art 4 lit c Vertikal-GVO ein wenig zurückrudern. Freilich wäre es fahrlässig, damit zu rechnen.

Vorerst ist daher davon auszugehen, dass die im Kernbeschränkungstatbestand des Art 4 lit c Vertikal-GVO genannte Rückausnahme im Falle eines Drittplattformverbots nicht greift.

Im Übrigen liegt in der Begründung des EuGH, wonach eine weite Auslegung des Begriffs der „Niederlassung“ gemäß Art 4 lit c Vertikal-GVO im Hinblick auf die allgemeine Freistellungsmöglichkeit des Art 101 Abs 3 AEUV nicht notwendig sei, der sprichwörtliche Wink mit dem Zaunpfahl: Gerade bei Drittplattformen sollte eine individuelle Freistellung in Erwägung gezogen werden, die Begründung bedarf freilich erheblicher Sorgfalt.<sup>32</sup>

#### *b) Qualitätsanforderungen bleiben zulässig*

Darüber hinaus gilt bei diesem Tatbestand dasselbe wie beim Tatbestand der lit b (vgl. Punkt IV.1.d oben): Qualitätsanforderungen sind zulässig.<sup>33</sup>

Dem Umstand, dass durch die Nutzung von Drittplattformen dem Anbieter der Ware vielfach ein „zusätzlicher Händler untergeschoben“ wird, weil die Verbraucher nicht erkennen, dass die Drittplattform die Ware nicht selbst verkauft, sondern nur vermittelt<sup>34</sup>, kommt beim Selektivvertrieb und bei der auf den Selektivvertrieb zugeschnittenen Kernbeschränkung des Art 4 lit c Vertikal-GVO eine besondere Bedeutung zu: Der Selektivvertrieb definiert sich über das Verbot der Belieferung der sog. Systemaußenseiter<sup>35</sup> (gewerblichen Wiederverkäufer, netzfremden Händler). Dieses Verbot muss auch Vermittler umfassen, die auf Seiten des Händlers tätig werden – keine Einkaufsvermittler – und bei denen es sich nicht um zugelassene Mitglieder des selektiven Vertriebsnetzes handelt, andernfalls könnten die Selektionskriterien durch die Beauftragung eines Vermittlers allzu leicht umgangen werden. Dabei kann zwischen virtuellen Vermittlern (Internetdrittplattformen) und stationären Vermittlern im Sinne der Äquivalenz nicht unterschieden werden.

Schon die bloße Einrichtung des Selektivvertriebs an sich berechtigt somit zum Verbot von Drittplattformen, ohne den Tatbestand des Art 4 lit c Vertikal-GVO zu erfüllen. Dies ist bei jenen Drittplattformen, die über hohen Bekanntheitsgrad verfügen und häufig irrtümlich als Verkäufer wahrgenommen werden (zB Amazon Marketplace) besonders einleuchtend, trifft aber auch für andere Vermittler zu.<sup>36</sup>

#### *c) Die Vertikal-Leitlinien liefern keine Antwort*

<sup>29</sup> EuGH 13.10.2011, Rs C-439/09, „Pierre Fabre“, Rn 56.

<sup>30</sup> EuGH 13.10.2011, Rs C-439/09, „Pierre Fabre“, Rn 57.

<sup>31</sup> Vertikal-LL, Rn 56.

<sup>32</sup> Dies würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen, weshalb darauf an dieser Stelle nicht näher eingegangen wird.

<sup>33</sup> Vertikal-LL, Rn 56, wo ausdrücklich auf Art 4 lit c Vertikal-GVO Bezug genommen wird.

<sup>34</sup> Auf OLG Frankfurt a.M. 22.12.2015, 11 U 84/14 (Kart), „Rucksäcke“, Rn 39, sei an dieser Stelle erneut verwiesen, wo vom „Unterschieben“ eines Wiederverkäufers die Rede ist.

<sup>35</sup> Vgl. zur treffenden Begrifflichkeit Nolte in Langen/Bunte, Kartellrecht II<sup>12</sup>, Nach Art. 101 AEUV Rz 847.

<sup>36</sup> Nolte in Langen/Bunte, Kartellrecht II<sup>12</sup>, Nach Art. 101 AEUV Rz 847.



Zum Teil wird in diesem Zusammenhang auch die sog. „Logo-Klausel“ ins Treffen geführt.<sup>37</sup> Die Kommission stellt in ihren Leitlinien im Zusammenhang mit der Zulässigkeit von Qualitätsanforderungen an den Internetvertrieb der Vertragshändler eines selektiven Vertriebssystems zunächst Folgendes klar: „*Ebenso darf ein Anbieter verlangen, dass seine Händler für den Online-Vertrieb der Vertragsprodukte nur im Einklang mit den Normen und Voraussetzungen, die zwischen dem Anbieter und seinen Händlern für deren Nutzung des Internets vereinbart wurden, Plattformen Dritter nutzen.*“<sup>38</sup> Die daran unmittelbar anschließende Logo-Klausel soll dieses Recht des Anbieters dann beispielhaft konkretisieren: „*Befindet sich die Website des Händlers zum Beispiel auf der Plattform eines Dritten, könnte der Anbieter verlangen, dass Kunden die Website des Händlers nicht über eine Website aufrufen, die den Namen oder das Logo dieser Plattform tragen.*“<sup>39</sup> Diese sog. Logo-Klausel ist zunächst vor dem Hintergrund zu sehen, dass den Vertragshändlern das Hosten von Webspace bei einem professionellen Anbieter für den eigenen Online-Shop jedenfalls erlaubt sein sollte.<sup>40</sup>

Darüber hinaus bleibt ihre Bedeutung für die hier erörterte Problematik unklar: Gerade auf Drittplattformen (Amazon Marketplace, ebay) „befindet“ sich erfahrungsgemäß keine Website eines Händlers, sondern bloß ein *Link zur* Website des Händlers – der im Übrigen nur selten angeklickt wird, was das OLG Frankfurt a.M. als Argument für die Zulässigkeit des Verbots des Amazon Marketplace ins Treffen geführt hat<sup>41</sup> – und natürlich die angepriesene Vertragsware.

Dem Wortlaut nach bezieht sich die Logo-Klausel nun aber ausschließlich auf jene Händlerwebsites, die sich auf der Plattform eines Dritten „befinden“, nicht hingegen auf Websites, die auf der Drittplattform verlinkt wurden. Die Relevanz dieser Bestimmung für die Zulässigkeit von Drittplattformverboten ist deshalb zweifelhaft.

Woran wohl kaum gerüttelt werden kann, ist der Befund, dass die Logoklausel missglückt und irreführend ist.<sup>42</sup> Aus ihr die Zulässigkeit von Drittplattformverboten abzuleiten, wäre überschießend.

Gleichwohl kann den oben zitierten Passagen aus den Vertikal-Leitlinien entnommen werden, dass die Kommission sehr wohl von der Zulässigkeit von Einschränkungen der Plattformnutzung ausgeht, solange diese Einschränkungen mit den sonstigen Vorschriften zur Internetnutzung vereinbar sind. Die Frage, ob ein grundsätzliches Gebot, Waren online nur im eigenen Online-Shop zu vertreiben, ein zulässiges Qualitätserfordernis sein kann, beantwortet die Europäische Kommission in ihren Leitlinien hingegen nicht.

#### d) Zwischenergebnis

Den Tatbestand des Art 4 lit c Vertikal-GVO kann ein Drittplattformverbot schon deshalb nicht erfüllen, weil sich der Selektivvertrieb darüber definiert, dass Systemaußenseiter nicht beliefert werden müssen und weil diese Bestimmung zur Wahrung der Effektivität eines selektiven Vertriebssystems auch die Einschaltung von bloßen Vermittlern auf Verkäuferseite umfassen muss.

Im Übrigen gelten die Ausführungen zu zulässigen Qualitätsanforderungen im Zusammenhang mit der Kernbeschränkung des Art 4 lit b (Beschränkung des Kundenkreises) bei der Prüfung des Tatbestandes des Art 4 lit c entsprechend. Auch hier besteht ein Risiko, weil bei der Beurteilung von Qualitätsanforderungen im Rahmen eines selektiven Vertriebssystems erheblicher Beurteilungsspielraum besteht.<sup>43</sup>

---

<sup>37</sup> So von Nolte in *Langen/Bunte*, Kartellrecht II<sup>12</sup>, Nach Art. 101 AEUV Rz 844 und 845, der sich zu folgender Interpretation hinreißen lässt: „*Nach Auffassung der Kommission sind damit, wenn auch etwa verklausuliert, vertragliche Verbote dieser Art als Qualitätsanforderung zulässig.*“ Vgl. auch *Schultze/Pautke/Wagener*, Vertikal-GVO<sup>3</sup>, Art 1 Abs 1 lit e Rn 773.

<sup>38</sup> Vertikal-LL, Rn 54, vorletzter Satz.

<sup>39</sup> Vertikal-LL, Rn 54, letzter Satz.

<sup>40</sup> *Lohse*, WuW 2014, 120, 127, mit Verweis auf *Simon*, Die neue Kartellrechtsverordnung (EU) Nr. 330/2010 für Vertriebs- und Lieferverträge, EWS 2010, 497, 502, sowie auf *Schweda/Rudowicz*, Verkaufsverbote über Online-Handelsplattformen und Kartellrecht, WRP 2013, 590, 597.

<sup>41</sup> OLG Frankfurt a.M. 22.12.2015, 11 U 84/14 (Kart), „*Rucksäcke*“, Rn 39.

<sup>42</sup> So auch *Schweda/Rudowicz*, WRP 2013, 590, 598.

<sup>43</sup> Vgl. Vertikal-LL, Rn 54 ff.

Und auch zu diesem Kernbeschränkungstatbestand könnte die zu erwartende Vorabentscheidung des EuGH in der Rs „Coty“<sup>44</sup> Klarheit schaffen. Die vierte Vorlagefrage bezieht sich auf Art 4 lit c Vertikal-GVO:

- 1) ...
- 2) ...
- 3) ...
- 4) Ist Art. 4 lit c der Verordnung (EU) Nr. 330/2010 dahingehend auszulegen, dass ein den auf der Einzelhandelsstufe tätigen Mitgliedern eines selektiven Vertriebssystems auferlegtes Verbot, bei Internetverkäufen nach außen erkennbar Drittunternehmen einzuschalten, eine bezweckte Beschränkung des passiven Verkaufs an Endverbraucher darstellt?

### 3. Fazit

Die Vorabentscheidung des EuGH in der Rs „Coty“ könnte die erhebliche Rechtsunsicherheit in der Frage der Freistellung von Drittplattformverboten durch die Vertikal-GVO ausräumen. Man darf gespannt sein.

Nach hier vertretener Ansicht ist ein Drittplattformverbot als wesensimmanenter Bestandteil eines selektiven Vertriebssystems zu sehen, der dazu beiträgt, Systemaußenseiter vom Vertriebsnetz fernzuhalten. Die Selektionskriterien und die Auswahl der Vertragshändler könnten allzu leicht umgangen werden, würde den Vertragshändlern die beliebige Einschaltung von Verkaufsvermittlern zugestanden. Für den stationären Vertrieb kann insoweit nichts anderes gelten als für den Internetvertrieb, wo das Vertriebsnetz durch die Vermittlerrolle übernehmende Drittplattformen unterlaufen würde.

Hinzu kommt, dass Drittplattformverbote nur dann als Kernbeschränkung gemäß Art 4 lit b bzw. c Vertikal-GVO qualifiziert werden können, wenn es sich bei ihnen nicht um zulässige Qualitätsanforderungen handelt. Dabei ist auf die Rechtfertigung jedes einzelnen Drittplattformverbots und auf die Äquivalenz der Anforderungen an den Online-Vertrieb mit den Anforderungen an den stationären Vertrieb großes Augenmerk zu legen. Pauschalverbote sind selten empfehlenswert, einzelne Verbote gerade der bekanntesten Drittplattformen lassen sich nach hier vertretener Auffassung aber – je nach Beschaffenheit der vertriebenen Ware und im Einklang mit den sonstigen Vertriebsanforderungen – häufig rechtfertigen.

---

<sup>44</sup> OLG Frankfurt a.M., Vorlagebeschluss vom 19.4.2016, 11 U 96/14 (Kart) – „Coty“.