

Hinweis: Der nachstehende Aufsatz wurde veröffentlicht in den Wirtschaftsrechtlichen Blättern 2016, wbl 2016, 477. 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 qualitativ selektiven Vertriebssystemen

von RA Dr. **Wendelin Moritz**, Wien

E-Bay, Amazon Marketplace und Co.: Insbesondere kleine Vertragshändler im qualitativen Selektivvertrieb sind auf bekannte Internetplattformen angewiesen, um potenzielle Kunden in den Weiten des Internet auch tatsächlich zu erreichen. Herstellern (bzw ihren Vertriebsgesellschaften) sind diese Drittplattformen hingegen häufig ein Dorn im Auge, wofür es unterschiedliche Gründe geben kann. Eine Rolle spielen in der Regel das Erscheinungsbild und die Reputation der Drittplattform, die Art der Präsentation der Produkte und der von Drittplattformen intensivierter Preiswettbewerb zwischen den Vertragshändlern („intra brand“). Dieser Beitrag geht der Frage nach, wann ein vertragliches Drittplattformverbot „hält“ und wann es gegen Kartellrecht verstößt. Unter welchen Voraussetzungen darf ein Hersteller die Nutzung von Drittplattformen verbieten?

Deskriptoren: Drittplattformverbot, Internetvertrieb, Qualitativer Selektivvertrieb, Kartellrecht, Wettbewerbsbeschränkung.

AEUV: Art 101 Abs 1; VO (EU) Nr 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Abs 3 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen.

- I. Problemstellung
- II. Selektive Vertriebssysteme
- III. Charakteristik und kartellrechtliche Einordnung der qualitativen Selektion
- IV. Drittplattformverbote im qualitativen Selektivvertrieb
 1. Beratungsbedarf (Kosten, Funktion, richtiger Gebrauch)
 - a) Online-Händler als Trittbrettfahrer – Bedrohung der Beratungsleistung an sich
 - b) Rechtfertigung von Drittplattformverboten mit der Trittbrettfahrerproblematik?
 - c) Ausnahmslose Mindestberatung jedes Endverbrauchers als Rechtfertigung eines Drittplattformverbots
 - d) Zwischenergebnis
 2. Reputation als Warenbestandteil – „Aura prestigeträchtiger Exklusivität“
 - a) Kein Schutz von Werbeanstrengungen
 - b) Reputation als Produktbestandteil
 - c) Abgrenzung: Reputation als Produktbestandteil vs. Reputation aufgrund hoher Qualität
 - d) Gefährdung der „Aura prestigeträchtiger Exklusivität“ durch Drittplattformen?
 - e) Anhängiges Vorabentscheidungsverfahren
 - f) Zwischenergebnis
 3. Signal für hohe Produktqualität
 - a) Marktversagen aufgrund von Informationsdefiziten
 - b) Signal für hohe Produktqualität
 - c) Wann ist ein Signal glaubwürdig?
 - d) Aufbau einer Reputation als Schutz vor Marktversagen
 - e) Kann die Verteidigung eines Signals für hohe Produktqualität ein Drittplattformverbot rechtfertigen?
 - f) Zwischenergebnis

- V. Fazit
- VI. Ausblick

I. Problemstellung

Bereits seit mehreren Jahren beschäftigt sich die wettbewerbsrechtliche Praxis mit den sogenannten Drittplattformverboten in Vertriebsverträgen: Der Hersteller (bzw Importeur) von Markenwaren verbietet dabei den im Rahmen eines selektiven Vertriebssystems ausgewählten autorisierten Vertragshändlern durch entsprechende Bestimmungen in den Händlerverträgen, die Markenware zusätzlich zum stationären Verkauf und zum eigenen Online-Shop auch über Internetplattformen Dritter (zB amazon.de, ebay, etc) zu verkaufen.

Wettbewerbsrechtlich in höchstem Maße brisant sind diese Verbote deshalb, weil der Verkauf von Markenartikeln über Drittplattformen die Preistransparenz signifikant erhöht und somit geeignet wäre, die mit einem selektiven Vertriebssystem in der Regel verbundene Einschränkung an *intra brand* Wettbewerb abzufedern. Insofern sind Drittplattformverbote, die diese Intensivierung des *intra brand* Wettbewerbs verhindern, wettbewerbsrechtlich jedenfalls problematisch. Dieser Beitrag bietet einen Überblick über die relevanten Erwägungen und nimmt Bezug auf die jüngste dazu ergangene Rechtsprechung.

II. Selektive Vertriebssysteme

Ein selektives Vertriebsnetz zeichnet sich dadurch aus, dass sich der Anbieter einer Ware den Abnehmern gegenüber dazu verpflichtet, die Waren nur an zugelassene Abnehmer zu veräußern, und sich die Abnehmer ihrerseits dazu verpflichten, die Waren nicht an gewerbliche Wiederverkäufer außerhalb des Vertriebsnetzes (netzfremde Händler) weiter zu veräußern, sondern nur an Endverbraucher oder andere zugelassene Abnehmer.¹ Es wird vom Anbieter also ein Netz an Vertragshändlern (zugelassenen Abnehmern) organisiert, die entweder nur gewisse Qualitätskriterien für die Aufnahme in das Händlernetz erfüllen müssen (qualitativ-selektiv) oder aber überhaupt nach Gutdünken des Herstellers (bzw Importeurs) ausgewählt werden (quantitativ-selektiv).² Zwischen dem qualitativ selektiven und dem quantitativ selektiven Vertrieb muss für die Frage nach der Zulässigkeit von Drittplattformverboten unterschieden werden. Dieser Beitrag beschäftigt sich ausschließlich mit Drittplattformverboten in *qualitativ* selektiven Vertriebsnetzen.

III. Charakteristik und kartellrechtliche Einordnung der qualitativen Selektion

Ein *qualitativ* selektives Vertriebssystem (auch „Fachhandelsbindung“ genannt) liegt immer dann vor, wenn in einem selektiven Vertriebssystem die Anzahl der zugelassenen Vertragshändler vom Anbieter weder unmittelbar noch mittelbar (etwa durch Mindestumsätze) zahlenmäßig beschränkt wird (keine quantitative Restriktion).

Nach herrschender Ansicht ist ein qualitativ selektives Vertriebssystem schon gar nicht wettbewerbsbeschränkend im Sinne des Art 101 Abs 1 AEUV (§ 1 KartG), sofern die folgenden drei Voraussetzungen erfüllt sind³:

- Die Beschaffenheit der vertriebenen Ware muss die selektive Vertriebsform erfordern und auch jedes einzelne der angewendeten qualitativen Selektionskriterien muss mit Rücksicht auf die Eigenschaften der vertriebenen Ware zur Wahrung ihrer Qualität und zur Gewährleistung ihres richtigen Gebrauchs erforderlich, also objektiv notwendig sein.
- Die Selektionskriterien müssen einheitlich und frei von Diskriminierung angewendet werden.
- Die Selektionskriterien dürfen nicht über das unbedingt notwendige Maß hinausgehen.

Wenn all diese Kriterien vorliegen, dann wird eine Einschränkung des Preiswettbewerbs zugunsten anderer Wettbewerbsfaktoren hingenommen, und zwar bereits bei der Prüfung der Frage, ob überhaupt eine Wettbewerbsbeschränkung, also ein Verstoß gegen das Kartellverbot gemäß Art 101 Abs 1

¹ Legaldefinition in Art 1 Abs 1 lit e der Vertikal-GVO 2010.

² Weiterführend zum Selektivvertrieb: Nolte in *Langen/Bunte*, Kartellrecht II¹², Nach Art 101 AEUV Rz 515 ff.

³ EuGH 13.10.2011, Rs C-439/09, Rn 41 „*Pierre Fabre*“; EuGH 25.10.1977, C-26/76 „*Metro/SABA I*“; EuGH 11.12.1980, Rs C-31/80 „*L Oréal*“; BGH 12.5.1998, KZR 23/96 – *Depotkosmetik*; Leitlinien der Europäischen Kommission für vertikale Beschränkungen 2010/C 130/01 („Vertikal-LL“), Nr. 175.

AEUV vorliegt.⁴ Eine Freistellung durch eine Gruppenfreistellungsverordnung oder aufgrund des Vorliegens der Voraussetzungen des Art 101 Abs 3 AEUV ist dann nicht mehr notwendig. Entscheidend ist dabei insbesondere, dass die beteiligten Unternehmen *ein auf die Eigenart des Produkts oder die spezifischen Bedürfnisse seiner Vermarktung gestütztes Interesse* glaubhaft machen können und ihre Selektionskriterien unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit an diesen Gesichtspunkten ausrichten, dies stets diskriminierungsfrei und nur im erforderlichen Ausmaß.⁵

Bejaht wird ein solches Interesse regelmäßig vor allem bei dauerhaften und hochwertigen Gebrauchsgütern (klassisches Beispiel ist die Reparatur von Kraftfahrzeugen oder der Vertrieb von Ersatzteilen für langlebige Gebrauchsgüter) und bei Waren mit einer „Aura prestigeträchtiger Exklusivität“⁶, wobei der EuGH im Falle von Luxusgütern zunehmend Skepsis zeigt und etwa ausgesprochen hat, das Ziel, den Prestigecharakter zu schützen, könne kein legitimes Ziel zur Beschränkung des Wettbewerbs sein und könne es daher nicht rechtfertigen, dass eine Vertragsklausel, mit der ein solches Ziel verfolgt wird, nicht unter Art 101 Abs 1 AEUV falle.⁷

IV. Drittplattformverbote im qualitativen Selektivvertrieb

Ausgehend davon steht fest, welche Frage im Zuge der wettbewerbsrechtlichen Prüfung eines Drittplattformverbots im qualitativ selektiven Vertriebssystem – die diskriminierungsfreie Anwendung stets vorausgesetzt – untersucht werden muss: Handelt es sich beim vertraglichen Verbot, die Vertragsware über Internetplattformen Dritter zu veräußern, um ein objektives und notwendiges Kriterium?

Je nach Beschaffenheit der in Rede stehenden Ware liegen aus Sicht eines Herstellers (Anbieters) unterschiedliche Rechtfertigungen und Begründungen nahe, weshalb diese Frage zu bejahen und das vertragliche Drittplattformverbot daher als zulässig anzusehen ist:

1. Beratungsbedarf (Kosten, Funktion, richtiger Gebrauch)

Ins Treffen geführt wird zunächst, dass ein Drittplattformverbot notwendig sei, um ein wünschenswertes Mindestniveau an Beratung zu erreichen. Die Beratung kann sich auf die in Zukunft zu erwartenden Kosten (bei langlebigen, wartungsintensiven Produkten), auf die Funktionalität oder den Gebrauch der Ware beziehen.

a) *Online-Händler als Trittbrettfahrer – Bedrohung der Beratungsleistung an sich*

Bei der Beratung besteht bekanntlich eine Trittbrettfahrerproblematik. Diese bedroht die Beratungsleistung an sich und ermöglicht dadurch suboptimale Allokationsergebnisse (Marktversagen). Das Aufkommen des Internetvertriebs hat die Trittbrettfahrerproblematik erheblich verschärft: Kunden lassen sich zunächst im Geschäft beraten, kaufen die Ware im Anschluss daran aber im Internet zu einem günstigeren Preis von einem Online-Händler, der sich an den Kosten der Beratung nicht beteiligen musste, von ihr aber profitiert (sog. „externer Effekt“).⁸ Die Beratungsleistung als Kostenfaktor, der nicht ausreichend Umsatz bringt, wird dadurch in Frage gestellt. Insofern ist es konsequent, dass die Bekämpfung des Trittbrettfahrerphänomens im Zusammenhang mit der erforderlichen Verkaufsberatung zu einem hochwertigen Gebrauchsgut regelmäßig als einer der Hauptgründe für die Zulässigkeit qualitativer Selektivvertriebsbindungen genannt wird.⁹

b) *Rechtfertigung von Drittplattformverboten mit der Trittbrettfahrerproblematik?*

⁴ Hengst in *Langen/Bunte*, Kartellrecht II¹², Art 101 AEUV Rz 210.

⁵ EuGH 11.12.1980, Rs C-31/80 „*L Oréal*“; Hengst in *Langen/Bunte*, Kartellrecht II¹², Art 101 AEUV Rz 212.

⁶ EuG 12.12.1996, T-88/92 „*GEI-Leclerc*“.

⁷ EuGH 13.10.2011, Rs C-439/09 „*Pierre Fabre*“, Rn 46. Freilich ist gerade in solchen Fällen eine Freistellung nach Art 101 Abs 3 AEUV (sollte die Vertikal-GVO nicht anwendbar sein) nicht unwahrscheinlich.

⁸ Vgl dazu auch *Nolte* in *Langen/Bunte*, Kartellrecht II¹², Nach Art 101 AEUV Rz 763 f.

⁹ Vertikal-LL, Nr. 107.

Zu prüfen ist in weiterer Folge freilich, inwieweit dieses Trittbrettfahrerproblem allein dazu taugt, ein Drittplattformverbot zu rechtfertigen: Zumindest nach Ansicht der Kommission¹⁰ scheitert dies in der Regel daran, dass ein Drittplattformverbot nicht unerlässlich sei: Es reiche aus, wenn der Anbieter den zugelassenen Händlern vertraglich vorschreibe, *auch* ein stationäres Geschäft (mit einem gewissen Mindestniveau an Beratung) zu führen (sog. „Standortklausel“).¹¹ Dem wird in der Literatur mit guten Gründen entgegengehalten, dass eine „Standortklausel“ dem Trittbrettfahren der sogenannten „Hybrid-Händler“ nichts entgegenzusetzen kann, die in günstiger Lage (mit niedrigem Mietzinsniveau) ein kleines Geschäft mit geringer Lagerfläche und kaum Personal eröffnen, und zwar nur zu dem Zweck, Zugang zum Vertriebsnetz zu erlangen und im Anschluss daran einen Großteil der Verkäufe über den eigenen Online-Shop, insbesondere aber über Drittplattformen abzuwickeln.¹² Die von der Kommission zugelassene und als Lösung gegen das Trittbrettfahrerproblem präsentierte „Standortklausel“ ist also tatsächlich nur begrenzt geeignet, Trittbrettfahrerphänomene zu verhindern.

In höchstem Maße unterbunden würde das Phänomen wohl dann, wenn ein Mindestpreis festgesetzt¹³ oder der Internetvertrieb an sich untersagt würde¹⁴. Dadurch würde aber der Preiswettbewerb völlig ausgeschaltet bzw. würden sämtliche Vorteile des Internetvertriebs¹⁵ zunichte gemacht. Aus diesen Gründen hat der EuGH bereits (wenig überraschend) ausgesprochen, dass ein Totalverbot des Internetvertriebs – von Ausnahmefällen (Gefahrstoffe, Giftstoffe) abgesehen – in aller Regel unverhältnismäßig und nicht notwendig ist.¹⁶

Relevant ist – abgesehen von der strittigen, von der Kommission verneinten Unerlässlichkeit des Drittplattformverbots – insbesondere, inwieweit ein Drittplattformverbot *geeignet* wäre, Trittbrettfahrerphänomene auch tatsächlich zu unterbinden. Schließlich könnte argumentiert werden, dass ein Trittbrettfahrer ja nicht unbedingt eine Drittplattform benötigt, um „Trittbrett zu fahren“, der Vertriebskanal Internet selbst genüge ihm bereits. Dieses Argument greift jedoch zu kurz: Die Nutzung der bekannten Drittplattformen und Internet-Marktplätze erleichtert jedem Trittbrettfahrer sein Geschäft und die Ausnützung der Investitionen der Konkurrenz ganz erheblich. Gerade aus Sicht eines Hybrid-Händlers mit gerade zu Beginn in der Regel nur geringem Bekanntheitsgrad sind die beim Zielpublikum bekannten Drittplattformen der schnellste und effektivste Weg, die Reichweite zu steigern und somit *äußerst profitabel* „Trittbrett zu fahren“. Deshalb kann ein Drittplattformverbot geeignet sein, die zu erwartenden Profite des Trittbrettfahrens zu reduzieren oder zu begrenzen und dadurch die Attraktivität des Trittbrettfahrens zu senken.

Trotz dieser Argumente ist im Zuge einer umsichtigen Kartellrechtspraxis freilich der Standpunkt der Kommission zu berücksichtigen, wonach die „Standortklausel“ bereits ausreiche, um Trittbrettfahrerphänomene vorzubeugen, und ein Drittplattformverbot somit nicht mehr unerlässlich sein könne.

¹⁰ Vertikal-LL, Rn 125, Satz 4; so auch *Lohse*, Drittplattformverbote: Kernbeschränkungen des Internetvertriebs? WuW 2014, 120, 123 f.

¹¹ Diese sog. „Standortklausel“ ist unbestritten zulässig: Vertikal-LL Rn 52 und 54. Strittig ist hingegen weiterhin, ob diese sog. „Standortklauseln“ ein zulässiges Selektionskriterium sind oder erst durch die Vertikal-GVO freigestellt werden bzw. bei zu hohem Marktanteil einer Freistellungsprüfung gemäß Art 101 Abs 3 AEUV zu unterziehen sind: *Nolte in Langen/Bunte*, Kartellrecht II¹², Nach Art 101 AEUV Rn 771.

¹² Treffend *Nolte in Langen/Bunte*, Kartellrecht II¹², Nach Art 101 AEUV Rn 815.

¹³ Laut Kommission aber auch in solchen Fällen nicht unerlässlich und daher nicht zulässig, vgl. zur Kritik *Nolte in Langen/Bunte*, Kartellrecht II¹², Nach Art 101 AEUV Rn 816.

¹⁴ (Nur) insoweit nicht nachvollziehbar ist *Franck*, Zum Schutz des Produktimages im selektiven Vertrieb, WuW 2010, 773, 776, wenn er meint, der Internetvertrieb müsse den Vertragshändlern als Gelegenheit gestattet werden, um die vom Trittbrettfahrerproblem bewirkten Verluste zu minimieren: Der Kunde solle zumindest die Möglichkeit haben, im Online-Shop jenes Händlers einzukaufen, der ihn beraten hat. *Franck* übersieht dabei, dass ein Generalverbot des Internetvertriebs die Trittbrettfahrerproblematik erst gar nicht entstehen ließe, freilich nicht ohne sämtliche Vorteile des Internetvertriebs gleich mit zu erledigen, was die Kartellbehörden und Kartellgerichte verständlicherweise nicht hinzunehmen bereit sind.

¹⁵ Insbesondere mehr Preiswettbewerb und eine breitere Produktauswahl, vgl. *Roberston*, Online Sales Under the European Commission's Block Exemption Regulation on Vertical Agreements, European Competition Law Forum 2012, 132.

¹⁶ EuGH 13.10.2011, Rs C-439/09 „*Pierre Fabre*“, Rn 45 f.

c) *Ausnahmslose Mindestberatung jedes Endverbrauchers als Rechtfertigung eines Drittplattformverbots*

Abgesehen von der Trittbrettfahrerproblematik wird bei vielen hochwertigen und langlebigen Produkten auch ein Interesse des Anbieters und des Endverbrauchers bestehen, dass Letzterer vor dem Erwerb dieser Waren beraten wird, und zwar vor *jedem* Erwerb.¹⁷ Dabei geht es also nicht darum, dass eine Bedrohung für die Beratungsleistung an sich abgewendet wird (wie bei der Trittbrettfahrerproblematik), sondern darum, dass jeder einzelne Endverbraucher ein Mindestmaß an Beratung erhält. Zwar kann kein Endverbraucher gezwungen werden, Beratung auch tatsächlich in Anspruch zu nehmen, allerdings bieten gerade die Websites der Vertragshändler (samt Online-Shop) in der Regel ein gewisses Mindestmaß an Beratung, was im Vertriebsvertrag auch vorgeschrieben werden kann. Zudem kann der Vertriebsvertrag die Vertragshändler dazu verpflichten, im händlereigenen Online-Shop vor jedem Online-Kauf eine Beratung im Geschäft zu empfehlen. Auf Drittplattformen können in den meisten Fällen weder ein Mindestmaß an Beratung noch eine solche Empfehlung garantiert werden. Hier ist schon zweifelhaft, ob die Website des verkaufenden Händlers überhaupt noch angeklickt wird.¹⁸

d) *Zwischenergebnis*

Im Ergebnis kann es bei bestimmten Produkten aufgrund ihrer Beschaffenheit (insbesondere Gefährlichkeit) gerechtfertigt sein, zur Sicherstellung eines Mindestmaßes an Beratung Drittplattformen zu verbieten, soweit diese jene Mindestanforderungen, die der Hersteller in gerechtfertigter Weise an die händlereigenen Online-Shops stellt, nicht garantieren können.

Zudem ist auch die Vermeidung von Trittbrettfahrerphänomenen als Rechtfertigungsgrund in Erwägung zu ziehen. Zumindest die Kommission nimmt dabei einen gegenläufigen Standpunkt ein, weil sie davon ausgeht, dass ein Drittplattformverbot dafür nicht unerlässlich sei.

2. Reputation als Warenbestandteil – über die „Aura prestigeträchtiger Exklusivität“

Hersteller von Markenartikeln unternehmen häufig große Anstrengungen, Reputation aufzubauen und die eigene Ware von der Ware der Konkurrenz abzuheben. Aus Sicht der Hersteller (Anbieter) ist daher das Bestreben nachvollziehbar, einen angemessenen Auftritt sicherzustellen, der durch den Verkauf der Ware über Drittplattformen beeinträchtigt wird.

a) *Kein Schutz von Werbeanstrengungen*

Dieses verständliche Bestreben der Hersteller kann für sich betrachtet aber kein Drittplattformverbot rechtfertigen, schließlich begründet ein subjektives Interesse des Anbieters an den Früchten seiner Marketingaktivitäten noch kein zulässiges Selektionskriterium. *Franck* hat zutreffend betont, dass es argumentativ zu kurz greift, „ein (marken-)rechtlich oder wirtschaftlich fundiertes Interesse des Herstellers am Schutz des Images seiner Produkte festzustellen und hieran anknüpfend einen Vorrang dieser Interessen gegenüber denen des Händlers an wettbewerblicher Handlungsfreiheit zu postulieren.“¹⁹ Auch das EuG hat festgehalten, dass erhebliche Werbeanstrengungen eines Herstellers für sich allein keinen objektiven Rechtfertigungsgrund bilden können, der ein Vertriebssystem der Anwendung des Art 101 Abs 1 AEUV entziehen könne.²⁰

b) *Reputation als Produktbestandteil*

Über dieses Interesse des Herstellers hinaus befriedigt die Reputation einer Ware allerdings in manchen Fällen psychologische Bedürfnisse der Endverbraucher und wird dadurch zum Produktbestandteil. Dabei erreicht das Aufladen der Ware mit einer bestimmten Eigenschaft (zB Exklusivität, Luxus) ein Maß, das über die rein funktionale Bedeutung des Produktes hinausgeht. Der

¹⁷ Vgl dazu erst jüngst OLG Frankfurt a.M. 22.12.2015, 11 U 84/14 „Deuter“, Rn 54.

¹⁸ So treffend OLG Frankfurt a.M. 22.12.2015, 11 U 84/14 „Deuter“, Rn 55.

¹⁹ *Franck*, WuW 2010, 772, 777.

²⁰ EuG 12.12.1996, Rs. T-88/92, „Leclerc/Kommission“, Rn 117 f.

Endverbraucher verschafft sich Identität und kommuniziert, indem er ein bestimmtes Produkt erwirbt.²¹

c) Abgrenzung: Reputation als Produktbestandteil vs. Reputation aufgrund hoher Qualität

Die Abgrenzung zwischen Waren, deren Reputation bereits zum Warenbestandteil geworden ist, und Waren, bei denen dies noch nicht angenommen werden kann, ist freilich schwierig und häufig lassen sich wohl Argumente für beide Betrachtungsweisen finden. Entscheidend muss stets eine individuelle Prüfung im Einzelfall sein. Das Ausmaß der Marketingaktivitäten des Herstellers, der hohe Preis der Ware, der sich nicht mit anderen Faktoren (etwa mit hoher Verarbeitungsqualität, höheren Kosten wegen umweltfreundlicher Produktion, etc) erklären lässt, sowie die Möglichkeit, das Produkt nach dem Erwerb der Öffentlichkeit zu präsentieren, können nützliche Anhaltspunkte liefern.²² In Fällen, in denen ein geringerer Preis zu einer geringeren Nachfrage nach dem Produkt führt, ist wohl jedenfalls von einem psychologischen Zusatznutzen auszugehen.²³ Eine hohe Qualität allein reicht hingegen nicht aus, eine Produktbestandteil gewordene Reputation anzunehmen, denn häufig wird eine außerordentlich hohe Qualität schon für sich genommen geeignet sein, den hohen Preis einer Ware zu erklären, sodass für die Annahme eines psychologischen, identitätsstiftenden Zusatznutzens, der aus wettbewerbsrechtlicher Sicht Schutz verdient, kein Raum mehr bleibt. Entscheidend wird dabei auch die Kommunikation durch den Hersteller sein: Wenn der hohe Preis den Endverbrauchern gegenüber durch deutlich höhere Verarbeitungsqualität oder eine besondere Güte der Rohstoffe begründet wird (wie bei einem Großteil der Markenartikel, etwa bei Schultaschen²⁴ oder Funktionsrucksäcken²⁵), dann ist es mE unwahrscheinlich, dass die Reputation noch als Warenbestandteil geltend gemacht werden kann. Schließlich geht es bei der Aura einer prestigeträchtigen Exklusivität nicht um eine Form von Reputation, die sich aus der Qualität der Produkte ergibt (dazu sogleich), sondern um jene Art der Reputation und Exklusivität, die ausschließlich psychologischen Zusatznutzen bringt und durch den Auftritt auf Drittplattformen womöglich gefährdet werden könnte. Eine strenge Betrachtung ist daher geboten, weil diese beiden Aspekte nur schwer zu trennen sind.²⁶ Zu denken ist vor allem an klassische Produkte der Luxusindustrie, von denen dem Durchschnittsverbraucher geläufig ist, dass der Preis nicht mehr durch die hohe Verarbeitungsqualität erklärt werden kann (hochpreisige Uhren, Schmuck, Luxusmode, hochpreisige Kosmetika, etc).

d) Gefährdung der „Aura prestigeträchtiger Exklusivität“ durch Drittplattformen?

Wenn nun eine bestimmte Ware als Ware identifiziert wurde, deren Reputation als Produktbestandteil anzusehen ist, dann muss im nächsten Schritt untersucht werden, ob dieser Produktbestandteil durch den Vertrieb der Ware über Drittplattformen gefährdet wird. Dabei werden schon der optische Auftritt von Drittplattformen und deren Reputation eine Gefährdung des Produktbestandteils „Reputation“ nahe legen. Der Vertrieb von solchen Produkten über Drittplattformen im Internet ist mit der hohen Reputation kaum in Einklang zu bringen. Allerdings gilt dies für sämtliche Präsentationsformen, die hinter der Reputation der Ware zurückbleiben. Somit wird in solchen (zweifellos nur bei wenigen Produkten überhaupt in Frage kommenden) Fällen ein Drittplattformverbot zwar zulässig sein, allerdings nur als „Teil eines Gesamtpakets“²⁷ an Verpflichtungen der Abnehmer, die einen angemessenen Auftritt und eine angemessene Produktpräsentation sicherzustellen vermögen.

e) Anhängiges Vorabentscheidungsverfahren

²¹ Franck, WuW 2010, 772, 778 mit lesenswerten Nachweisen aus der ökonomischen Fachliteratur.

²² Franck, WuW 2010, 772, 779.

²³ Sog Veblen-Effekt oder Prestigeeffekt: <https://de.wikipedia.org/wiki/Veblen-Effekt>.

²⁴ KG 19.9.2013, 2 U 8/09 Kart, BB 2013, 2768; OLG Karlsruhe 25.11.2009, 6 U 47/08 Kart, WuW 2010, 205.

²⁵ OLG Frankfurt a.M. 22.12.2015, 11 U 84/14 „Deuter“.

²⁶ Zu diesem Ergebnis gelangt auch Franck, WuW 2010, 772, 780.

²⁷ So im Ergebnis auch Lohse, WuW 2014, 120, 124.

Im Hinblick auf die zum Teil strittige Auslegung der Entscheidung des EuGH in der Rs „*Pierre Fabre*“²⁸ hat das OLG Frankfurt a.M.²⁹ („*Coty*“) unlängst die folgenden Fragen dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt:

- 1) Können selektive Vertriebssysteme, die auf den Vertrieb von Luxus- und Prestigewaren gerichtet sind und primär der Sicherstellung eines „Luxusimages“ der Waren dienen, einen mit Art. 101 Abs. 1 AEUV vereinbaren Bestandteil des Wettbewerbs darstellen?

Falls die Frage zu 1) bejaht wird:

- 2) Kann es einen mit Art. 101 Abs. 1 AEUV vereinbaren Bestandteil des Wettbewerbs darstellen, wenn den auf der Einzelhandelsstufe tätigen Mitgliedern eines selektiven Vertriebssystems pauschal verboten wird, bei Internetverkäufen nach außen erkennbar Drittunternehmen einzuschalten, ohne dass es darauf ankommt, ob im konkreten Fall die legitimen Qualitätsanforderungen des Herstellers verfehlt werden?
- 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) 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?

Die Fragen zu 3) und 4) betreffen nicht den Gegenstand dieses Beitrages, sondern ein quantitativ selektives Vertriebssystem und stellen sich nur dann, wenn entweder die Frage zu 1) oder die Frage zu 2) verneint wird. Die Fragen zu 1) und 2) sprechen hingegen die unter Punkt c) und d) oben erörterte Problematik an.

f) *Zwischenergebnis*

Im Ergebnis spricht mE viel dafür, ein Drittplattformverbot mit einer Reputation der Ware, die Produktbestandteil wurde, als rechtfertigbar anzusehen, allerdings ist bei der Frage, ob die Reputation einer Ware Produktbestandteil wurde, Zurückhaltung angebracht. Für die Zukunft ist eine klärende Entscheidung des EuGH in der Rs „*Coty*“ zu erwarten.

3. Signal für hohe Produktqualität

Schließlich kann ein Verbot von Drittplattformen notwendig sein, um den Endverbrauchern glaubwürdig eine hohe Produktqualität zu signalisieren.

a) *Marktversagen aufgrund von Informationsdefiziten*

*Franck*³⁰ hat die zugrunde liegenden ökonomischen Erwägungen anschaulich dargestellt: Insbesondere bei Erfahrungsgütern – die Qualität der Ware zeigt sich erst im Zuge des Gebrauchs – und Vertrauensgütern – die Qualität bleibt überhaupt verborgen – haben Endverbraucher wenig Möglichkeiten, ihre Kaufentscheidung nach der Produktqualität auszurichten. In solchen Fällen ist es rational, das billigste Produkt zu kaufen. Dieses Ergebnis ist in wettbewerbspolitischer Sicht aber unerwünscht und auch in ökonomisch-allokativer Hinsicht suboptimal, weil am Ende nur mehr minderwertige Ware übrig bleibt. Es liegt ein Marktversagen vor.

b) *Signal für hohe Produktqualität*

Die Hersteller hoch qualitativer Waren sind daran interessiert, auf die Qualitätsunterschiede zwischen ihren Produkten und den billigeren Konkurrenzprodukten hinzuweisen, also entsprechende Signale zu senden. Aus Sicht der Endverbraucher ist dies erwünscht, um das oben beschriebene Marktversagen zu verhindern. Über die Glaubwürdigkeit eines Signals können aber freilich nur die

²⁸ EuGH 13.10.2011, Rs C-439/09 „*Pierre Fabre*“.

²⁹ OLG Frankfurt a.M., Vorlagebeschluss vom 19.4.2016, 11 U 96/14 (Kart) – „*Coty*“.

³⁰ *Franck*, WuW 2010, 772, 781.

Endverbraucher selbst befinden. Schließlich können auch die Hersteller der billigeren Produkte minderer Qualität behaupten, hohe Qualität abzuliefern. Je eher es die Hersteller von Produkten hoher Qualität schaffen, diese hohe Qualität zu signalisieren, und je eher die Hersteller minderwertiger Ware dies nicht schaffen, desto eher kann das beschriebene Marktversagen hintangehalten werden.

c) *Wann ist ein Signal glaubwürdig?*

Wesentlich ist bei der Beurteilung der Glaubwürdigkeit eines Signals, dass der Aufbau einer Reputation als Hersteller qualitativ hochwertiger Ware erhebliche Investitionen erfordert. Die damit verbundenen Kosten sind versunkene Kosten. Ob sie sich schlussendlich rechnen, hängt vor allem davon ab, ob die Ware das hält, was sie verspricht: Sollte sich die Qualität im Nachhinein als minderwertig herausstellen (zB im Zuge des Gebrauchs oder aufgrund schlechter Testergebnisse in objektiven Qualitätstests), so wäre die Investition in den Reputationsaufbau wirkungslos verpufft, denn Menschen ziehen aus ihren Erfahrungen Schlüsse für die Zukunft. Dies macht die Investition selbst zu einem glaubwürdigen Signal hoher Produktqualität.³¹ Die Hersteller von minderwertiger Ware werden diese Investition scheuen, weil sie bereits wissen, die Qualitätsversprechen nicht einlösen zu können, sodass die Investition eine Ressourcenvergeudung bedeuten würde. Nur die Hersteller qualitativ hochwertiger Ware werden bereit sein, in den Aufbau einer entsprechenden Reputation zu investieren und das Risiko auf sich zu nehmen, dass sich die damit verbundenen versunkenen Kosten als Fehlinvestition erweisen. Diese Überlegungen scheinen einigermaßen komplex, sodass bezweifelt werden könnte, ob sie auch der Durchschnittsverbraucher anstellen wird. Allerdings ist dem Durchschnittsverbraucher auch ohne die beschriebenen mikroökonomischen Überlegungen auf intuitiver Ebene sehr wohl geläufig, dass Hersteller von qualitativ hochwertigen Produkten, die diese mit erheblichem Aufwand als solche bewerben, ein grundlegendes Interesse daran haben, dass ihre Produkte die Werbeversprechen einhalten.

d) *Aufbau einer Reputation als Schutz vor Marktversagen*

Vor diesem Hintergrund ist der Aufbau einer Reputation bei qualitativ hochwertigen Produkten also ein Schutz gegen Marktversagen und insofern wettbewerbsrechtlich schutzwürdig. Maßnahmen eines Herstellers, die *notwendig* und *geeignet* sind, eine hohe Produktqualität zu signalisieren und dieses Signal zu schützen, sind daher nicht als wettbewerbsbeschränkend im Sinne des Art 101 Abs 1 AEUV zu qualifizieren.

e) *Kann die Verteidigung eines Signals für hohe Produktqualität ein Drittplattformverbot rechtfertigen?*

Bei Drittplattformverboten, die mit der hohen Produktqualität und der erforderlichen Signalisation – wie soeben beschrieben – gerechtfertigt werden, ist nun dennoch Vorsicht geboten: Ob die mühevoll aufgebaute Reputation durch den Vertrieb der Ware über eine Drittplattform Schaden nehmen könnte, hängt vor allem davon ab, wie die Drittplattform von den angesprochenen Verkehrskreisen wahrgenommen wird, welche Reputation also die Drittplattform selbst genießt. Pauschalverbote werden nur dann zulässig sein, wenn ausnahmslos alle Drittplattformen die Reputation der Ware beeinträchtigen könnten und es auch gar nicht denkbar ist, dass eine womöglich erst zu gründende Drittplattform die Reputation der Ware nicht beeinträchtigt. Dies sollte gut begründbar sein. Im Zweifel sollten die verbotenen Drittplattformen daher ausdrücklich angeführt werden (außer die Gefährdung der Reputation folgt bereits aus dem Wesen einer Drittplattform an sich):

- Zu E-Bay wird etwa vertreten, dass dieser Plattform ein Flohmarkt-Image anhaftet, weil die Produkte unterschiedslos neben zahllosen Gebrauchtwaren und neuen Waren minderer Qualität angeboten werden.³² Dass E-Bay darauf mit der Einrichtung sog „Brand-Shops“ reagiert hat, kann dieses Image nicht automatisch aufbessern. Der Durchschnittsverbraucher wird E-Bay auch nach wie vor mit Betrugsfällen und Plagiaten in Verbindung bringen³³, mag dies gerechtfertigt sein oder nicht.

³¹ So auch KG 19.9.2013, 2 U 8/09 Kart.

³² OLG Karlsruhe 25.11.2009, 6 U 47/08 Kart „Schulranzen“.

³³ So schon OLG Karlsruhe 25.11.2009, 6 U 47/08 Kart „Schulranzen“.

- Auch über den Amazon Marketplace werden gebrauchte Produkte veräußert. Amazon hat sich zwar einen hohen Ruf an Zuverlässigkeit erworben, allerdings werden auch dort zahlreiche Produkte minderer Qualität angeboten. Die Gestaltung des Amazon-Shops lege außerdem den Eindruck nahe, der Kunde kaufe von Amazon, was jüngst das OLG Frankfurt a.M. betont und als gewichtiges Argument für die Zulässigkeit eines Verbots des Amazon Marketplace ins Treffen geführt hat: Andernfalls würde dem Hersteller ein netzfremder Händler „untergeschoben“³⁴.
- Hingegen hat es das OLG Frankfurt a.M. als nicht zulässig angesehen, den Vertragshändlern zu verbieten, bei Preisvergleichsmaschinen gelistet zu sein:³⁵ Eine Produktreputation werde dadurch nicht beeinträchtigt, weil dem Durchschnittsverbraucher klar sei, dass er über diese Suchmaschinen kein Produkt erwerben kann. Der bei den Suchergebnissen angeführte Link führe in den meisten Fällen direkt auf die Website (samt Online-Shop) des jeweiligen Vertragshändlers. Häufig wolle der Nutzer über solche Suchmaschinen auch lediglich vergleichen, wo ein konkretes Produkt am günstigsten erworben werden kann. Richtig ist an diesen Erwägungen zweifellos, dass zwischen Drittplattformen wie Amazon und Preisvergleichsmaschinen insofern ein Unterschied besteht, als Letztere nicht als Vermittler auftreten, sodass der Nutzer in der Regel auf den Online-Shop der verschiedenen Anbieter verwiesen wird. Der Befund des OLG Frankfurt a.M. ist dennoch zweifelhaft, weil gewissen Preisvergleichsmaschinen (wie etwa geizhals.at) ebenfalls ein Ruf anhaftet, der mit einer hohen Produktreputation nur schwer in Einklang zu bringen ist. Auch hier muss daher im Einzelfall die Reputation der Preisvergleichsseite und die Vereinbarkeit mit der Reputation der Ware geprüft werden.

f) Zwischenergebnis

Im Ergebnis können Drittplattformen geeignet sein, das vom Hersteller aufgebaute Signal für die hohe Qualität eines Produkts zu beeinträchtigen. Dies wird im Einzelfall von der Ware und von der konkreten Drittplattform abhängen. Es ist dem Hersteller zuzugestehen, dagegen vorzugehen, um dieses Signal hoher Produktqualität zu schützen, und zwar nicht aufgrund des subjektiven Interesses des Herstellers, sondern weil gerade die Endverbraucher ein Interesse daran haben, qualitativ hochwertige Ware zu erkennen und der Aufbau und die Bewahrung einer entsprechenden Reputation (eines Signals) dafür notwendig sein kann. Insofern kann ein Drittplattformverbot Marktversagen verhindern. Zu beachten ist aber, dass ein generelles Drittplattformverbot nur dann zulässig, weil unerlässlich sein kann, wenn ausnahmslos alle Drittplattformen geeignet sind, das Signal für hohe Produktqualität zu verwässern. Im Zweifelsfall sollten die rufschädlichen Drittplattformen daher einzeln genannt und untersagt werden. Die überwiegende Mehrheit der Hersteller wird mit dieser Möglichkeit zufrieden sein.

V. Fazit

Im qualitativ selektiven Vertrieb können Drittplattformverbote zulässige Selektionskriterien sein, wobei dem Verbot einzelner Drittplattformen gegenüber einem pauschalen Drittplattformverbot jedenfalls der Vorzug zu geben ist.

- Objektiv notwendig kann ein Drittplattformverbot sein, um die Signalisation einer hohen Produktqualität sicherzustellen (Punkt 3.), wobei sorgfältig darzulegen sein wird, dass eine hohe Produktqualität tatsächlich vorliegt (nur dann ist das entsprechende Signal wettbewerbspolitisch erwünscht), dass der Hersteller diese hohe Produktqualität durch den Aufbau einer entsprechenden Reputation auch tatsächlich signalisiert und dass schließlich die konkret untersagte Drittplattform diesen Anstrengungen die beabsichtigte Wirkung zu rauben geeignet ist.
- Objektiv notwendig kann ein Drittplattformverbot mE außerdem sein, um eine „Aura prestigeträchtiger Exklusivität“ zu schützen, die so weit reicht, dass sie Produktbestandteil geworden ist (Punkt 2.). In diesem Fall schützt das Drittplattformverbot die Interessen der Endverbraucher, die das Produkt genau dieser Aura wegen erwerben. Eine solche Aura muss aber über die aus hoher Produktqualität resultierende Exklusivität weit hinausgehen, es muss sich um

³⁴ OLG Frankfurt a.M. 22.12.2015, 11 U 84/14 „Deuter“, Rn 38 f. Gegenteilig OLG Schleswig 5.6.2015, 16 U 154/13.

³⁵ OLG Frankfurt a.M. 22.12.2015, 11 U 84/14 „Deuter“, Rn 69.

einen „eigenen“, vom physischen Produkt selbst (insbesondere seiner Verarbeitungsqualität oder Rohstoffqualität) losgelösten Produktbestandteil handeln. Das Vorliegen dieser Voraussetzung sollte im Hinblick auf die möglichen Konsequenzen (Geldbußen) streng geprüft werden. Ein Vorabentscheidungsverfahren beim EuGH ist anhängig, die bisherige Rechtsprechung uneinheitlich.

- Objektiv notwendig kann ein Drittplattformverbot schließlich sein, um ausnahmslos jedem Endverbraucher ein gewisses Mindestmaß an Beratung zu ermöglichen (Punkt 1.). Dies setzt aber voraus, dass einerseits den Vertragshändlern vorgeschrieben wird, in den händlereigenen Online-Shops für ein Mindestmaß an Beratung zu sorgen oder die Beratung im stationären Geschäft zu empfehlen, und dass andererseits dieses Mindestmaß an Beratung oder diese Empfehlung auf der Drittplattform nicht ebenfalls vorhanden sind. Außerdem muss es aufgrund der Beschaffenheit der Ware sachlich gerechtfertigt sein, als Hersteller vertragliche Maßnahmen zu setzen, nur um jeden Endverbraucher mit einem gewissen Mindestmaß an Beratung bzw. einer solchen Empfehlung in gewisser Weise zu „zwangsbeglücken“. Zu denken ist insbesondere an eine gerechtfertigte Vorbeugung von Unfällen bei gefährlichen Produkten.
- Schließlich kann ein Drittplattformverbot geeignet sein, Trittbrettfahrerproblemen vorzubeugen (Punkt 1.). Die Kommission sieht das freilich anders, weshalb bei dieser Argumentation sowohl die Unerlässlichkeit als auch die Eignung des Drittplattformverbots sorgfältig untersucht und begründet werden muss.

Bei allen drei möglichen Rechtfertigungswegen ist auf das jeweilige Produkt und auf die jeweilige Drittplattform so konkret wie möglich einzugehen. Pauschale Verbote sind riskant.

VI. Ausblick

Wenn ein Drittplattformverbot als nicht notwendiges objektives Kriterium qualifiziert wird, weil keine der drei erwähnten Möglichkeiten vorliegt, dann liegt darin eine Wettbewerbsbeschränkung, die unter das Kartellverbot des Art 101 Abs 1 AEUV fällt. Außerdem bewirkt dies, dass das qualitativ selektive Vertriebssystem in seiner Gesamtheit unter Art 101 Abs 1 AEUV subsumiert werden muss.³⁶ Für den Hersteller ist damit aber noch nicht alles verloren: Vielmehr besteht dann aus seiner Sicht ein dringender Bedarf nach einer Freistellung der Vertriebsverträge vom Kartellverbot, wofür sich neben der allgemeinen Freistellungsmöglichkeit des Art 101 Abs 3 AEUV insbesondere die Europäische Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung Nr. 330/2010 anbietet. Welche Voraussetzungen für eine solche Freistellung erfüllt sein müssen und inwieweit es gerade das Drittplattformverbot selbst sein kann, das einer Freistellung entgegensteht, soll an anderer Stelle (Stichwort: „Drittplattformen in quantitativ selektiven Vertriebssystemen“) untersucht werden.

³⁶ Nolte in Langen/Bunte, Kartellrecht II¹², Nach Art 101 AEUV, Rn 518 ff.