18. November 2021

Dualer Vertrieb auf dem Prüfstand

Hohe Relevanz dualer Vertriebsstrukturen

Duale Vertriebsstrukturen haben in den vergangenen Jahren nicht zuletzt durch die zunehmende Zahl hybrider Plattformen immer mehr an wirtschaftlicher Bedeutung gewonnen und stehen als innovative Vertriebskonzepte oft auch im Zentrum der kartellrechtlichen Diskussion. Dabei sind Vertriebsmodelle, bei denen eine Parallelität zwischen dem Verkauf über Absatzmittler und dem Direktvertrieb besteht, keinesfalls neu und auch nicht auf den Onlinevertrieb begrenzt, sondern in ganz unterschiedlichen Branchen seit Langem gelebte Praxis. So steht etwa der konzerneigene Monobrandstore auf der Luxuseinkaufsmeile im direkten Wettbewerb zu der Bekleidung eben dieses Herstellers verkaufenden Boutique in der Fußgängerzone. Gleiches gilt für einen Großhändler, der seine Produkte einerseits über den Fachhandel vertreibt, anderseits aber auch Endkunden – wie zum Beispiel Großabnehmer – direkt beliefert.

Das Vertriebsmodell, das die aktuellen Leitlinien zur Vertikal-GVO auch als "zweigleisigen Vertrieb" titulieren, ist angesichts seiner Bedeutung im Zusammenhang mit der für Ende Mai 2022 anstehenden Reform der Vertikal-GVO derzeit in aller Munde. So finden sich zu dieser Thematik substanzielle (Neu-)Regelungen in Art. 2 Abs. 4 bis 7 des gegenwärtigen Entwurfs der Vertikal-GVO ("Vertikal-GVO-E", siehe den aktuellen Stand etwa hier), die sowohl digitale als auch analoge Vertriebskonzepte betreffen werden.

Kartellrechtliche Grundproblematik und Status quo

Aus kartellrechtlicher Sicht bergen duale Vertriebskonstellationen insbesondere das Risiko eines kartellrechtswidrigen (horizontalen) Informationsaustauschs in Bezug auf den Vertrieb an die dem Abnehmer nachgelagerte Marktstufe, weil sich Lieferant und Abnehmer insoweit als Wettbewerber begegnen. Denn auch wenn ein Hersteller Daten und Informationen über das Wettbewerbsverhalten seines Absatzmittlers sammelt, die er im Vertikalverhältnis zur kartellrechtskonformen Steuerung und Fortentwicklung seines Vertriebssystems benötigt, können solche Daten und Informationen unter bestimmten Voraussetzungen gleichzeitig im Horizontalverhältnis zu wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen bis hin zur bezweckten Koordinierung führen. Die Problematik ist heute mit nicht unerheblichen Rechtsunsicherheiten behaftet, wie wir bereits in unserem Beitrag "Amazon again: Das Kartellverbot als blinder Fleck des "Market Place"-Falls der Europäischen Kommission" notiert haben.

Neuer Regelungsansatz für den dualen Vetrieb

Im Entwurf der neuen Vertikal-GVO finden sich nunmehr explizite Regelungen zur angesprochenen Thematik – und zwar allgemein für duale Vertriebsstrukturen sowie im Speziellen für hybride Plattformen. Ausweislich des aktuellen Entwurfs legt Art. 2 Abs. 4 S. 1 Vertikal-GVO-E im Ausgangspunkt nieder, dass "die Freistellung […] nicht für vertikale Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern" gilt. Im Wege einer eng auszulegenden Ausnahme nach Art. 2 Abs. 4 S. 2 lit. a Vertikal-GVO-E wird dann jedoch angeordnet, dass die Freistellung für alle Aspekte nichtgegenseitiger vertikaler Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern gilt, sofern

- der Anbieter zugleich Hersteller, Großhändler oder Einführer, sowie Händler von Waren und
- der Abnehmer Händler jedoch kein Wettbewerber im Bereich der Herstellung, des Großhandels oder der Einfuhr ist und
- ihr gemeinsamer Marktanteil auf dem relevanten Einzelhandelsmarkt nicht mehr als 10% beträgt.

Übersteigt der gemeinsame Marktanteil von Anbieter und Abnehmer auf dem Einzelhandelsmarkt 10%, liegt er aber unter den Marktanteilsschwellen des Art. 3 Abs. 1 Vertikal-GVO-E, entfällt die Freistellungswirkung nur für den Informationsaustausch, der dann nach den Vorschriften für horizontale Vereinbarungen zu beurteilen ist, Art. 2 Abs. 5 Vertikal-GVO-E. Gänzlich ausgeschlossen ist die Anwendung der Ausnahme nach Art. 2 Abs. 7 Vertikal-GVO-E, "wenn ein Anbieter von Online-Vermittlungsdiensten, der auch Waren oder Dienstleistungen im Wettbewerb mit Unternehmen verkauft, für die er Online-Vermittlungsdienste anbietet, mit einem solchen konkurrierenden Unternehmen eine nichtgegenseitige vertikale Vereinbarung schließt". Konkret bedeutet dies, dass Unternehmen, die einerseits eine Plattform betreiben und auf dieser gleichzeitig selbst als Händler aktiv sind (sog. hybride Plattformen), ihren Gesamtbetrieb letztlich an den strengeren Vorgaben zur Beurteilung eines horizontalen Informationsaustauschs ausrichten müssen.

Bewertung des neuen Regelungsansatzes

Im Ausgangspunkt ist es wegen der Bedeutung des dualen Vertriebs zu begrüßen, dass dieser im Zuge der Reform der Vertikal-GVO umfassend aufgegriffen und geregelt wird. Hier tat sich in der Praxis ein erhebliches Unsicherheitspotential auf, wie entsprechende Vertriebsmodelle zu strukturieren sind, dass sie kartellrechtlichen Compliance-Anforderungen genügen. Gleichwohl zeigt sich bei näherer Betrachtung, dass die angestrebte Normierung neue rechtliche Fallstricke bereithält und der Verordnungsentwurf teilweise noch erhebliche Inkonsistenzen aufweist.

So fällt auf, dass der personelle Anwendungsbereich nach Art. 2 Abs. 4 S. 2 lit. a Vertikal-GVO-E – in Abweichung zur bisher geltenden Fassung – so formuliert ist, dass sich die Gruppenfreistellung nur auf die parallele Einzelhandelstätigkeit von Herstellern, Großhändlern und Importeuren erstreckt; duale Vertriebsmodelle mit Wettbewerbsverhältnissen auf der Einzelhandelsstufe vorgelagerten Marktstufen scheinen hingegen nach Art. 2 Abs. 4 S. 2 lit. a Vertikal-GVO-E sowie der Formulierung der zweiten Marktanteilsschwelle ("Einzelhandelsmarkt") nicht

erfasst. Dies führt dazu, dass unter anderem dual vertreibende Weiterverarbeiter in der Mitte der Wertschöpfungskette oder mehrstufige Vertriebssysteme womöglich nur eine Einzelfreistellung erlangen könnten, was mit ganz erheblichem Prüfungsaufwand und unweigerlichen Rechtsunsicherheiten behaftet wäre.

Darüber hinaus sieht der Entwurf die pauschale Freistellung nur für Unternehmen mit gemeinsamen Marktanteilen auf dem Einzelhandelsmarkt unter der Schwelle von 10% vor. Ob damit ein hinreichendes Maß an Rechtssicherheit erlangt werden kann, ist fraglich. Denn die mit einer belastbaren Marktabgrenzung und Marktanteilsberechnung regelmäßig einhergehenden Unwägbarkeiten tun sich auch hier auf und sind seitens der betroffenen Unternehmen bisweilen nur mit großem Aufwand zu beherrschen. Dies gilt insbesondere, sofern die Marktanteilsschwelle bei 10% verbleiben sollte. Ob der eigene Marktanteil 30% übersteigt, können Unternehmen häufig noch relativ verlässlich sagen; ob der gemeinsame Marktanteil auf dem Einzelhandelsmarkt nicht mehr als 10% beträgt, dürfte in der Praxis deutlich schwerer fallen. Ferner stellt sich die Frage, ob die in Art. 2 Abs. 7 Vertikal-GVO-E vorgesehene Regelung in Bezug auf Hybridplattformen, die unabhängig von Marktanteilen keine Freistellung unter der Vertikal-GVO-E erlangen können, nicht über das Ziel hinausschießt und ihrerseits unwillkommene "False Positives", d.h. fälschlicherweise aus dem Anwendungsbereich der Vertikal-GVO-E herausfallende, aber effiziente Verhaltensweisen hervorrufen wird.

Für Unternehmen, die nach dem Vorstehenden für ihren dualen Vertrieb jedenfalls keine pauschale Freistellung in Anspruch nehmen können, ist es umso gravierender, dass weder die Vertikal-GVO-E noch der Entwurf der Vertikalleitlinien darüber Auskunft geben, anhand welcher konkreten Maßstäbe dem als problematisch eingestuften Informationsaustausch wirksam begegnet werden kann. Ungeachtet dessen, dass diese Thematik angesichts entsprechender Sachnähe auch unmittelbar in den neuen Vertikalleitlinien geregelt werden könnte, sollten zumindest die sich ebenfalls im Reformprozess befindlichen Horizontalleitlinien umfassend Auskunft geben. Hier ist allerdings noch Geduld gefragt, weil mit entsprechenden Entwürfen wohl erst im ersten Quartal 2022 und einer Verabschiedung zu Ende 2022 gerechnet werden kann.

Ein rechtssicherer Betrieb solcher Vertriebssysteme wird also in jedem Fall inhaltlich anspruchsvoller. Wie groß der Graubereich sein wird, hängt auch vom Detailgrad der entsprechenden Guidance durch die Kommission ab. Bei Ausbleiben einer Konkretisierung in der Vertikal-GVO-E bzw. den neuen Vertikalleitlinien müssen sich Unternehmen zudem für den Zeitraum nach deren Inkrafttreten, d.h. von Ende Mai 2022 bis zur Veröffentlichung der neuen Horizontalleitlinien auf erhebliche Rechtsunsicherheiten einstellen. Angesichts des absehbaren Bedarfs für Anpassungen der internen Organisationsstrukturen und Prozesse zum Schutz sensibler Informationen ist es daher zweifelhaft, ob der in Art. 9 Vertikal-GVO-E vorgesehene Übergangszeitraum nach Auslaufen der bisherigen Vertikal-GVO bis Ende Mai 2023 für eine Evaluierung und ggf. Neugestaltung des Vertriebssystems ausreichend ist. Denn durch den Zeitversatz bei der Reform der Horizontalleitlinien werden wichtige Informationen fehlen, die für eine rechtssichere Anpassung bestehender (dualer) Vertriebssysteme erforderlich sind oder als Entscheidungsgrundlage für eine Neugestaltung ausreichen.

Insbesondere in Bezug auf (hybride) Plattformen kann zwar die vom Bundeskartellamt entwickelte Verwaltungspraxis einen instruktiven Anhaltspunkt für möglicherweise erforderliche

Sicherungsmechanismen bieten (vgl. dazu z.B. die Fallberichte zu XOM-Metals (Stahlprodukte), Unamera (Agrarprodukte) oder OLF (Mineralölprodukte)). Das Bundeskartellamt fordert insofern, hybride Plattformen sollten derart konzipiert sein, dass der Plattformbetrieb und andere Unternehmensteile personell, organisatorisch, technisch und informatorisch voneinander getrennt sind; mitunter muss in Bezug auf im selben Bereich tätige Gesellschafter auch sichergestellt werden, dass diese von den ihnen gesellschaftsrechtlich zustehenden Auskunfts- und Einsichtsrechten keinen Gebrauch machen, soweit diese Beschränkung kartellrechtlich erforderlich ist. Auch wenn sich bei Sachverhalten im Zuständigkeitsbereich der Europäischen Kommission ein Anpassungsbedarf bei den Sicherungsmechanismen abzeichnet, ist aktuell noch völlig offen, ob diese dem skizzierten Umfang entsprechen werden.

Ausblick

Angesichts der weitreichenden Regelungen zum dualen Vertrieb und der damit zum Ausdruck kommenden kritischen Position der Europäischen Kommission stellt sich die Frage, ob für den dualen Vertrieb zukünftig noch ein effektiver Safe Harbor gewährleistet ist. Dies wird entscheidend davon abhängen, welche Nachjustierungen an der Vertikal-GVO-E und den neuen Vertikalleitlinien auf Basis des Konsultationsprozesses noch erfolgen und wie konkret die Guidance der Horizontalleitlinien zu dieser Thematik ausfallen wird. Unternehmen, die sich dualer Vertriebssysteme bedienen, sollten die Entwicklung rund um die Reform der Vertikal-GVO sowie der Horizontalleitlinien daher aufmerksam verfolgen. Eigene Strukturen und Prozesse sind angesichts der zu erwartenden neuen Anforderungen aus Brüssel kartellrechtlich wie wirtschaftlich kritisch zu überprüfen.

In Abhängigkeit der Anforderungen, welche die neuen Regelungen im Ergebnis aufstellen werden, ist es aus unserer Perspektive nicht ausgeschlossen, dass gerade die neuen Regelungen zur Eindämmung kartellrechtlich problematischer Informationsflüsse die Wirtschaftlichkeit des Betriebs dualer Vertriebssysteme insgesamt infrage stellen könnten. Ins Gewicht fallen dürften hier vor allem der Aufwand für die Marktabgrenzung(en) und das laufende Monitoring der Marktanteile, die regelmäßige Evaluierung der Informationsflüsse auf kartellrechtliche Risiken, eine mögliche Schmälerung der Informationsgrundlage für die kartellrechtkonforme Steuerung des Vertriebs im Vertikalverhältnis und die Implementierung erforderlicher Sicherungsmechanismen zur Vermeidung kartellrechtlich kritischer Informationsflüsse.

Kontakt

DR. SILKE MÖLLER

Partner

Telefon: +49 211 20052-130
E-Mail: s.moeller@glademichelwirtz.com

DR. SIMON WEISE

Associate

Telefon: +49 211 20052-420
E-Mail: s.weise@glademichelwirtz.com