

Prof. Dr. Florian Bien

Studienbegleitende Klausur im Wintersemester 2013/2014

Deutsches und Europäisches Kartellrecht I

Die Bosch Siemens Hausgeräte GmbH (BSH) zählt zu den größten und führenden Hausgeräteherstellern Europas. In Deutschland vertreibt sie über den Elektrofach- und Küchenhandel vornehmlich größere Haushaltsgeräte, wie z. B. Spülmaschinen, Kühlschränke und Herdsysteme, und kommt dort auf einen Marktanteil von 29%.

Anfang 2013 beschloss BSH eine „Qualitäts- und Reputationsoffensive“, mit der ihre Produkte langfristig im gehobenen Qualitätssegment etabliert werden sollten. Sie vereinbarte daher mit allen deutschen Fachhändlern, die ihre Produkte sowohl über ein stationäres Ladengeschäft als auch über einen Webshop absetzen (sog. Hybridhändler), ein neues System von Leistungsrabatten auf den Herstellerabgabepreis. Dieses System sieht im Einzelnen bestimmte Präsentations- und Beratungsrabatte vor, die sich in ihrer Höhe je nach Vertriebsweg unterscheiden. Die Berechnung der Rabatte erfolgt in zwei Schritten: Zunächst wird durch BSH im Wege einer Schätzung festgelegt, in welchem Umfang der Hybridhändler die BSH-Geräte über sein stationäres Ladenlokal und in welchem Umfang er diese über seinen Webshop absetzt (z. B. 80% stationär und 20 % online). Daran anschließend errechnet sich der individuelle Rabattsatz des jeweiligen Hybridhändlers, indem seine Online-/Offline-Umsatzquote auf festgelegte Rabattsätze angewendet wird. Die festgelegten Rabattsätze liegen für Vertriebsleistungen im stationären Bereich mehr als fünfmal so hoch wie im Online-Bereich und führen daher bei einem Hybridhändler mit relativ hoher Online-Quote zu einem vergleichsweise deutlich geringeren Rabatt. BSH behält sich zudem vor, die Online-/Offline-Umsatzquote der Händler bei Bedarf unterjährig anzupassen.

Durch das Rabattsystem will BSH insbesondere die höherwertigen Handelsleistungen des stationären Vertriebs, insbesondere die persönliche und fachgerechte Kundenberatung, honorieren. Nur dies gewährleiste, dass dem Endkunden ein der Marke BSH entsprechend hochwertiger Service angeboten werde und Händler nicht allein aus Kostengründen oder infolge des Auftretens von Trittbrettfahrern dazu übergehen, BSH-Produkte in einer der Marke abträglichen Weise zu vertreiben. Zahlreiche Hybridhändler, die zuletzt vermehrt in ihren Online-Vertrieb investiert haben, fühlen sich durch das eingeführte Rabattsystem benachteiligt und legen Beschwerde beim Bundeskartellamt ein.

1. Kann das Bundeskartellamt eine Abstellungsverfügung gegenüber BSH erlassen?

2. Unterstellt, BSH zeigt sich einsichtig und bereit, sein Rabattsystem zu ändern: welche Verfügungsform kommt in Betracht?
3. Mit welchen Bestimmungen trägt der deutsche Gesetzgeber dem Umstand Rechnung, dass private Schadensersatzklagen wegen Kartellverstoßes häufig erst im Anschluss an ein behördliches Verfahren erhoben werden? Nennen Sie die Vorschriften und erläutern Sie kurz, welches Problem der GWB-Gesetzgeber damit jeweils auf welche Weise zu lösen versucht!

Auszug aus den Leitlinien für vertikale Beschränkungen der Europäischen Kommission (2010/C 130/01):

(52) Da im Vergleich zu den bisherigen Verkaufsmethoden über das Internet mehr oder andere Kunden schnell und effektiv angesprochen werden können, werden bestimmte Beschränkungen über die Nutzung des Internets als (Weiter-)Verkaufsbeschränkungen behandelt. Prinzipiell muss es jedem Händler erlaubt sein, das Internet für den Verkauf von Produkten zu nutzen. Eine eigene Website wird in der Regel als Form des passiven Verkaufs angesehen, da damit den Kunden ein angemessenes Mittel zur Verfügung gestellt wird, den Händler zu erreichen. [...] Da in den folgenden Beispielen Händler daran gehindert werden können, mehr und andere Kunden zu erreichen, liegt nach Auffassung der Kommission eine Kernbeschränkung des passiven Verkaufs beispielsweise vor

(...)

d) wenn vereinbart wird, dass der Händler für Produkte, die er online weiterverkaufen will, einen höheren Preis zahlt als für Produkte, die offline verkauft werden sollen. Dies schließt nicht aus, dass der Anbieter mit dem Abnehmer eine feste Gebühr vereinbart (d. h. keine variable Gebühr, die mit erzieltm Offline-Umsatz steigen würde, da dies indirekt zu einem Doppelpreissystem führen würde), um dessen Offline- oder Online-Verkaufsanstrengungen zu unterstützen.

Lösungsskizze¹

1. Frage

Das Bundeskartellamt wird gem. § 32 Abs. 1 GWB eine Abstellungsverfügung erlassen, wenn es einen Verstoß gegen Art. 101 AEUV oder § 1 GWB feststellen kann.

I. Verstoß gegen Art. 101 AEUV und § 1 GWB

¹ Sowohl dem Sachverhalt als auch der Lösung liegt der Fallbericht des Bundeskartellamts vom 23.12.2013 (B7-11/13) über das Rabattsystem der Bosch Siemens Hausgeräte GmbH zugrunde. Bearbeitung: Ass. iur. Ulrich Pfeffer.

a. Adressaten des Kartellverbots: Unternehmen

b. Vereinbarung:

Die Rabattvereinbarung stellt eine Vereinbarung zwischen im Vertikalverhältnis zueinander stehenden wirtschaftlich selbstständig tätigen Einheiten und damit Unternehmen dar.

c. Wettbewerbsbeschränkung: Beschränkung der Handlungsfreiheit der Hybridhändler

Die in Rede stehende Rabattvereinbarung müsste „eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs“ bewirken oder bezwecken. Wenn feststeht, dass eine Vereinbarung einen wettbewerbswidrigen Zweck verfolgt, brauchen ihre Auswirkungen auf den Wettbewerb nicht geprüft zu werden. Der wettbewerbsbeschränkende Zweck ist aus dem Inhalt der Vereinbarung und den objektiven Zielen, die sie zu erreichen sucht, zu ermitteln, nicht nach den subjektiven Vorstellungen der Parteien.

Geringere Rabatte als Folge des Onlinevertriebs schlagen sich in erhöhten Abgabepreisen an Endkunden nieder. Diese reduzieren die mögliche Absatzmenge über das Internet unmittelbar, veranlassen den Händlern aber darüber hinaus, seinen Absatz aktiv in Richtung stationäres Geschäft umzulenken, um hierdurch zu einem späteren Zeitpunkt wieder höhere Rabatte gewährt zu bekommen. Da BSH sich vorbehält, die Online-/Offline-Quote unterjährig anzupassen, stehen die Hybridhändler sogar ganzjährig unter dem Risiko einer Rabattsenkung. Diese Unsicherheit kann ein Hybridhändler nur einschränken, indem er den Absatz im Vergleich zum Vorjahr konstant hält oder sich vollständig auf den stationären Vertrieb beschränkt. Die Rabattvereinbarung zielt daher darauf ab, aktuelle und potenzielle Hybridhändler dazu zu bewegen, ihren Online-Vertrieb zu begrenzen bzw. einen solchen gar nicht erst einzuführen. Dies stellt eine bezweckte Einschränkung der wettbewerblichen Handlungsfreiheit dar.

d. Zwischenstaatlichkeit: Geeignetheit und Spürbarkeit

Im Hinblick auf Art. 101 AEUV müsste das Rabattsystem des Weiteren geeignet sein, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen. Das von BSH bundesweit eingeführte Rabattsystem veranlasst Hybridhändler ihren Absatz vom Online-Vertrieb auf den stationären Vertrieb umzulenken. Anders als im stationären Vertrieb über Ladengeschäfte ermöglicht der Online-Vertrieb den Fachhändlern Kunden anderer Mitgliedsstaaten zu erreichen und mit den dortigen Fachhändlern in Wettbewerb zu treten. Eine Beschränkung dieses Vertriebskanals ist somit geeignet den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen. Diese Beeinträchtigung ist auch spürbar.

Anm.: Die Subsumtion unter die NAAT-Regel (5 % Marktanteil und 40 Mio EUR Umsatz) wurde nicht erwartet.

e. Eingriffsschwelle: *de minimis*-Regel (Spürbarkeitsgrenze)

Von der Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung ist auszugehen. Zum einen überschreitet BSH mit seinem Marktanteil von 29% auf dem betroffenen deutschen Markt den in Ziffer 7. lit. b) der Bagatellbekanntmachung der Kommission genannten Schwellenwert von 15% erheblich. Die Spürbarkeit ist zudem mit Blick auf das Vorliegen einer „bezweckten Wettbewerbsbeschränkung“ zu bejahen.²

Anm.: Bei dem von BSH vereinbarten Rabattsystem handelt es sich außerdem um eine Kernbeschränkung i. S. d. Ziffer 11 Nr. 2 lit. b) der de-minimis-Bekanntmachung, bei der die Spürbarkeit auch unterhalb der genannten Marktanteilsschwelle vorliegt. Den Klausurbearbeitern lag der Text der de-minimis-Bekanntmachung aber nicht vor, dieser Punkt wurde daher nicht erwartet.

II. Freistellung vom Kartellverbot nach Art. 101 Abs. 3 AEUV bzw. § 2 Abs. 2 GWB?

a. Gruppenfreistellungsverordnung – Vertikal GVO?

i. Sachlicher Anwendungsbereich (Vertikalvereinbarung, keine vorrangig anwendbaren Verordnungen)

Dafür müsste zunächst der Anwendungsbereich der Vertikal-GVO eröffnet sein. Grundsätzlich erfasst die Vertikal-GVO sämtliche Vereinbarungen im Vertikalverhältnis. Die Rabattvereinbarungen bestehen zwischen BSH und ihren Händlern, und damit zwischen Unternehmen, die auf unterschiedlichen Stufen der Produktions- und Vertriebskette tätig sind. Sie betreffen zudem die Bedingungen, zu denen die Händler die Waren verkaufen und weiterverkaufen müssen. Damit handelt es sich um eine vertikale Vereinbarung.

Diese vertikale Vereinbarung enthält auch eine vertikale Beschränkung i. S. d. Art. 1 Abs. 1 lit. a). Der Anwendungsbereich ist damit eröffnet. Vorrangige Verordnungen sind nicht einschlägig (Art. 2 Abs. 5 GVO)

ii. Marktanteilsschwellen, Art. 3 Abs. 1 GVO (bis zu 30 % Marktanteil)

Die Schwellenwerte des Art. 3 Abs. 1 GVO sind nicht überschritten, da weder BSH noch die jeweiligen Fachhändler einen Marktanteil von jeweils mehr als 30% haben.

iii. Keine Ausnahmebestimmung gemäß Art. 4 und 5 Vertikal-GVO?

² EuGH in Expedia (Rs. C-226/11, Tz. 37): „Daher stellt eine Vereinbarung, die geeignet ist, den Handel zwischen Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen, und einen wettbewerbswidrigen Zweck hat, ihrer Natur nach und unabhängig von ihren konkreten Auswirkungen eine spürbare Beschränkung des Wettbewerbs dar.“

Das Rabattsystem könnte jedoch eine Kernbeschränkung i. S. d. Art. 4 lit. b) Vertikal-GVO darstellen. Dies ist dann der Fall, wenn das Rabattsystem zu einer Beschränkung der Kundengruppe, an die ein an der Vereinbarung beteiligter Hybridhändler seine Vertragswaren verkaufen darf, führt. Durch das vereinbarte Rabattsystem muss ein Hybridhändler für Produkte, die er online verkaufen will, einen höheren Preis zahlen und wird dadurch (zumindest mittelbar) gehindert, mehr und andere Kunden über das Internet zu erreichen. Damit wird die räumliche Reichweite des Vertriebs des Händlers begrenzt, worin eine Beschränkung des Gebiets oder der Kundengruppe, in das oder and die der Abnehmer verkaufen darf, gesehen werden kann. Im Extremfall ist der Anbieter durch diese Art von Doppelpreissystem sogar in der Lage, den Absatz über das Internet faktisch auszuschließen. Folglich liegt eine Kernbeschränkung nach Art. 4 lit. b) Vertikal-GVO vor (vgl. dazu auch die Vertikal-LL Rz. 52 lit. d)).

- iv. Zwischenergebnis: Eine Gruppenfreistellung kommt somit nicht in Betracht.

b. Einzelfreistellung gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV bzw. § 2 Abs. 1 GWB?

Das Rabattsystem könnte aber im Wege der Einzelfreistellung gem. Art. 101 Abs. 3 AEUV vom Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV auszunehmen sein.

- i. Verbesserung der Warenerzeugung oder –verteilung oder Förderung des technischen Fortschritts (sog. Effizienzvorteile)

Dafür müsste das eingeführte Rabattsystem zunächst zu Effizienzvorteilen führen.

1. Verbesserte Servicequalität

Der stationäre Handel ermöglicht eine persönliche Kundenbetreuung und -beratung, bei der unmittelbar auf die Wünsche und Fragen der Kunden eingegangen werden kann. Dies ist über das Internet nur in eingeschränktem Maße möglich. Indem das Rabattsystem – aus Sicht der Händler – die Attraktivität des stationären Vertriebskanals fördert, führt es daher letztlich zu einem besser auf die Bedürfnisse der Kunden abgestimmten Vertrieb der Produkte und steigert allgemein das Serviceniveau. Dies stellt einen typischen Effizienzvorteil dar, wie ihn auch die Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag (jetzt: Art. 101 Abs. 3 AEUV) im Auge hatten.

2. Lösung des Trittbrettfahrerproblems³

Zugleich wird einer Verminderung dieses Serviceniveaus infolge von Trittbrettfahrern entgegengewirkt. Auch dies stellt (zumindest mittelbar) einen Effizienzvorteil dar. Trittbrettfahrer treten typischerweise bei Dienstleistungen auf, die ein Händler vor Vertragsschluss erbringt und deren Inanspruchnahme nicht in Rechnung gestellt wird. In solchen Fällen könnte der Kunde die intensive Beratung z. B. im vorliegenden Fall durch den stationären Fachhandel in Anspruch nehmen und danach das Produkt von einem günstigeren Online-Anbieter ohne Serviceleistung erwerben. Folge wäre, dass preisorientierte Anbieter von den Vertriebsleistungen serviceorientierter Anbieter profitieren, ohne dass diese für die Leistung entgolten werden. Dies kann wiederum dazu führen, dass die serviceorientierten Anbieter ihre Serviceleistungen reduzieren, womit das Serviceniveau allgemein verschlechtert würde.

Auch im vorliegenden Fall scheint die Gefahr von Trittbrettfahrern nicht ausgeschlossen.⁴ So könnte ein Kunde sich in einem Elektrofachgeschäft fachkundig beraten lassen und sich einen näheren Eindruck von dem jeweiligen Hausgerät verschaffen, um danach das empfohlene Produkt günstiger über das Internet zu bestellen.

Anm.: Aber auch die gegenteilige Auffassung lässt sich hier durchaus vertreten: So könnte argumentiert werden, dass ein Fachhändler auch bei Auftreten von Trittbrettfahrern weiterhin eine umfassende Beratung für alle von ihm angebotenen Produkte leisten wird. Ein Fachhändler wird bei seiner Beratung letztlich auch nur schwer differenzieren können. Verkauft sich allerdings das Produkt nicht mehr, weil Kunden das Produkt nun über Internet bestellen, so besteht die Gefahr, dass Fachhändler das Produkt aus ihrem Sortiment nehmen. Im Ergebnis führt dies zu einem kompletten Wegfall der Beratung.

Letztlich kann auch der im Fallbericht angedeutete Weg des Bundeskartellamtes gewählt und das Auftreten von Trittbrettfahrern beim Kauf großer Haushaltsgeräte generell in Frage gestellt werden. So ließe sich argumentieren, dass eine Vielzahl von Kunden zwar das Internet zur Kaufvorbereitung und Information nutzen, das gewünschte Hausgerät

³ Das Trittbrettfahrerproblem kann auch im Rahmen der Unerlässlichkeit der Wettbewerbsbeschränkung für die erhöhte Servicequalität angesprochen werden.

⁴ Anders sieht dies wohl das Bundeskartellamt, wenn es in seinem Fallbericht zum zugrunde liegenden Fall (B7-11/13) ausführt: „wobei sich die Vorbereitung des Kaufs eines großen Haushaltsgeräts nach den Erkenntnissen des Bundeskartellamtes bei heutigen Kunden sehr differenziert darstellt und kein allgemeines „Trittbrettfahrerproblem“ zulasten des stationären Handels zu beobachten ist.“

letztlich aber doch im stationären Fachhandel kaufen, um es unmittelbar mit nach Hause nehmen zu können.

3. Reputationspflege und Aufbau eines gehobenen Markenimages

Auch die Reputationspflege und der Aufbau eines gehobenen Markenimages durch gute und fachkundige Serviceleistungen können Effizienzvorteile darstellen (str.). Die Marke und das mit ihr verbundene Image ist für den Verbraucher ein wichtiges Differenzierungsmerkmal. Ihnen kommt Signalfunktion hinsichtlich der Produktqualität zu.

ii. Unerlässlichkeit der den beteiligten Unternehmen auferlegten Beschränkungen für die Zielverwirklichung

Ferner müsste das Rabattsystem unerlässlich sein für die Erzielung der Effizienzgewinne. Es geht dabei um die Frage, ob die Effizienzgewinne nicht auch mit weniger wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen erzielt werden können.

1. Unerlässlich für Servicequalität und Vermeidung von Trittbrettfahrern

Eine wettbewerblich neutralere Alternative für das eingeführte Rabattsystem wären fixe Zuschüsse zur finanziellen Unterstützung der stationären Handelsleistungen. Denn bei fixen Zuschüssen für bestimmte Ausstellungsflächen oder Mitarbeiterzahlen im stationären Bereich besteht anders als bei variablen, umsatzabhängigen Rabatten nicht die Gefahr, den Händlern durch entsprechende Anreizsetzung beim Onlineabsatz zu behindern. Sie zielen vielmehr unmittelbar auf den entstandenen stationären Aufwand des Händlers, ohne seinen Internetvertrieb zu berühren. Der Händler hat dabei weiterhin die Hoheit über die Wahl seiner Vertriebskanäle.

Denkbar ist auch, das BSH seine Händler im Wege eines Servicevertrages dazu verpflichtet, die gewünschten Beratungsleistungen zu erbringen, und sie dafür direkt entlohnt. Beide Mittel sind bei gleicher Effektivität als weniger einschneidend zu beurteilen. Das von BSH eingeführte Rabattsystem ist daher für das Erreichen einer gewissen Servicequalität und der Vermeidung von Trittbrettfahrern nicht als unerlässlich anzusehen.

2. Unerlässlichkeit für Reputationspflege und Aufbau eines gehobenen Markenimages

Mit entsprechenden vertraglichen Vorgaben zur Servicequalität u. ä. könnte BSH auf einem weniger einschneidenden Wege den erstrebten Aufbau eines gehobenen Markenimages erreichen. Somit ist das Rabattsystem auch für die Reputationspflege nicht unerlässlich.

Anm.: Eine andere Ansicht erscheint im Rahmen der Unerlässlichkeit vertretbar.

iii. Angemessene Beteiligung der Verbraucher am Gewinn

Die Verbraucher müssen zudem eine angemessene Beteiligung an den durch die beschränkende Vereinbarung entstehenden Effizienzgewinn erhalten. „Angemessene Beteiligung“ bedeutet dabei, dass die Weitergabe der Vorteile die tatsächlichen oder voraussichtlichen negativen Auswirkungen mindestens ausgleicht, die durch die Wettbewerbsbeschränkung gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV entstehen. Die oben dargestellten Effizienzvorteile sind demnach mit den sich aus den Rabattvereinbarungen ergebenden Nachteilen abzuwägen.

Das Rabattsystem führt zu einer Behinderung des Internetvertriebs und versetzt den Anbieter im Extremfall (bei entsprechend gespreizten Rabatten) sogar in die Lage, den Internetvertrieb faktisch auszuschließen. Der Internetvertrieb eröffnet dem Kunden jedoch die Möglichkeit, die Produkte von zu Hause aus zu bestellen, ohne sich dafür an einen anderen Ort begeben zu müssen. Ferner versetzt der Internetvertrieb den Händlern in die Lage, die Produkte auch außerhalb seines unmittelbaren Tätigkeitsbereichs zu vertreiben. Über die erhöhte Preistransparenz übt der Internetvertrieb zudem erheblichen Preisdruck auf den stationären Handel aus, was sich in sinkenden Endpreisen auswirken kann.

Die Beeinträchtigung bzw. der Ausschluss dieser Vorteile ist stärker zu gewichten als die bereits angesprochenen Effizienzvorteile.

Anm.: Ein anderes Ergebnis erscheint vertretbar.

iv. Keine Ermöglichung der Ausschaltung des Wettbewerbs für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren

BSH könnte durch einen entsprechend gespreizten Rabatt den Internetvertrieb seiner Fachhändler faktisch ausschließen. Dadurch könnte für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren die Ausschaltung des Wettbewerbs ermöglicht werden. Gegen diese Annahme spricht aber, dass BSH lediglich einen Marktanteil von 29% innehat und reger Interbrand-Wettbewerb vorherrscht.

Endergebnis: Die vereinbarten Rabattvereinbarungen verstoßen gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV. Da die Anwendung und Auslegung der §§ 1, 2 GWB dem europäischen Recht entspricht, ist auch von einem Verstoß gegen § 1 GWB auszugehen. Das Bundeskartellamt kann somit gem. § 32 Abs. 1 GWB eine Abstellungsverfügung erlassen.

2. Frage

Die BSH könnte gegenüber dem Bundeskartellamt eine Verpflichtungszusage abgeben, die geeignet ist, die vom Bundeskartellamt mitgeteilten Bedenken auszuräumen. Gemäß § 32b Abs. 1 GWB kann das Bundeskartellamt solche Verpflichtungszusagen für die Unternehmen durch Verfügung für bindend erklären. In dieser Verfügung verpflichtet sich das Bundeskartellamt, von seiner Befugnis, eine Abstellungsverfügung zu erlassen, grundsätzlich keinen Gebrauch zu machen, vgl. § 32b Abs. 1 S. 2 GWB.

3. Frage

Vgl. dazu § 33 Abs. 3 – 5:

- Bindungswirkung (Kein Streit mehr über Kartellverstoß als solchen)
- Zinsen (nicht erst ab Rechtshängigkeit, sondern ab Schadenseintritt)
- Verjährung (Hemmung)