



## E-Commerce: Handel mit Hindernissen

Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen hemmen das Potential des E-Commerce

*Eckart Wagner | Hannes Hoffmeyer*

### Zum Mitnehmen

- E-Commerce ist eine Chance gerade für kleinere Händler und bietet Verbrauchern EU-weite Auswahlmöglichkeiten.
- E-Commerce führt zu einer effizienteren, tendenziell preissenkend wirkenden Distribution.
- Vertikale Preisbindungen, Doppelpreissysteme und Nutzungsverbote für Online-Instrumente wie Preisvergleichsportale und Drittplattformen behindern den E-Commerce zu Lasten kleinerer Händler und Verbraucher.
- Androhung und Umsetzung von Liefersperrern als Strafen für Händler, die sich gegen vertikale Wettbewerbsbeschränkungen wehren, unterlaufen die Wettbewerbsordnung.
- Eine nur punktuelle kartellbehördliche Durchsetzung der Wettbewerbsordnung erschwert auch ihre zivilgerichtliche Durchsetzung und kann im Ergebnis dazu führen, dass es sich für Unternehmen lohnt, den E-Commerce ggf. sogar rechtswidrig zu beschränken.

## INHALT

---

### 2 | Einleitung

### 2 | E-Commerce

### 4 | Rechtspraxis im Bereich des E-Commerce

### 8 | Ordnungspolitische Herausforderungen

---

## Einleitung

Mit dem E-Commerce hat sich in den vergangenen Jahren ein neuer Vertriebskanal entwickelt und etabliert. Das Bundeskartellamt hat im Hintergrundpapier „Vertikale Beschränkungen in der Internetökonomie“ bereits 2013 hierzu Folgendes festgestellt: E-Commerce führe zu Gunsten der Verbraucher zu einer effizienteren Distribution, die tendenziell preissenkend wirke und die Auswahl- und Vergleichsmöglichkeiten der Kunden verstärke. Zugleich erhöhe das Internet auch die Transparenz und Reaktionsgeschwindigkeit in Vertriebssystemen. Folge sei eine Intensivierung des Wettbewerbs, durch die etablierte Vertriebsstrukturen in Frage gestellt würden. Insbesondere die hohe Preistransparenz führe dazu, dass Hersteller und stationäre Händler immer wieder versuchen würden, den Vertrieb von Produkten über das Internet zu beschränken. Es müsse ein besonderes Augenmerk der Kartellbehörden darauf gerichtet sein, überschießende Beschränkungen zu identifizieren und ggf. zu unterbinden.

Solche überschießende Beschränkungen überschreiten die rechtlichen Grenzen, die nach dem Leitbild der Sozialen Marktwirtschaft für einen funktionsfähigen Wettbewerb notwendig sind. Diese Grenzen gelten auch für sogenannte vertikale Beschränkungen, d. h. für Beschränkungen in der Absatzkette – Beschränkungen, die Lieferanten/Hersteller/Großhändler ihren Abnehmern für den Weiterverkauf im Ladengeschäft und/oder im Internet auferlegen. Die zunehmende Befassung der Gerichte in Deutschland und in vielen EU-Mitgliedstaaten sowie die Aktivitäten des Bundeskartellamts wie auch der Kartellbehörden vieler EU-Mitgliedstaaten und der EU-Kommission in den vergangenen Jahren sind ein klares Indiz für die Bedeutung dieses Problems.

Die derzeit laufende Sektoruntersuchung der EU-Kommission verweist darauf, dass Beschränkungen des E-Commerce auch eine europäische Komponente aufweisen. Dies ergibt sich aus der Natur der Sache, ist doch der zwischenstaatliche Einkauf über den Besuch einer Website wesentlich einfacher als der Besuch eines Ladengeschäfts. Die EU-weiten Einkaufsmöglichkeiten über das Internet sind für viele Verbraucher die am ehesten erlebbare Form, vom EU-Binnenmarkt zu profitieren und dabei ggf. nationale Beschränkungen zu umgehen und günstigere Preise innerhalb der EU zu nutzen. Die EU-Kommission untersucht daher Maßnahmen von Herstellern und etablierten Händlern, wie das sogenannte Geo-Blocking, die darauf abzielen, nationale Märkte gegen den E-Commerce künstlich abzuschotten.

Der E-Commerce begründet also auch eine ordnungspolitische Herausforderung für Deutschland und die EU. Im Interesse volkswirtschaftlich effizienter Vertriebssysteme, der Wahlmöglichkeiten der Verbraucher und eines digitalen Binnenmarktes sind die richtigen Rahmenbedingungen zu schaffen und durchzusetzen, um einen offenen Marktzugang zu gewährleisten und Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern.

## E-Commerce

Seit dem Jahr 2000 steigen die im E-Commerce erzielten Umsätze durch den Verkauf von Gütern stetig. Die EU-Kommission hat im Rahmen ihrer 2015 eingeleiteten Sektoruntersuchung zum E-Commerce ermittelt, dass die durch den Online-Verkauf von Waren erzielten Umsätze auch dann weiter stiegen, wenn die Verkaufsumsätze insgesamt rückläufig waren. In der Tat entdecken immer mehr Branchen den E-Commerce für sich. So werden teilweise – etwa in der Sanitär- und Heizungsbranche – Jahrzehnte alte, wettbewerbsmäßig verkrustete Strukturen aufgebrochen.

Dass dieser Wandel nicht von allen Wirtschaftsbeteiligten begrüßt wird, ist nicht verwunderlich. E-Commerce erweitert die Wahlmöglichkeiten der Verbraucher und setzt Anreize zur Leistungssteigerung bei Herstellern und Händlern: Ziele, die in den 70er Jahren auch mit der Beseitigung der Markenpreisbindung in Deutschland verfolgt wurden und ebenfalls heftige Diskussionen ausgelöst haben.

Die Parallelen sind nicht zufällig. Mit Aufhebung der Markenpreisbindung waren Händler nicht mehr gesetzlich daran gehindert, Preise für Markenprodukte selbst festzusetzen. Folge waren eine Intensivierung des Wettbewerbs auf Vertriebssebene und die Entstehung neuer Vertriebskonzepte, wie Drogeriemärkte und Lebensmittel-Discounter, ohne die für die meisten Verbraucher in Deutschland der Einkauf nicht mehr vorstellbar ist. Auch im Bereich des E-Commerce ist entscheidend, dass der Händler seinen Verkaufspreis frei im Wettbewerb setzen kann. Denn der Verbraucher kann die Preise unzähliger Anbieter praktisch vom Sofa aus vergleichen. Im E-Commerce herrscht eine deutlich größere Preistransparenz als im stationären Handel. Für den Online-Händler hat das allerdings auch Schattenseiten. Denn an den Preis auf der Website ist er praktisch gebunden. Der stationäre Verkäufer kann dem Kunden im Gespräch entgegenkommen und so den möglichen Preis „ertasten“. Online werden Preise für ein Produkt zum Teil bis zu mehrmals täglich geändert. Vielfach, insbesondere auf sogenannten Marktplatzplattformen, erfolgen Preis Anpassungen auch automatisiert.

Herstellern ist die Bedeutung des Preises im E-Commerce bewusst. Nach den Erkenntnissen der EU-Kommission aus der aktuellen Sektoruntersuchung nutzen beinahe 40 Prozent der Hersteller Software, um Wiederverkaufspreise der Händler für ihre Waren zu beobachten. Diese Daten ermöglichen es Herstellern, ihre Warenerzeugung und Vertriebssystem zu optimieren. Leider ist diese Preisbeobachtung jedoch nicht selten auch Teil einer Überwachung der Preisgestaltung von Händlern zur rechtswidrigen Durchsetzung von Preisvorgaben durch die Hersteller. Auch wenn der Vertrieb von Gütern durch E-Commerce großen Veränderungen unterworfen ist, ist das nicht gleichbedeutend mit dem Ende des Lebens, wie wir es heute kennen. E-Commerce kann die Soziale Marktwirtschaft in vielfältiger Weise bereichern. So verstärkt er das Angebot aus wie auch die Abnahme in strukturschwachen Gebieten und erweitert so den Kreis derer, die am Wettbewerbsprozess teilhaben. Der E-Commerce ist dabei jedoch, was ihm teilweise unterstellt wird, in keiner Weise „der Tod der Innenstädte“. Im Gegenteil: Gerade kleine und mittlere Fachhändler in den Innenstädten haben häufig nur mit zusätzlichem Online-Handel eine Überlebenschance gegen große Ketten und Online-Plattformen, wie Amazon. So verweist das Bundeskartellamt darauf, dass gerade die kleineren und mittleren Fachhändler in den Fußgängerzonen der Innenstädte vom freien Online-Handel profitieren können, indem sie ihre Waren zusätzlich online vertreiben und so weitere Kunden erreichen. Dafür sind jedoch insbesondere drei Faktoren entscheidend: Diskriminierungsfreie Nutzung von Marktplatzplattformen (insbesondere Amazon Marketplace), Preisvergleichsportalen (idealo.de, billiger.de oder Google Shopping etc.) und Suchmaschinen (insbesondere Google).

Das Beispiel des Geschäfts in der Fußgängerzone gekoppelt mit einem Online-Shop ist der wohl vielversprechendste Weg: Die Kombination aus stationärem Geschäft und Online-Shop („Multichannel-Retailing“) spricht mehrere Kundengruppen an. Bei guter Verzahnung kann der Kunde online das Sortiment des Händlers einsehen und offline im Geschäft einkaufen oder umgekehrt offline die Produkte ansehen und online kaufen. Auch die gesetzlichen Rahmenbedingungen stützen grundsätzlich das Multichannel-Retailing-Modell. **So darf ein Hersteller zwar die Belieferung von dem Betrieb eines stationären Geschäfts abhän-**

### **gig machen, er darf dem Händler aber den (zusätzlichen) Vertrieb über das Internet nicht generell verbieten.**

Dieser rechtliche Rahmen zeigt, in welchem Spannungsfeld sich die Wettbewerbsordnung bewegt. Denn Hersteller haben ein berechtigtes Interesse an einem hochwertigen Vertrieb ihrer Waren und am Schutz ihrer Marke. Zudem ist die Vertragsfreiheit, die dem Hersteller gestattet, Produkte nur an Händler seiner Wahl zu vertreiben, elementarer Bestandteil der Sozialen Marktwirtschaft. Gleichzeitig muss die Wettbewerbsordnung unter Berücksichtigung der berechtigten Herstellerinteressen sicherstellen, dass der Hersteller diese Freiheit nicht zu einer übermäßigen Beschränkung des Wettbewerbs gerade auf der Handelsstufe ausnutzt. Diese Gefahr besteht insbesondere dann, wenn der Hersteller sich übermäßig in den Wiederverkauf der Produkte durch den Händler einmischt. Überschreitet der Hersteller dabei das rechtlich zulässige Maß, liegen kartellrechtswidrige vertikale Wettbewerbsbeschränkungen vor.

## Rechtspraxis im Bereich des E-Commerce

Die Fallpraxis des Bundeskartellamts sowie die Rechtsprechung der vergangenen Jahre zeigen, dass Wettbewerbsbeschränkungen im E-Commerce ein weitverbreitetes Problem sind. Dieser Befund wird auch durch die ersten veröffentlichten Ergebnisse der Sektoruntersuchung zum E-Commerce der EU-Kommission bestätigt. So gab die EU-Kommission bekannt, dass nach ihrer Auswertung in bis zu 42 Prozent der Vertriebsverträge Beschränkungen für die Wiederverkäufer enthalten waren.

**Das Verbot der Preisbindung der zweiten Hand verbietet Herstellern oder Lieferanten grundsätzlich, ihren Abnehmern unmittelbar oder mittelbar den Wiederverkaufspreis vorzugeben.** Eine Vereinbarung, nach welcher der Wiederverkäufer die Ware nur zu dem vom Hersteller vorgegebenen Preis verkaufen darf (=vertikale Preisbindung), verstößt nach deutschem wie europäischem Recht regelmäßig gegen das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen.

Erlaubt sind dagegen unverbindliche Preisempfehlungen („UVP“). Voraussetzung ist jedoch, dass es sich tatsächlich um „unverbindliche Empfehlungen“ handelt. Sobald solche Preisempfehlungen, z. B. weil ihre Einhaltung durch entsprechenden Druck durchgesetzt wird, faktisch weder unverbindlich sind noch reine Empfehlungen darstellen, verstoßen auch sie gegen das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen. So kann bereits die Nachfrage beim Händler unter dem Hinweis, dass dessen Preise betriebswirtschaftlich nicht nachvollziehbar seien, nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine unzulässige Einflussnahme auf die Preissetzungsfreiheit des Händlers darstellen. Unzulässig ist es grundsätzlich auch, wenn Rabatte oder bestimmte Lieferbedingungen von der Einhaltung der UVP abhängig gemacht werden.

Zulässig ist dagegen grundsätzlich die Festsetzung von Höchstpreisen für den Weiterverkauf, es sei denn diese Höchstpreise sind so gewählt, dass sie wie Festpreise wirken. Dies ist dann der Fall, wenn der Wiederverkäufer aus wirtschaftlichen Gründen faktisch daran gehindert ist, diese Höchstpreise zu unterschreiten.

Das Verbot der vertikalen Preisbindung soll also sicherstellen, dass der Händler frei ist, im Wettbewerb mit anderen Händlern seine Preise und die sich hieraus ergebenden Margen selbst festzusetzen.

Dem Verbot der vertikalen Preisbindung kommt im E-Commerce eine besondere Bedeutung zu. Denn der Online-Handel unterscheidet sich vom stationären Handel insbesondere durch die Transparenz der Verkaufspreise. Diese Preistransparenz macht es Herstellern oder auch konkurrierenden Händlern allerdings auch leichter, die Preisgestaltung zu überwachen. Während online ein Besuch der Website oder eines Preisvergleichsportals genügt, sind offline Testkäufe in den stationären Geschäften erforderlich. Dies führt in manchen Fällen dazu, dass sich stationäre Händler über die Verkaufspreise konkurrierender Online-Händler bei den jeweiligen Herstellern beschweren und Hersteller nicht zuletzt aufgrund solcher Beschwerden Verkaufspreise von Online-Händlern nicht nur relativ einfach überwachen, sondern die Nichteinhaltung von – rechtswidrigen – Preisvorgaben auch entsprechend einfach feststellen und sanktionieren können.

Die **Weiterverkaufspreise im E-Commerce können indirekt auch dadurch beeinflusst werden, dass der Hersteller den Preis für seine Waren oder bestimmte Leistungen davon abhängig macht, ob der Händler die Ware über das Ladengeschäft oder online weiterverkauft. Auch dies ist grundsätzlich kartellrechtswidrig.** In einem dreistufigen Vertrieb (Hersteller – Großhandel – Einzelhandel) kann der Hersteller diese Strategie auch mithilfe besonderer Rabatte für den Großhandel umsetzen, die Großhändlern nur für Weiterverkäufe an stationäre Händler eingeräumt werden. Auch solche Doppelpreissysteme verstoßen in vielen Fällen gegen das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen, da sie den Vertriebskanal E-Commerce diskriminieren und behindern.

Diskriminierende Lieferkonditionen können auch darin bestehen, dass der Hersteller nicht den Verkaufspreis, sondern die Erbringung von bestimmten Leistungen, wie z. B. einer über die gesetzlichen Mindestregelungen hinausgehenden Herstellergarantie davon abhängig macht, ob der Händler die Ware im Ladengeschäft oder online weiterverkauft. Auch ein solches Vorgehen verstößt regelmäßig gegen das Kartellrecht.

Doppelpreissysteme oder vergleichbare den E-Commerce diskriminierende Vertriebsbedingungen waren in den vergangenen Jahren häufig Gegenstand von Verfahren des Bundeskartellamts, die jedoch in der Regel nach einer freiwilligen Anpassung der Vertriebsbedingungen durch die Hersteller eingestellt wurden. Die Hersteller kamen also mit einem „blauen Auge“ davon. Doch auch die Zivilgerichte waren mit Doppelpreissystemen befasst. So sprach etwa das OLG Düsseldorf einem nach dem Multichannel-Retailing-Prinzip tätigen Sanitärhändler Schadensersatz von über 800.000 Euro nebst Zinsen zu, weil der Sanitärhändler infolge des Doppelpreissystems des verklagten Herstellers einen Margenverlust erlitten hatte. Im Hinblick auf die zivilgerichtliche Geltendmachung kartellrechtswidriger Vertriebsbedingungen ist allerdings festzustellen, dass gerade kleinere und mittlere Händler den Weg vor das Zivilgericht wegen der Kosten und Risiken und der Auseinandersetzung mit mächtigeren Herstellern oft scheuen. Dies gilt insbesondere, wenn die Kartellbehörden ein Verfahren einstellen, so dass keine kartellbehördliche Feststellung eines Verstoßes existiert, die in einem Zivilprozess als sogenannte „Follow-On-Klage“ für das Gericht bindend – also für den Beklagten nicht zu widerlegen – wäre. Dieses Problem stellt sich nicht nur bei einer Einstellung von kartellbehördlichen Verfahren, sondern vermehrt auch dann, wenn die Kartellbehörde, in Deutschland das Bundeskartellamt, im Rahmen ihres sog. Aufgreifermessens von ihrem Ermessen dahingehend Gebrauch macht, dass Beschwerden z. B. mit dem Hinweis auf die Möglichkeit zivilgerichtlicher Verfahren nicht verfolgt werden. Die häufige **Nichtverfolgung von Beschwerden und zahlreiche Verfahrenseinstellungen werfen die ordnungspolitische Frage auf, ob das Verbot vertikaler Beschränkungen gerade im Bereich des E-Commerce von behördlicher Seite ausreichend durchgesetzt wird.**

Doppelpreissysteme  
oder den E-Commerce  
diskriminierende Leis-  
tungen

## Unzulässige Kriterien im Selektivvertrieb

In einem selektiven Vertriebssystem beliefert der Hersteller ausschließlich Händler, welche die für dieses System aufgestellten qualitativen oder quantitativen Kriterien erfüllen und vom Hersteller zugelassen worden sind. Solche Vertriebssysteme können dazu dienen, die legitimen Interessen der Hersteller zu schützen und sind insofern auch Ausdruck der Vertragsfreiheit der Hersteller.

Ein selektives Vertriebssystem verstößt insbesondere dann grundsätzlich nicht gegen das Kartellrecht, wenn der Hersteller Kriterien für seine Händler aufstellt, die im Hinblick auf die besondere Eigenschaft der zu vertreibenden Produkte, wie z. B. bei Luxusprodukten oder Produkten mit einem hochwertigen Image, als erforderlich betrachtet werden können und wenn diese Kriterien einheitlich und diskriminierungsfrei gegenüber allen Händlern angewandt werden.

Die EU-Kommission hat in ihrer Sektoruntersuchung zum E-Commerce die Zunahme von selektiven Vertriebssystemen festgestellt. Dies verwundert nicht, da solche Systeme, soweit sie die relativ komplexen Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllen, eines der wenigen rechtmäßigen Mittel für Hersteller sind, den Vertrieb ihrer Produkte über Ladengeschäfte und im E-Commerce zu steuern. Das Bundeskartellamt warnt allerdings in seinem Hintergrundpapier „Vertikale Beschränkungen in der Internetökonomie“ davor, dass das Ziel vieler selektiver Vertriebssysteme im Bereich E-Commerce die Substituierung einer unmittelbaren und rechtswidrigen vertikalen Preisbindung durch subtilere Mittel zu sein scheint. Klar ist auch, dass mit einem selektiven Vertriebssystem der Online-Handel, außer z. B. bei besonderen Produkten wie Waffen, nicht generell ausgeschlossen werden darf. Allgemein gilt für die Kriterien ein Äquivalenzprinzip: **Anforderungen für den Vertrieb über einen Online-Shop müssen mit den Anforderungen für den Vertrieb über ein Ladengeschäft vergleichbar sein.** So waren z. B. Kriterien, die unmittelbar oder mittelbar eine Beschränkung des Online-Vertriebs bewirken oder unmittelbare oder mittelbare Verbote für die Nutzung von Drittplattformen und Preisvergleichsportalen, in letzter Zeit häufig Gegenstand kartellbehördlicher und kartellzivilgerichtlicher Verfahren.

Die Nutzung von Drittplattformen oder Preisvergleichsportalen vergrößert die Auffindbarkeit von Angeboten, erhöht die Preistransparenz und intensiviert den Preiswettbewerb. Für viele Online-Händler ist die Nutzung von Drittplattformen und/oder Preisvergleichsportalen essentiell, weil sie nur auf diese Weise Kunden effektiv im Internet erreichen können. Dies gilt vor allem für kleinere Händler, deren Online-Shops im Internet ansonsten schwer auffindbar wären. Andere Möglichkeiten, die Auffindbarkeit im Internet zu verbessern, wie die „Optimierung“ der Suchergebnisse bei Internet-Suchmaschinen, stehen gerade kleineren Händlern kaum zur Verfügung. Denn solche „Optimierungen“ sind sehr kostenintensiv, zumal erschwerend hinzukommt, dass Google gerade in Deutschland eine nahezu monopolartige Stellung beim Angebot von Suchmaschinen hat.

Was die rechtliche Bewertung der Nutzungsverbote von Drittplattformen oder Preisvergleichsportalen betrifft, ist noch vieles im Fluss. Nachdem sich die Bedeutung dieser Instrumente im E-Commerce gezeigt hatte, wurden sie vermehrt in den Vertriebsbedingungen berücksichtigt und in der Folge Gegenstand kartellbehördlicher und zivilgerichtlicher Bewertungen. Diese Bewertungen lassen derzeit den Schluss zu, dass pauschale Verbote zur Nutzung von Drittplattformen und **pauschalen Preisvergleichsportalen regelmäßig gegen das Kartellrecht verstoßen.** Bei differenzierenden Verboten gehen die Bewertungen auseinander.

Ordnungspolitisch ist im Hinblick auf Verbote zur Nutzung von Drittplattformen und Preisvergleichsportalen zu bedenken, dass diese nicht nur kleinere Händler beson-

ders treffen, sondern dass sie auch Nachteile für den Verbraucher aufweisen. Denn Verbraucher profitieren von der durch solche Plattformen und Portale geschaffenen leichteren Auffindbarkeit sowie der damit einhergehenden Intensivierung des Wettbewerbs und der Erhöhung der Preistransparenz. Es ist in diesem Zusammenhang auch zu beachten, dass es weder im Sinne der Verbraucher noch des Wettbewerbs ist, wenn nur der Betreiber der Plattform selbst (z. B. Amazon) oder der Hersteller ein Produkt über solche Plattformen anbieten.

## Druckausübung

Ein weiterer kartellrechtlicher Schwerpunkt ist die unzulässige Ausübung von Druck auf Online-Händler. Praktisch kann die Druckausübung als Annex zu vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen gesehen werden. Teilweise versuchen Hersteller Vertriebsvorgaben, insbesondere die vertikale Preisbindung, die sie nicht rechtskonform in Vertriebsverträgen vereinbart können, dadurch durchzusetzen, dass sie ihren Händlern direkt oder indirekt Nachteile, wie eine schlechtere oder verzögerte Belieferung, androhen, falls sie diese Vorgaben nicht umsetzen. Auch eine solche **Umgehung des Verbots der Vereinbarung kartellrechtswidriger Beschränkungen durch Formen der Druckausübung verstößt gegen das Kartellrecht.**

Eine solche Druckausübung erfolgt häufig mehr oder weniger subtil. Ein häufig angewandtes Druckmittel ist die Drohung mit oder die Umsetzung einer Liefersperre. So wird z. B. Händlern, die sich – auf Basis der gesetzlichen Regelungen – weigern, ihre Verkaufspreise auf der UVP hochzusetzen, die Einstellung der Belieferung angedroht oder diese Androhung wird durch einen tatsächlichen Lieferstopp auch umgesetzt. Das Beispiel verdeutlicht auch einen durch den Gesetzgeber oder gegebenenfalls die Gerichte zu erfüllenden Klarstellungsbedarf. Während eine Liefersperre zur Durchsetzung kartellrechtswidriger Vorgaben nach allgemeiner Ansicht gegen das Kartellrecht verstößt, ist dies für einen endgültigen Lieferstopp, also die schärfste Form der Liefersperre, noch nicht eindeutig geklärt. Hintergrund ist, dass die Liefersperre als „Willensbeugungssperre“ gesehen wird, mit der kartellrechtswidrige Vorgaben umgesetzt werden sollen, während der Lieferstopp unter Verweis auf ältere Rechtsprechung als eine im Rahmen der Vertragsfreiheit grundsätzlich zulässige „Vergeltungssperre“ gesehen wird.

**Eine unterschiedliche rechtliche Bewertung von Willensbeugungssperren und Vergeltungssperren ist weder inhaltlich überzeugend noch ordnungspolitisch sinnvoll.** Inhaltlich ist anzumerken, dass die Sanktion untrennbarer Teil der Drohung ist. Aus vielen anderen Lebensbereichen ist bekannt, dass eine Drohung zur Willensbeugung nicht taugt, wenn sie niemals umgesetzt wird. In Vertriebssystemen kommt hinzu, dass die Vergeltung gegenüber einem Händler auch der Willensbeugung eines anderen Händlers dient. Für die Soziale Marktwirtschaft ist eine Zulassung der Vergeltungssperre problematisch. Es macht keinen Sinn, dass z. B. die Androhung einer Liefersperre bei Nichteinhaltung von Vorgaben für den Weiterverkaufspreis verboten ist, die Umsetzung der Liefersperre dagegen erlaubt. Muss der Händler nämlich eine (rechtmäßige) Vergeltungssperre fürchten, wird er regelmäßig davon Abstand nehmen, sich gegen kartellrechtswidrige Vertriebsbeschränkungen zu wehren. Denn was nutzt dem Händler die erfolgreiche Rüge kartellrechtswidriger Bedingungen, wenn er in der Folge keine Ware mehr erhält? Eindeutig verboten ist nach den derzeitigen Regeln allein, einen Händler mit einem Lieferstopp zu bestrafen, weil er sich beim Bundeskartellamt gegen ein bestimmtes Verhalten gewehrt hat.

## Ordnungspolitische Herausforderungen

### Gesetzliche Rahmenbedingungen

Auf europäischer und deutscher Ebene gibt es im Kartellrecht derzeit viel Entwicklung. Der EU-Gesetzgeber hat z. B. eine Richtlinie zu Schadensersatzklagen wegen Zuwiderhandlungen gegen das Kartellrecht verabschiedet. Diese Richtlinie muss bis zum 27. Dezember 2016 in nationales Recht umgesetzt sein. Ihre Umsetzung ist neben weiteren Regeln, z. B. zur Marktmacht von großen Internetunternehmen, Bestandteil der 9. Novelle des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Ein zentrales Ziel der Richtlinie ist die Erleichterung von Schadensersatzklagen bei Kartellrechtsverstößen. Inwieweit die neuen Regelungen eine bessere Geltendmachung von Ansprüchen wegen Kartellrechtsverstößen ermöglichen, bleibt abzuwarten. Auf ein zentrales Element der in den neuen Regelungen vorgesehenen Erleichterungen werden sich Händler wegen Vertriebsbeschränkungen jedoch regelmäßig nicht berufen können: **Die gesetzliche Vermutung, dass durch ein Kartell ein Schaden verursacht wurde, gilt grundsätzlich nicht für vertikale Vereinbarungen.**

Die Kartellrechtswidrigkeit von Vergeltungssperren wird in der 9. GWB-Novelle nicht geregelt. Eine Klarstellung wäre hier wünschenswert gewesen. Da die zivilgerichtliche Durchsetzung des Kartellrechts inzwischen fester Bestandteil der Ordnungspolitik ist (sogenannte Stärkung des „Private Enforcement“), ist nicht plausibel, dass eine Vergeltungssperre als Strafe für die Einschaltung der Kartellbehörden kartellrechtswidrig, die Vergeltungssperre als Strafe für eine Anrufung der Gerichte aber unter Umständen rechtmäßig ist.

Weitere gesetzgeberische Maßnahmen sind auf dem Weg. Die EU-Kommission plant, die für die kartellrechtliche Beurteilung unmittelbar bedeutsame Verordnung über die gruppenweise Freistellung vertikaler Vereinbarungen vom Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen („Vertikal-Verordnung“) zu überarbeiten. Dafür werden die Ergebnisse der bereits erwähnten Sektoruntersuchung zum E-Commerce genutzt, die auch in die Überarbeitung der sogenannten „Vertikal-Leitlinien“ einfließen sollen. Es ist zu erwarten, dass mit dieser für 2020 vorgesehenen Novelle der Vertikal-Verordnung und der Vertikal-Leitlinien viele auch in diesem Artikel aufgeworfene Fragen neu oder klarer geregelt werden – mit entsprechender Bedeutung auch für die Rechtspraxis in Deutschland.

### Durchsetzung des Verbots vertikaler Beschränkungen im Bereich des E-Commerce in der Praxis

In der Praxis ist die Durchsetzung des Verbots vertikaler Beschränkungen häufig schwierig. Das Hintergrundpapier des Bundeskartellamts „Vertikale Beschränkungen in der Internetökonomie“ von 2013, diverse Verfahren gegen Markenhersteller wegen vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen im E-Commerce und die Sektoruntersuchung der EU-Kommission zeigen zwar, dass den Kartellbehörden die Problemlage bewusst ist. Dennoch erscheint ein konsequenteres kartellbehördliches Vorgehen gegen vertikale Wettbewerbsbeschränkungen gerade im Bereich des E-Commerce zum Schutz der Wettbewerbsordnung und des digitalen Binnenmarktes sowie der Interessen der Verbraucher geboten.

Denn Kartellbehörden üben ihr Aufgreifermessen auch wegen mangelnder Ressourcen in vielen Fällen so aus, dass sie Beschwerden über vertikale Beschränkungen nicht verfolgen und Beschwerdeführer auf den Zivilgerichtsweg verweisen. Schon weil eine zivilgerichtliche Durchsetzung von Belieferungs- oder Schadensersatzansprüchen aufgrund der komplexen Materie meist sehr kostenintensiv ist, schrecken aber gerade kleinere Händler vor solchen zivilgerichtlichen Auseinandersetzungen mit ihren Lieferanten zurück. Erschwerend kommt hinzu, dass bei Untätigkeit der Kartellbehörden keine sogenannten „Follow-On-Klagen“, die wegen der gesetzlich verankerten Bindungswirkung auf Entscheidungen der Kartellbehörden aufbauen,

möglich sind. Bei Untätigkeit der Kartellbehörden bleibt also nicht nur deren Ermittlung aus, sondern es werden zugleich die Chancen einer zivilgerichtlichen Durchsetzung gemindert. Hinzu kommt die Furcht vieler Händler, nach dem Versuch einer zivilgerichtlichen Gegenwehr bei den Markenherstellern „verbrannt“ zu sein. Diese Situation führt dazu, dass die Durchsetzung kartellrechtswidriger Vertriebsbedingungen oftmals gelingt.

Dieser Befund ist mit der Sozialen Marktwirtschaft nicht vereinbar. **Die teilweise nur punktuelle Durchsetzung der Wettbewerbsordnung gerade im Hinblick auf vertikale Beschränkungen im Bereich des E-Commerce hat zur Folge, dass einige Hersteller nach einer Risikoanalyse zu dem Schluss kommen, dass der Einsatz ggf. kartellrechtswidriger Vertriebsbedingungen lohnenswert erscheint.** Das verzerrt auch den Wettbewerb zwischen den Herstellern: Der „dreistere“ Hersteller ist im Vorteil. Gleiches gilt auch für die „dreistere Drittplattform“. Viele im E-Commerce tätige Händler werden hierdurch behindert. Zudem wird ein Potential vertan, das der E-Commerce als Ergänzung für kleine stationäre Händler – etwa in Fußgängerzonen – bietet, da gerade kleine Händler von kartellrechtswidrigen Vertriebsbeschränkungen – wie einem Nutzungsverbot für Preisvergleichsportale – besonders betroffen sind. Ganz besonders betroffen sind die Verbraucher, die aufgrund von vertikalen Beschränkungen weniger Auswahl haben und einen höheren Preis zahlen müssen.

Es gibt also noch viel zu tun. Der E-Commerce ist als zentraler Baustein eines digitalisierten Binnenmarkts zu sehen. Verbraucher können die Vorteile des E-Commerce aber nur dann nutzen, wenn der ordnungspolitische Rahmen sicherstellt, dass übermäßige Beschränkungen des E-Commerce konsequent unterbunden werden.

## Die Autoren

*Rechtsanwalt Eckart Wagner, LL.M. (London), Wagner Legal Rechtsanwälte, Hamburg*

*Rechtsanwalt Wagner (\*1970) ist seit mehr als 15 Jahren im Kartellrecht und Europarecht tätig. Er war zunächst bei der internationalen Kanzlei Linklaters im dortigen Kartellrechtsteam tätig und leitete danach die Kartellrechtspraxis der Kanzleien Oppenhoff & Partner in Köln sowie Corinius in Hamburg, bevor er 2013 die auf Kartellrecht spezialisierte Kanzlei Wagner Legal gründete. Die Kanzlei vertritt multinationale Unternehmen sowie deren deutsche Töchter, den Mittelstand und Verbände vor Kartellbehörden, deutschen und europäischen Gerichten sowie in Verhandlungen. Rechtsanwalt Wagner berät Mandanten zu allen Fragen des Kartellrechts und wird als anerkannter Partner im Kartellrecht von Kollegen empfohlen. In den vergangenen Jahren hat er insbesondere die im Online-Handel erfolgreiche Reuter-Gruppe juristisch begleitet und für diese eines der ersten zusprechenden Urteile im Kartellschadensersatzrecht wegen vertikaler Vertriebsbeschränkungen erstritten.*

*Rechtsanwalt Dr. Hannes Hoffmeyer, Wagner Legal Rechtsanwälte, Hamburg und Lehrbeauftragter an der Universität Hamburg*

*Rechtsanwalt Dr. Hoffmeyer (\*1982) ist seit mehreren Jahren im Vertriebsrecht und Kartellrecht tätig. An der Universität Rostock promovierte er zum Thema der zivilrechtlichen Haftung von Zertifizierungsstellen. Seit 2009 unterrichtet er als Lehrbeauftragter an der Universität Hamburg verschiedene Bereiche des Zivilrechts und ist seit Anfang 2014 Rechtsanwalt bei Wagner Legal. In der anwaltlichen Praxis verbindet er insbesondere bei Fragestellungen der Schadensersatzhaftung und des Vertriebsrechts kartellrechtliche und zivilrechtliche Expertise. In den vergangenen Jahren hat Rechtsanwalt Dr. Hoffmeyer unter anderem für verschiedene Online-Händler durch außergerichtliche Einigungen mit Herstellern schnell und erfolgreich vertikale Vertriebsbeschränkungen beseitigt und Schadensersatzansprüche durchgesetzt.*

## Konrad-Adenauer-Stiftung e. V.



Der Text dieses Werkes ist lizenziert unter den Bedingungen von „Creative Commons Namensnennung-Weitergabe unter gleichen Bedingungen 3.0 Deutschland“, CC BY-SA 3.0 DE (abrufbar unter: <http://creativecommons.org/licenses/by-sa/3.0/de/>)

Bildvermerk Titelseite  
© vege/fotolia.com

*Ansprechpartner:*

**Dr. Pencho Kuzev**

*Koordinator für Digitalisierung und Datenpolitik*

*Hauptabteilung Politik und Beratung*

*Telefon: +49(0)30/26996-3247*

*E-Mail: [pencho.kuzev@kas.de](mailto:pencho.kuzev@kas.de)*

*Postanschrift: Konrad-Adenauer-Stiftung, 10907 Berlin*

*ISBN 978-3-95721-267-2*

**[www.kas.de](http://www.kas.de)**