

Lukas Bühlmann / Dr. Martin Schirnbacher

## **Kartellrecht und Internetvertrieb**

Zulässigkeit von Online-Vertriebs- und Werbebeschränkungen

---

Die Autoren analysieren die kartellrechtliche Zulässigkeit von händlerseitigen Beschränkungen des Internetvertriebs und von Online-Werbemassnahmen unter EU-, Schweizer und deutschem Kartellrecht. Der Beitrag zeigt insbesondere auch auf, welche gängigen Online-Marketingmassnahmen eine Verletzung typischer Klauseln in Vertriebsverträgen darstellen können.

---

Rechtsgebiet(e): Wissenschaftliche Beiträge; Wettbewerbsrecht; Kartellrecht; Informatik und Recht; Europarecht; Deutsches Recht

Zitiervorschlag: Lukas Bühlmann / Martin Schirnbacher, Kartellrecht und Internetvertrieb, in: Jusletter 30. Mai 2011

## Inhaltsübersicht

- I. Einführung: Kartellrecht und Internetvertrieb
  1. Kartellrechtliche Beurteilung von Vertriebssystemen
    - 1.1 Grundsatz: Verbot von Wettbewerbsabreden
    - 1.2 Ausnahme durch Gruppenfreistellung
      - a. Geltungsbereich der Vertikal-GVO
      - b. Keine Überschreitung von Marktanteilsschwellen
      - c. Keine Kernbeschränkung
      - d. Übertragung auf den Internetvertrieb
      - e. Regelungen in der Schweiz und Deutschland
  2. Alleinvertriebssysteme im Internet
    - 2.1 Wesen der Alleinvertriebsvereinbarung
    - 2.2 Freistellung nach Vertikal-GVO
    - 2.3 Aktive und passive Verkaufsbemühungen
  3. Selektive Vertriebssysteme im Internet
    - 3.1 Wesen von selektiven Vertriebssystemen
    - 3.2 Wettbewerbsbeschränkung im Selektivvertrieb
      - a. Qualitative Selektivvereinbarungen
      - b. Quantitative Selektivvereinbarungen
      - c. Selektivvertrieb im Schweizer Kartellrecht
    - 3.3 Selektivvertrieb nach der Vertikal-GVO
- II. Ausschluss oder Beschränkung des Internetvertriebs
  1. Eigener Onlineshop
    - 1.1 Alleinvertriebssysteme
      - a. Möglichkeit des Totalverbots nur in engen Ausnahmefällen
        - (i) Exklusive Zuweisung von Internetkunden an bestimmte Händler
        - (ii) Ausnahmefälle, die ein Totalverbot des Internetvertriebs rechtfertigen
      - b. Totalverbot aus Gründen der Sicherheit oder der Gesundheit
      - c. Zeitlich begrenztes Totalverbot zur Markterschliessung
      - d. Zulässigkeit einer Pflicht zur vorgängigen Information des Herstellers über Internetvertrieb
      - e. Zulässigkeit von Beschränkungen der Shop-Darstellung
        - (i) Sprache der Website
        - (ii) Domain-Namen
        - (iii) Versandkosten und Fremdwährungsangaben
      - f. Zulässigkeit von Beschränkungen bei der Geschäftsabwicklung
        - (i) Umleitung oder Transaktionsabbruch
        - (ii) «Dual Pricing»
        - (iii) Menge
        - (iv) Informationspflicht über Verkäufe im Internet
    - 1.2. Selektivvertriebssysteme
      - a. Möglichkeit des Totalverbots des Online-Vertriebs nur in engen Ausnahmefällen
        - (i) Ausgangspunkt: Zulässigkeit des Verbots des traditionellen Versandhandels in selektiven Vertriebssystemen
        - (ii) Grundsatz: Totalverbot Internetvertrieb unzulässig
        - (iii) Ausnahme: Gründe der Sicherheit oder Gesundheit
      - b. Pflicht zur Betreibung eines Offline-Shops bzw. Ausschluss reiner Internethändler
      - c. Festlegung qualitativer Anforderungen des Internetauftritts
        - (i) Gleichwertigkeit der Kriterien wie im Offline-Vertrieb
        - (ii) Präsentation der Produkte
        - (iii) Bezug des Online-Shops zum stationären Geschäft
      - d. Beschränkung der Menge / Dual-Pricing
  2. Zulässigkeit der Beschränkung des Vertriebs über Fremdportale
    - 2.1 Alleinvertriebssysteme
      - a. Echte Internetauktionen
        - (i) Ausschluss mangels Erfüllung qualitativer Anforderungen?
        - (ii) Ausschluss mangels Kundenkreisbeschränkung?
        - (iii) Eingreifen der Gegen Ausnahme Art. 4 lit. b i Vertikal-GVO
      - b. Vorbehalt bzw. exklusive Zuweisung von Gebieten bzw. Kunden
        - c. Aktive oder passive Verkaufsbemühung?
        - d. Sonstige Fremdportale
    - 2.2 Selektivvertriebssysteme
- III. Beschränkung der Online-Werbung
  1. Displaywerbung
    - 1.1 Displaywerbung (Banner, Pop-Ups, etc.)
    - 1.2 Targeting- und Retargeting-Methoden (Verpflichtung zum Einsatz, resp. zur Unterlassung von Targeting)
    - 1.3 Location Based Advertising
  2. Suchmaschinenwerbung
    - 2.1 SEO-Massnahmen (onpage (Metatags), offpage (Linkaufbau))
    - 2.2 SEM (Keyword Advertising)
    - 2.3 Preissuchmaschinen
  3. Social Media Advertising
    - 3.1 Twitter
    - 3.2 Facebook
  4. E-Mail-Werbung
    - 4.1 Ansprache von Kunden per E-Mail
    - 4.2 Tell-a-friend
  5. Affiliate-Systeme
  6. Unerlaubte Methoden der Online-Werbung («Black Hat»)
- IV. Zusammenfassung

## I. Einführung: Kartellrecht und Internetvertrieb

[Rz 1] Es ist keine Neuigkeit, dass sich das Internet hervorragend für die Bewerbung und den Vertrieb von Produkten aller Art eignet. Vor besondere Herausforderungen stellt dies die Hersteller bestimmter Produkte, die über gebundene Vertriebssysteme ihre Waren vertreiben. Hier stellt sich einerseits die Frage, inwiefern der Prinzipal Werbe- und Vertriebsmassnahmen im Internet vertraglich untersagen darf und andererseits, welche (Werbe-)Massnahmen die Händler vornehmen dürfen, wenn es an speziellen Regeln für den Online-Vertrieb fehlt.

[Rz 2] Der EU-Gesetzgeber hat die Notwendigkeit erkannt, den Internetvertrieb detaillierter zu regeln. Am 1. Juni 2010 ist die neue Vertikal-GVO<sup>1</sup> in Kraft getreten, die auch für den Internetvertrieb Geltung beansprucht. Die Verordnung ist innerhalb der EU unmittelbar anwendbar. Ausserdem hat die EU-Kommission ihre Leitlinien für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen (im Folgenden: Leitlinien) revidiert.<sup>2</sup> In Kürze ist darüber hinaus ein Urteil des EuGH zur Zulässigkeit eines vollumfänglichen Verbots des Internetvertriebs zu erwarten.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Verordnung (EG) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung des Artikels 101 Absatz 3 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. 2010 L 102, 1 («Vertikal-GVO»).

<sup>2</sup> Europäische Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2010 C 130, 1 («Leitlinien»).

<sup>3</sup> Vorabentscheidungsersuchen des Cour d'Appel Paris, eingereicht am 10. November 2009 – Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS, Rs. C-439/09, ABl. 2010 C 024, 27; vgl. dazu auch die Schlussanträge des Generalanwalts Ján Mazák vom 3. März 2011.

[Rz 3] Auch in der Schweiz wurde die Vertikalbekanntmachung<sup>4</sup> überarbeitet, die die Auffassung der eidgenössischen Wettbewerbskommission (WEKO) zur kartellrechtlichen Behandlung vertikaler Abreden festhält. Auch hier sollte den Marktentwicklungen im Internetvertrieb Rechnung getragen werden. Ziel der Schweizer Regelungen ist nicht zuletzt eine weitgehende Angleichung an die Rechtslage innerhalb der Europäischen Union.<sup>5</sup> Am 15. September 2010 hat die WEKO sodann eine Untersuchung eingeleitet, um zu prüfen, ob Behinderungen der Verkäufe von Haushaltsgeräten über Online-Shops gegen das Schweizer Kartellgesetz<sup>6</sup> verstossen.<sup>7</sup>

[Rz 4] Der vorliegende Aufsatz stellt in Teil I. die grundlegenden Regeln rund um die Beurteilung von Vertikalvereinbarungen im EU- und Schweizer Kartellrecht dar. In Teil II. folgt sodann eine detaillierte Darstellung des aktuellen Standes der geltenden kartellrechtlichen Vorgaben sowie der Lehre rund um den Online-Vertrieb und die Online-Werbung. Aufgrund des ubiquitären Charakters des Internets und dessen kartellrechtliche Behandlung als grundsätzlich passive Vertriebsform hat die Vermarktung und Bewerbung des Online-Shops gerade für die Steuerung und Strukturierung des Vertriebs in verschiedene Absatzgebiete eine immer grössere Bedeutung. Sollen Vertriebsstrukturen und damit Alleinvertriebs- oder Selektivvertriebsrechte der Händler aufrecht erhalten und geschützt werden, muss der Hersteller, resp. Lieferant wissen, welche Beschränkungen er diesen im Zusammenhang mit der aktiven Bewerbung ihrer Internet-Präsenzen zulässigerweise auferlegen darf. Teil III. des vorliegenden Aufsatzes untersucht deshalb die heute im Online-Marketing gängigen Werbemethoden und möglichen Beschränkungen unter den dargestellten kartellrechtlichen Grundsätzen. Dabei wird klar, dass die Bewerbung einer Website anhand dieser Werbemethoden meist dazu führt, dass diese als aktive Verkaufsbemühungen anzusehen sind. Entsprechend müssen vertragliche Beschränkungen, insbesondere im Alleinvertrieb, kartellrechtlich zulässig sein.

<sup>4</sup> Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden, Beschluss der Wettbewerbskommission vom 28. Juni 2010, RPW 2010/3, 606 («VertBek»).

<sup>5</sup> Vgl. Erwägungsgrund VI VertBek; vgl. ferner das Referat von Prof. Dr. Patrick Ducrey anlässlich des 5. atelier de la concurrence, festgehalten im dazugehörigen Tagungsbericht, 6 f., abrufbar unter [www.atelier-concurrence.ch/docs/tagungsberichte5/tagungsbericht\\_5eme\\_atelier.pdf](http://www.atelier-concurrence.ch/docs/tagungsberichte5/tagungsbericht_5eme_atelier.pdf), (besucht am 14. April 2010).

<sup>6</sup> Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz) vom 6. Oktober 1995, SR 251.

<sup>7</sup> Vgl. Pressemitteilung der WEKO vom 16. September 2010, abrufbar unter [www.weko.admin.ch](http://www.weko.admin.ch) (besucht am 14. April 2011).

## 1. Kartellrechtliche Beurteilung von Vertriebssystemen

### 1.1 Grundsatz: Verbot von Wettbewerbsabreden

[Rz 5] Im europäischen Kartellrecht ist das Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung, die geeignet ist, den zwischenstaatlichen Handel in der EU spürbar zu beeinträchtigen<sup>8</sup>, grundsätzlich gemäss Art. 101 (1) AEUV<sup>9</sup> verboten. Verträge bzw. Vertragsklauseln zwischen wirtschaftlich unabhängigen Unternehmen mit derartigen Beschränkungen sind nichtig und bussgeldbewehrt.

[Rz 6] Voraussetzung ist die Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels. EuGH und Kommission legen das Kriterium jedoch sehr weit aus,<sup>10</sup> so dass – gerade im Internetkontext – eine Grenzüberschreitung nahezu stets angenommen werden wird.<sup>11</sup> Fehlt bei einer Vereinbarung diese Eignung, führt dies dazu, dass das EU-Kartellrecht nicht anwendbar ist. In diesem Fall kommt die Anwendung nationalen Rechts in Betracht.

[Rz 7] Zu beachten ist ferner, dass es an der Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV fehlen kann, wenn die Vertragsparteien nur über sehr geringe Marktanteile verfügen.<sup>12</sup> Der EuGH hat beispielsweise bei addierten Marktanteilen der Beteiligten auf dem

<sup>8</sup> Vgl. dazu REHBINDER in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1 EG/Teil 1, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 4. Aufl., München 2007, («REHBINDER in Immenga/Mestmäcker»), N 262 ff. zu Art. 81 Abs. 1 EGV.

<sup>9</sup> Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, konsolidierte Fassung, ABl. 2008 C 115, 47.

<sup>10</sup> Vgl. u.a. EuGH Urteil vom 14. Juli 1981, Rs. 172/80, Slg. 1981, 2021 (2032), *Züchner/Bayerische Vereinsbank*; EuGH Urteil vom 11. Juli 1985, Rs. 42/84, Slg. 1985, 2545, Rn. 22, *Remia/Kommission*; EuGH Urteil vom 28. April 1998, Rs. C-306/96, Slg. 1998, I-1983, Rn. 16, *Javico*; EuGH Urteil vom 25. Oktober 2001, Rs. C-475/99, Slg. 2001, I-8089, Rn. 48, *Ambulanz Glöckner*; EuGH Urteil vom 29. April 2004, Rs. C-359/01 P, Slg. 2004, I-4933, Rn. 27, *British Sugar/Komm.*; vgl. auch Bekanntmachung der Komm. v. 27. April 2004, Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Art. 81 und 82 EG-Vertrag, ABl. 2004 C 101/81.

<sup>11</sup> LÜBBIG in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 2. Aufl., München 2008, § 7 Rn. 30; REHBINDER in Immenga/Mestmäcker, Rn. 264 zu Art. 81 Abs. 1 EGV.

<sup>12</sup> EuGH Urteil vom 9. Juli 1969, Rs. 5-69, Slg. 1969, 295, Rn. 7, *Völk/Ver-væcke*; vgl. auch zur Zwischenstaatlichkeitsklausel: EuGH Urteil vom 6. Mai 1971, Rs. 1/71, Slg. 1971, 351, Rn. 7, *Cadillon/Höss*; EuGH Urteil vom 7. Juni 1983, Rs.100 bis 103/80, Slg. 1983, 1825, Rn. 85, *Pioneer/Komm.*; EuGH Urteil vom 28. April 1998, Rs. V-306/96, Slg. 1998, 1983, Rn. 17, *Javico/YSL*; vgl. ferner EuG Urteil vom 3. April 2003, T-114/02, 92, *Babyliss*; vgl. ferner die Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung vom 9. Dezember 1997, ABl. 1997 C 372, 13, worin in Ziff. 7b festgehalten ist, dass keine spürbare Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, wenn die an der vertikalen Vereinbarung beteiligten Unternehmen weniger als 15 % Marktanteil haben bzw. (Ziff. 8) weniger als 5 %, sofern ein sog. kumulativer Marktabschottungseffekt vorliegt. Dies gilt jedoch nicht, sofern sog. Kernbeschränkungen vereinbart wurden (Ziff. 11).

relevanten Markt von 1% nur eine geringfügige Beeinträchtigung des Wettbewerbs angenommen.<sup>13</sup> Schon bei 5% Marktanteil greift jedoch das Verbot regelmässig.<sup>14</sup> Der EuGH prüft die Spürbarkeit meist nicht allein anhand der Marktanteile, sondern berücksichtigt weitere Umstände. Entscheidend ist sodann, dass bei Kernbeschränkungen (siehe dazu unten Kap. 1.2 lit. c) eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung in der Regel unabhängig von den Marktanteilen angenommen wird<sup>15</sup>. Freilich kann es nach der Auffassung der Kommission trotz Einräumung eines absoluten Gebietsschutzes an einer Wettbewerbsbeschränkung fehlen, wenn dies für die Erschliessung eines neuen Marktes notwendig ist und nicht länger als zwei Jahre andauert.<sup>16</sup>

## 1.2 Ausnahme durch Gruppenfreistellung

[Rz 8] Eine Vereinbarung kann gemäss Art. 101 Abs. 3 AEUV unter bestimmten Voraussetzungen vom Verbot in Art. 101 Abs. 1 AEUV freigestellt werden. Die Vertikal-GVO konkretisiert diese Bestimmung und legt fest, welche vertikalen Vereinbarungen unter welchen Voraussetzungen vom Verbot freigestellt und damit grundsätzlich als kartellrechtlich unbedenklich erachtet werden.

### a. Geltungsbereich der Vertikal-GVO

[Rz 9] Die Vertikal-GVO gilt für alle vertikalen Vereinbarungen, die nicht in den Geltungsbereich einer besonderen Gruppenfreistellungsverordnung fallen.<sup>17</sup> Damit gilt die Vertikal-GVO insbesondere nicht für Vereinbarungen im Automobil-Sektor.<sup>18</sup> Auch Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern, d.h. horizontale Vereinbarungen, fallen grundsätzlich nicht in den Anwendungsbereich der Vertikal-GVO.<sup>19</sup> Das Internet gibt vielen Herstellern die Möglichkeit, ihre Produkte

nicht nur über unabhängige Händler zu vertreiben, sondern selbst direkt an den Endkunden zu verkaufen.<sup>20</sup> Damit wird der Hersteller auf der Handelsstufe zu einem Konkurrenten der unabhängigen Vertragshändler. Die Vertikal-GVO gilt auch für diese Konstellation, wenn die vertikale Vereinbarung nicht gegenseitig ist und die beteiligten Unternehmen nicht auch auf der Herstellungsstufe im Wettbewerb zueinander stehen.<sup>21</sup>

[Rz 10] Die Freistellung nach der Vertikal-GVO setzt zweierlei voraus: Zum einen dürfen die beteiligten Unternehmen nur über begrenzte Marktmacht verfügen und zum anderen darf keine schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkung – eine sog. Kernbeschränkung – im Sinne von Art. 4 Vertikal-GVO vereinbart worden sein.

### b. Keine Überschreitung von Marktanteilsschwellen

[Rz 11] Eine Freistellung kommt nur in Betracht, wenn der Anteil des Anbieters an dem relevanten Markt, auf dem er die Vertragswaren oder -dienstleistungen anbietet, die Schwelle von 30% nicht überschreitet (Art. 3 Abs. 1 Vertikal-GVO). Diese Marktanteilsschwelle gilt neuerdings nicht nur für Hersteller (bzw. Anbieter), sondern auch für die Abnehmer, also beispielsweise Vertriebs- und Einzelhändler. Diese Regelung berücksichtigt damit, dass auch Abnehmer über einige Marktmacht verfügen und diese zur Beschränkung des Wettbewerbs nutzen können.<sup>22</sup> Die neu in die Vertikal-GVO aufgenommene Vorschrift soll insbesondere kleinen und mittleren Unternehmen zu Gute kommen, die durch marktmächtige (Gross-) Händler vom Vertriebsmarkt ausgeschlossen werden könnten.<sup>23</sup>

[Rz 12] Ist die Marktanteilsschwelle von 30% überschritten, ist eine Freistellung nicht *per se* ausgeschlossen. Allerdings müssen die beteiligten Unternehmen dann den (schwierigen) Nachweis erbringen, dass gar keine Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegt oder dass diese durch Effizienzgründe gerechtfertigt ist und auch die sonstigen Voraussetzungen aus Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllt sind.<sup>24</sup>

### c. Keine Kernbeschränkung

[Rz 13] Nicht freistellungsfähig sind Verträge, die eine sog. Kernbeschränkung enthalten (Art. 4 Vertikal-GVO). Enthält

<sup>13</sup> EuGH Urteil vom 9. Juli 1969, Rs. 5-69, Slg. 1969, 295, Rn. 7, *Völk/Ver-vaecke* (Marktanteil von 0,2%); EuGH Urteil vom 6. Mai 1971, Rs. 1/71, Slg. 1971, 351 (355 ff.), Rn. 7, *Cadillon/Höss*; EuGH Urteil vom 28. April 1998, Rs. V-306/96, Slg. 1998, 1983, Rn. 17, *Javico/YSL*; ebenso OLG Düsseldorf Urt.v. 23. Juni 2004, WuW/E DE-R 1410 – *Tscheckisches Bier*.

<sup>14</sup> EuGH Urteil vom 7. Juni 1983, Rs. 100 bis 103/80, Slg. 1983, 1825, Rn. 86, *Musique Diffusion/Komm.*; ähnlich EuGH Urteil vom 1. Februar 1978, Rs. 19/77, Slg. 1978, 131, Rn. 9ff. – *Miller/Komm*; EuGH Urteil vom 25. Oktober 1983, Rs. 107/82, Slg. 1983, 3151, Rn. 56ff., *AEG Telefunken/Komm.*; vgl. GONZALES DIAZ in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Europäisches und Deutsches Recht, Kommentar, 2. Aufl., München 2009, Rn. 118 zu Art. 81 Abs. 1 EGV; vgl. auch BECHTOLD/BRINKER/BOSCH/ HIRSBRUNNER, EG-Kartellrecht, Kommentar, München 2005, Rn. 101 zu Art. 81 Abs. 1 EG.

<sup>15</sup> Vgl. nur die Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, FN 12.

<sup>16</sup> Vgl. Leitlinien, Tz. 61.

<sup>17</sup> Art. 2 Abs. 5 Vertikal-GVO.

<sup>18</sup> Vgl. insofern die Verordnung (EU) Nr. 461/2010 vom 27. Mai 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen im Kraftfahrzeugsektor, ABl. 2010 L 129, 52.

<sup>19</sup> Vgl. Art. 2 Abs. 4 Vertikal-GVO.

<sup>20</sup> Sog. Dual-Distribution oder zweigleisiger Vertrieb.

<sup>21</sup> Vgl. Art. 2 Abs. 4 lit. a Vertikal-GVO; vgl. auch die entsprechende Regelung für Dienstleistungsanbieter bzw. Abnehmer in Art. 2 Abs. 4 lit. b Vertikal-GVO; vgl. ferner die Leitlinien, Tz. 28.

<sup>22</sup> BECHTOLD, *GWB, Kartellgesetz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, Kommentar, 6. Aufl. München 2010, § 2 Rn. 38; MALEC/BODUNGEN, *Die neue Vertikal-GVO und ihre Auswirkungen auf die Gestaltung von Liefer- und Vertriebsverträgen*, BB 2010, S. 2382 ff., S. 2385.

<sup>23</sup> Pressemitteilung vom 20. April 2010, IP/10/445; vgl. die Kritik dazu bei LETTL, *Die neue Vertikal-GVO* (EU Nr. 330/2010), WRP 2010, S. 807 ff., S. 811.

<sup>24</sup> Vgl. Leitlinien, Tz. 96; vgl. auch LG Berlin, Urteil vom 24. Juli 2007, 16 O 412/07 Kart, GRUR-RR 2008, S. 252 f.

eine vertikale Vereinbarung eine Klausel, die als Kernbeschränkung qualifiziert wird, führt dies dazu, dass der gesamte Vertrag nicht durch die Vertikal-GVO freigestellt werden kann.<sup>25</sup> Es gilt die Vermutung, dass die in Art. 101 Abs. 3 AEUV geregelten Freistellungsvoraussetzungen nicht erfüllt werden können.<sup>26</sup> Zwar steht den Beteiligten der Nachweis des Gegenteils offen, in der Praxis gelingt es jedoch nur selten nachzuweisen, dass die Vereinbarung Effizienzen mit sich bringt, die die negativen Auswirkungen überwiegen und sie dazu unerlässlich ist.<sup>27</sup>

[Rz 14] Zu den Kernbeschränkungen zählt gem. Art. 4 lit. a Vertikal-GVO vor allem die Festsetzung von Preisen auf der unteren Marktstufe. Relevant für den Online-Handel ist daneben vor allem das grundsätzliche Verbot des Art. 4 lit. b Vertikal-GVO, das Absatzgebiet oder die Kundengruppe, in das oder an die Waren verkauft werden, zu beschränken. Zulässig bleibt jedoch ein Verbot von aktiven Verkaufsbemühungen, wenn einem Händler ein Gebiet exklusiv zugewiesen ist (Art. 4 lit. b i) Vertikal-GVO). Art. 4 lit. c Vertikal-GVO untersagt ausserdem eine Beschränkung des (aktiven oder passiven) Verkaufs an Endverbraucher im Rahmen eines selektiven Vertriebssystems. Hier spielt eine erhebliche Rolle, dass es für Online-Händler, die die vom Kunden erworbenen Produkte ohnehin zum Kunden versenden, der Empfangsort weitgehend unerheblich ist. Auch Verkaufsbemühungen im Internet lassen sich online ohne Weiteres gebiets- und grenzüberschreitend vornehmen (siehe dazu ausführlich Teil III. unten).

[Rz 15] Das Freistellungshindernis gilt nur, wenn die (Kern-) Beschränkung von den Parteien bezweckt wird. Es genügt demnach nicht, wenn die Beschränkung lediglich eine Auswirkung der Durchführung der Vereinbarung ist.<sup>28</sup> Jedoch kommt es nicht auf die subjektive Absicht der Parteien an, sondern auf den Inhalt der Vereinbarung und die objektiven Ziele, die damit verfolgt werden.<sup>29</sup> Eine Beschränkung kann sich im Übrigen auch indirekt durch die Ausübung von Druck oder die Gewährung von Anreizen ergeben und zwar unabhängig davon, ob der Abnehmer rechtlich gesehen seine Entscheidungsfreiheit behält.<sup>30</sup>

#### d. Übertragung auf den Internetvertrieb

[Rz 16] Die Vertikal-GVO enthält keine spezifischen Regelungen zu Online-Sachverhalten.<sup>31</sup> Zwar hat die EU-Kommission in den neuen Leitlinien Klarstellungen vorgenommen, wie aus ihrer Sicht die allgemeinen Bestimmungen der Vertikal-GVO auf den Online-Vertrieb anzuwenden sind. Die Leitlinien binden indes weder die (nationalen und gemeinschaftlichen) Gerichte noch die nationalen Wettbewerbsbehörden.<sup>32</sup> Dies birgt die Gefahr, dass die Vertikal-GVO innerhalb der Mitgliedstaaten insbesondere in Bezug auf Fälle mit Online-Bezug unterschiedlich ausgelegt wird.<sup>33</sup> Immerhin wird die Kommission selbst im Sinne des Vertrauensschutzes an die Leitlinien gebunden und wird keine Verfahren gegen vertikale Abreden eröffnen, die im Einklang mit ihren Leitlinien sind.

[Rz 17] Bei der Überarbeitung der Leitlinien ist die Kommission nicht von ihrer Grund-Auffassung abgewichen: Zum einen werden Beschränkungen des Internetvertriebs grundsätzlich nach wie vor als (Weiter-) Verkaufsbeschränkungen behandelt und nicht als Einschränkung in Bezug auf die Ausgestaltung des Verkaufsformats.<sup>34</sup> Beschränkungen der Verkaufsmöglichkeiten über das Internet und die Beschränkungen der Werbemöglichkeiten werden dabei prinzipiell gleich behandelt.<sup>35</sup> Zum anderen wird die Nutzung des Internets zu Werbe- oder Verkaufszwecken dem Grundsatz nach weiterhin als eine Form von passiven Verkaufsbemühungen angesehen, deren Einschränkung grundsätzlich in allen Vertriebsformen eine Kernbeschränkung darstellt.<sup>36</sup> Somit postulieren die Leitlinien das Prinzip des freien Internetvertriebs.<sup>37</sup> Hintergrund ist das rechtspolitisch verfolgte Ziel der EU-Kommission, den Internetvertrieb so weit wie möglich von Beschränkungen freizuhalten, sodass sich

<sup>25</sup> Leitlinien, Tz. 47 S. 1; vgl. hierzu auch LETTL, S. 813.

<sup>26</sup> Leitlinien, Tz. 47 S. 3.

<sup>27</sup> Leitlinien, Tz. 47 S. 4 f. sowie 96 ff. und 106 ff.; vgl. auch ELLGER in Immenga/Mestmäcker, N 428 zu Art. 81 Abs. 1 EG.

<sup>28</sup> LETTL, S. 812; SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, Die Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen, Praxiskommentar, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 2008, Rn. 451 («SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, Komm.»).

<sup>29</sup> Vgl. MESTMÄCKER/SCHWEITZER, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., München 2004, S. 284, die von der Abrede «objektiv innewohnenden Tendenz» sprechen.

<sup>30</sup> Vgl. die Beispiele bei VEELKEN in Immenga/Mestmäcker, Vertikal-GVO Rn. 202; sowie bei SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, Komm., Rn. 450 ff.; vgl. Leitlinien, Tz. 50.

<sup>31</sup> Vgl. zur Kritik hierzu: RÖSNER, Aktuelle Probleme der Zulässigkeit von Selektivvertriebssystemen vor dem Hintergrund der Reform der Vertikal-GVO, WRP 2010, S. 1114 ff., S. 1123.

<sup>32</sup> Vgl. Leitlinien, Tz. 4.

<sup>33</sup> Vgl. die Stellungnahme der GRUR durch den Fachausschuss für Kartellrecht zu dem Entwurf einer Verordnung über die Anwendung von Art. 81 III EG auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, GRUR 2010, S. 37 ff.

<sup>34</sup> Vgl. Leitlinien, Tz. 52; vgl. ferner das Referat von Luc Peepkorn (EU-Kommission) anlässlich des 5. atelier de la concurrence, festgehalten im dazugehörigen Tagungsbericht, S. 4., abrufbar unter «[www.atelier-concurrence.ch/docs/tagungsberichte5/tagungsbericht\\_5eme\\_atelier.pdf](http://www.atelier-concurrence.ch/docs/tagungsberichte5/tagungsbericht_5eme_atelier.pdf)», (besucht am 14. April 2011).

<sup>35</sup> Leitlinien, Tz. 53; vgl. auch SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, Wasserstandsmeldung aus Brüssel: Änderungsvorschläge der EU-Kommission zur Vertikal-GVO für 2010, BB 2009, S. 2266 ff., S.2269 («SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, BB»).

<sup>36</sup> Vgl. Leitlinien, Tz. 52; KIRSCH, Kann das Kartellrecht E-commerce kontrollieren?, WuW 2005, S. 986 ff., S.995; LETTL, S. 816 f.; MALEC/BODUNGEN, S. 2388; MURACH/SCHAUMBURG, Die (neue) Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung, GWR 2010, S. 210 ff.; WIRING, Kartellrecht und eCommerce – Neue Leitlinien der Kommission konkretisieren kartellrechtliche Vorgaben für den Onlinehandel, MMR 2010, S. 659 ff., S. 659 f.

<sup>37</sup> Leitlinien, Tz. 52 S. 2.

dieser grösstmöglich entfalten kann. Damit soll ein Beitrag zur Schaffung eines integrierten Binnenmarkts geleistet werden, in dem die Verbraucher unabhängig von ihrem Wohnort in jedem Mitgliedstaat frei einkaufen können.<sup>38</sup>

[Rz 18] Hingegen stellt die Nutzung des Internets zu Werbeer oder Verkaufszwecken nach Ansicht der Kommission dann eine aktive Verkaufsbemühung dar, wenn dadurch potentielle Kunden in bestimmten Gebieten oder bestimmten Kundengruppen gezielt angesprochen werden sollen<sup>39</sup>.

### e. Regelungen in der Schweiz und Deutschland

[Rz 19] Nach dem schweizerischen Kartellgesetz (KG) sind vertikale Abreden, die den Wettbewerb beeinträchtigen, nicht grundsätzlich verboten. Sie sind jedoch gem. Art. 5 KG unzulässig, wenn sie den Wettbewerb auf einem Markt erheblich beeinträchtigen und sich dabei nicht durch wirtschaftliche Effizienz rechtfertigen lassen oder wenn sie den wirksamen Wettbewerb gänzlich beseitigen. Auch die WEKO hält in Ziff. 13 Abs. 1 Vertikal-Bekanntmachung (VertBek) fest, dass für die Frage der Wettbewerbsbeeinträchtigung quantitative Kriterien, d.h. insbesondere die Marktanteile auf den betroffenen relevanten Märkten, zu berücksichtigen sind.<sup>40</sup> Mit Ausnahme von Abreden, die aufgrund ihres Gegenstandes als qualitativ erheblich gelten (Wettbewerbsabreden nach Ziff. 12 Abs. 2 VertBek) sind Abreden zwischen Parteien mit jeweils nicht mehr als 30% grundsätzlich zulässig.<sup>41</sup>

[Rz 20] Für bestimmte vertikale Abreden, die nach der europäischen Regelung Kernbeschränkungen darstellen, besteht gemäss Art. 5 Abs. 4 KG die gesetzliche Vermutung, dass solche Vereinbarungen den Wettbewerb beseitigen. Dies gilt insbesondere für Abreden über die Festlegung von Mindest- oder Festpreisen für den Wiederverkauf der Vertragsprodukte<sup>42</sup> und die Vereinbarung eines absoluten Gebietsschutzes.<sup>43</sup>

[Rz 21] Die WEKO hat in der VertBek die Voraussetzungen umschrieben, wann eine vertikale Vereinbarung ihrer Ansicht nach<sup>44</sup> den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt und wann dies gerechtfertigt werden kann. Darüber hinaus gibt die WEKO zu erkennen, wie die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt werden kann.<sup>45</sup> Inhaltlich ist die VertBek stark an die Vertikal-GVO angelehnt, sodass deren Grundzüge mit dem europäischen Vorbild übereinstimmen.<sup>46</sup>

[Rz 22] Kommt es in einem innerdeutschen Verhältnis auf die deutschen Kartellrechtsregeln an, gelten das grundsätzliche Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen (§ 1 GWB) und die Freistellungsmöglichkeit des § 2 GWB. § 2 Abs. 2 GWB enthält einen dynamischen Verweis auf die jeweils gültigen EU-Gruppenfreistellungsverordnungen, so dass die Grundsätze des EU-Kartellrechts in dieser Hinsicht auch im alleinigen Anwendungsbereich des deutschen Kartellrechts Geltung beanspruchen.<sup>47</sup>

## 2. Alleinvertriebssysteme im Internet

### 2.1 Wesen der Alleinvertriebsvereinbarung

[Rz 23] Die wohl am häufigsten anzutreffende Vertriebsform ist der Alleinvertrieb.<sup>48</sup> Eine Alleinvertriebsvereinbarung zeichnet sich primär dadurch aus, dass sich der Lieferant verpflichtet, seine Produkte zum Weiterverkauf in einem bestimmten geografischen Gebiet (oder für eine bestimmte Kundengruppe) nur an einen einzelnen von ihm ausgewählten Vertriebshändler zu liefern.<sup>49</sup> Die Gebietsbeschränkung gilt dabei traditionell offline, so dass sich die Frage stellt, welche Folgen solche Vereinbarungen für den Online-Handel haben. Bisweilen wird der Internetvertrieb ausdrücklich mitgeregelt. Um solche Gebiets- bzw. Kundenzuteilung zu verstärken, will der Anbieter in der Regel in seinen Vertriebsverträgen zusätzlich vereinbaren, dass Alleinvertriebshändler, die er in anderen Gebieten eingesetzt bzw. denen er eine andere Kundengruppe zugewiesen hat, keine Verkäufe in/an ihnen nicht zugewiesene Gebiete/Kunden vornehmen dürfen.<sup>50</sup>

### 2.2 Freistellung nach Vertikal-GVO

[Rz 24] Typische Abreden in Alleinvertriebsverträgen führen in der Regel zu spürbaren Beschränkungen des Intra-brand-Wettbewerbs und bedürfen deshalb meist einer Freistellung vom Verbot in Art. 101 Abs. 1 AEUV. Eine Freistellung nach der Vertikal-GVO ist aber nur möglich, wenn es sich nicht um eine Kernbeschränkung handelt. Nach Art. 4 lit. b Vertikal-GVO ist jede Beschränkung des Gebiets oder der Kundengruppe, in das bzw. an die ein an der Vereinbarung beteiligter Abnehmer Vertragswaren verkaufen darf, eine

<sup>38</sup> Vgl. Leitlinien, Tz. 7.

<sup>39</sup> Vgl. Leitlinien, Tz. 51 in fine.

<sup>40</sup> Vgl. Ziff. 12 Abs. 1 VertBek.

<sup>41</sup> Vgl. Ziff. 16 Abs. 2 VertBek.

<sup>42</sup> Vgl. dazu KRAUSKOPF/SCHALLER in: Amstutz/Reinert, Basler Kommentar, Kartellgesetz, Basel 2010, N 493 ff. zu Art. 5 KG.

<sup>43</sup> Vgl. dazu KRAUSKOPF/SCHALLER, N 526 ff. zu Art. 5 KG.

<sup>44</sup> Anders als die Vertikal-GVO ist die VertBek für die Gerichte nicht bindend, vgl. Erwägungsgrund XIII VertBek.

<sup>45</sup> Ziff. 11 VertBek.

<sup>46</sup> Vgl. Erwägungsgrund VI und VII VertBek.

<sup>47</sup> In diesem Sinne auch, IMMENGA, Internet-Auktionsplattformen im Fokus des Kartellrechts, K&R 2010, S. 24 ff., S. 25.

<sup>48</sup> So auch SEELIGER in Wiedemann, § 10 Rn. 153.

<sup>49</sup> Sog. Alleinbelieferungspflicht bzw. aus Sicht des Händlers ein Alleinvertriebsrecht; vgl. Leitlinien, Tz. 151; KLOTZ in: von der Groeben/Schwarze, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 6. Aufl., Baden-Baden 2003, Art. 81 Anhang Rn. 128; PETSCHKE, in: Liebscher/Flohr/Petsche, Handbuch der EU-Gruppenfreistellungsverordnungen, Wien 2003, § 7 Rn. 193.

<sup>50</sup> Beispielsweise um zu verhindern, dass die Vertragsprodukte in einem Gebiet mit höherem Preisniveau auch aus Gebieten mit tieferem Preisniveau bezogen werden können und so das sog. Arbitrage-Potenzial verringern. vgl. dazu bspw. EuGH Urteil vom 1.2.1978, Rs. 19/77, Slg. 1978, 131, Miller/Kommission.

Kernbeschränkung, die grundsätzlich nicht freistellungsfähig ist.

[Rz 25] Eine Kundengruppe ist die Zusammenfassung mehrerer Kunden nach abstrakten Merkmalen.<sup>51</sup> Als Gebietsbeschränkung wird die räumliche, an der Ansässigkeit der Abnehmer orientierte Abgrenzung von Kundengruppen angesehen.<sup>52</sup> Letztlich ist die Gebietsbeschränkung damit ein Unterfall der Kundengruppenbeschränkung: eine gebietsbezogene Kundenbeschränkung. Eine Beschränkung liegt nicht nur dann vor, wenn der Zugang zu bestimmten Kunden vollständig ausgeschlossen wird, sondern auch, wenn der Zugang lediglich eingeschränkt wird.<sup>53</sup>

[Rz 26] Eine bedeutende Ausnahme vom Verbot von Gebiets- oder Kundenbeschränkungen enthält Art. 4 lit. b i) Vertikal-GVO. Danach bleibt der Schutz von Gebieten oder Kundengruppen, die ausschliesslich einem Händler zugewiesen wurden, vor aktiven Verkäufen zulässig. Dementsprechend wird «lediglich» der absolute Gebietsschutz und damit die Einschränkung von Passivverkäufen in exklusiv zugewiesene Gebiete oder an Kunden als Kernbeschränkung eingestuft. Entsprechende Abreden sind demnach kartellrechtlich immer unzulässig.

[Rz 27] Während also Beschränkungen zulässig sind, wenn sie aktive Vertriebsbemühungen umfassen, ist die Beschränkung von passiven Massnahmen unzulässig.<sup>54</sup> Werden auch die Passivverkäufe verboten, handelt es sich um einen absoluten Gebietsschutz bzw. Kundenschutz, der in der EU nicht «gruppenfreigestellt» werden kann und nach schweizerischem Recht vermutungsweise zu einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs führt.<sup>55</sup>

### 2.3 Aktive und passive Verkaufsbemühungen

[Rz 28] Die Differenzierung zwischen aktivem und passivem Verkauf ist für die Zulässigkeit der vertraglichen Beschränkungen einzelner Vertriebsformen und Werbemassnahmen also von entscheidender Bedeutung. Schon offline bereitet die Zuordnung einige Probleme.<sup>56</sup> Die Einordnung verschiedener Werbemassnahmen im Internet fällt zum Teil noch schwerer. Auch bei der Überarbeitung der Vertikal-GVO war die Einordnung des Internetvertriebs eine der am heftigsten diskutierten Fragen.<sup>57</sup> In der Vertikal-GVO selbst finden sich

denn auch keine Hinweise. Lediglich in den Leitlinien sind Anhaltspunkte enthalten.

[Rz 29] Nach den Leitlinien meint «aktiver» Verkauf die aktive Ansprache einzelner Kunden, z.B. durch E-Mail-Direktwerbung, oder die aktive Ansprache einer bestimmten Kundengruppe oder von Kunden in einem bestimmten Gebiet über Werbung in den Medien oder im Internet, die sich gezielt an die betreffende Kundengruppe oder gezielt an die Kunden in dem betreffenden Gebiet richtet. Auch Werbung, die für den Händler nur interessant ist, wenn sie (auch) eine bestimmte Kundengruppe erreicht, gilt als «aktiver» Verkauf im Hinblick auf diese Kundengruppe.<sup>58</sup>

[Rz 30] Dagegen liegt nach den Leitlinien lediglich passiver Verkauf vor, wenn der Händler unaufgeforderte Bestellungen von einzelnen Kunden ausführt. Verkaufsförderungsmassnahmen, die auch Kundengruppen erreichen, die anderen Händlern (ausschliesslich) zugewiesen sind, gelten dann als passiv, wenn diese Kundengruppen nur reflexartig erreicht werden und die Werbemassnahme bei vernünftiger Betrachtungsweise auch dann durchgeführt worden wäre, wenn diese Kundengruppen nicht erreicht werden würden.<sup>59</sup>

[Rz 31] Nach diesen Definitionen ist zunächst klar, dass es sich bei aktivem Verkauf stets um ein Absatz förderndes Tätigwerden des Anbieters handeln muss. Grob gesprochen wird also beim aktiven Verkauf der Verkäufer, resp. der Händler zuerst tätig um den Verkaufsprozess einzuleiten, während beim passiven Verkauf der Käufer unaufgefordert, d.h. aus eigener Initiative, den ersten Schritt in Richtung Vertragsabschluss macht.<sup>60</sup>

[Rz 32] Wird der Anbieter also von einem potenziellen Käufer zum Unterbreiten einer Offerte aufgefordert, z.B. per E-Mail oder durch Einleiten des Bestellprozesses in einem Online-Shop, handelt es sich um einen passiven Verkauf, wenn sich daraus ein Abschluss eines Kaufvertrags ergibt.<sup>61</sup>

[Rz 33] Es liegt auf der Hand, dass diese Definitionen nur generelle Leitlinien bilden und in den Zwischenbereichen keine endgültigen Lösungen zulassen. Zwar kann es danach nicht als aktives absatzförderndes Tätigwerden angesehen werden, wenn der Händler seine Website so ausgestaltet, dass Bestellungen aller Kundengruppen unabhängig vom Wohnort initiiert werden können. Unschärf wird die Abgrenzung aber schon, wenn für den Online-Shop etwa im Fernsehen, dem überregionalen Radio oder eben auf weltweit abrufbaren Internetseiten geworben wird.

<sup>51</sup> VEELKEN in Immenga/Mestmäcker, Vertikal-GVO Rn. 200.

<sup>52</sup> VEELKEN in Immenga/Mestmäcker, Vertikal-GVO Rn. 199.

<sup>53</sup> VEELKEN in Immenga/Mestmäcker, Vertikal-GVO Rn. 207.

<sup>54</sup> Vgl. für die Einzelheiten Abschnitt II 1.1.

<sup>55</sup> Vgl. Art. 4 lit. b i) Vertikal-GVO; SEELIGER in Wiedemann, § 10 Rn. 153; Art. 5 Abs. 4 KG sowie Ziff. 10 Abs. 1 lit. b VertBek.

<sup>56</sup> Vgl. zur Differenzierung zwischen Aktiv- und Passivverkauf in den Leitlinien Tz. 51 S. 7 ff., sowie u.a. SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, Komm., Rn. 571 ff.; PAUTKE/SCHULTZE, Internet und Vertriebskartellrecht – Hausaufgaben für die Europäische Kommission, BB 2001, S. 317 ff., S. 321.

<sup>57</sup> Vgl. BARON in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Vertikal-GVO Rn. 192 mit weiteren Nachweisen; Abschlussbericht des

Online-Commerce-Roundtable, abrufbar unter: <ec.europa.eu/competition/consultations/2009\_online\_commerce/roundtable\_report\_en.pdf> (besucht am 14. April 2011).

<sup>58</sup> Leitlinien, Tz. 51 erster Spiegelstrich.

<sup>59</sup> Leitlinien, Tz. 51 zweiter Spiegelstrich.

<sup>60</sup> In diesem Sinne wohl auch LETTL, S. 815.

<sup>61</sup> Vgl. in diesem Sinne Leitlinien, Tz. 52, S. 5 und 6; vgl. dazu auch die Ausführungen bei LETTL, S. 815.

[Rz 34] Die Leitlinien präzisieren daher, dass es für das Vorliegen eines aktiven Verkaufs entscheidend sei, dass das absatzfördernde Tätigwerden «gezielt» auf die Kunden ausgerichtet war, die anschliessend auch bei dem Händler Bestellungen tätigen. Gemeint ist damit die gezielte Ansprache einzelner Kunden oder bestimmter Kundengruppen. Klar aktiv ist damit die gezielte Direktansprache einzelner potenzieller Kunden per E-Mail oder Briefpost. Unschärf bleibt die Abgrenzung aber für die Beurteilung von Werbe- und Verkaufsförderungsmassnahmen.<sup>62</sup>

[Rz 35] Die Kommission ergänzt in den Leitlinien, dass Werbe- oder Verkaufsförderungsmassnahmen als aktiv gelten, die für den Händler nur interessant sind, wenn sie (auch) eine bestimmte Kundengruppe (bzw. Kunden in einem bestimmten Gebiet) erreichen. Demgegenüber handelt es sich um passive Verkäufe, wenn die Verkaufsförderungsmassnahmen die anderen Kundengruppen bzw. Kunden in den anderen Gebieten lediglich *en passant* mit angesprochen werden und diese Werbemassnahmen eine vernünftige Alternative zur Ansprache von ausschliesslich den Kunden ausserhalb dieser anderen Gebiete darstellen. Von einer solchen vernünftigen Alternative, die eben auch andere Kunden anspricht, sei auszugehen, wenn es für den Abnehmer auch dann attraktiv wäre, die entsprechenden Investitionen zu tätigen, wenn Kunden in den Gebieten oder Kundengruppen, die anderen Händlern (ausschliesslich) zugewiesen sind, nicht erreicht würden. Die entscheidenden Begrifflichkeiten erläutert die Kommission nicht weiter. Es geht der Kommission aber offenbar um die – objektiv zu beurteilende – betriebswirtschaftliche Sinnhaftigkeit.<sup>63</sup>

[Rz 36] Was dies für die einzelnen Werbe- und Verkaufsförderungsmassnahmen heisst, muss jeweils eine Einzelfallbeurteilung der jeweiligen Massnahme zeigen.<sup>64</sup>

### 3. Selektive Vertriebssysteme im Internet

#### 3.1 Wesen von selektiven Vertriebssystemen

[Rz 37] Beim selektiven Vertrieb wählt ein Anbieter seine Händler nach festgelegten (qualitativen oder quantitativen) Kriterien aus und verpflichtet sich gegenüber den Händlern, die Vertragsprodukte ausschliesslich an Händler zu liefern, die diesen Kriterien entsprechen. Die vom Anbieter ausgewählten (zugelassenen) Händler verpflichten sich ihrerseits, die Vertragsprodukte an keine aussenstehenden, d.h. nicht zugelassenen, Händler weiter zu veräussern.<sup>65</sup> Der Selektivvertrieb wird vorwiegend verwendet bei hochtechnischen

Produkten und Luxusgütern. In der Regel handelt es sich dabei um Markenprodukte.<sup>66</sup>

[Rz 38] Im Rahmen eines qualitativen selektiven Vertriebssystems vertriebt der Händler seine Produkte nur an ausgewählte Händler, deren Ladengeschäfte oder deren Verkaufspersonal gewisse objektive qualitative Anforderungen erfüllen. Beispiele hierfür sind eine bestimmte Geschäftsausstattung und Sortimentsbreite oder das Anbieten von festgelegten Services für die Kunden.<sup>67</sup> Auch der Ausschluss reiner Online-Händler<sup>68</sup> einerseits oder bestimmte Qualitätsrichtlinien an Verkaufs-Websites fallen darunter. Solche qualitativen Kriterien können – zumindest theoretisch – von jedem Händler, der am Vertrieb interessiert ist, erfüllt werden<sup>69</sup> und begrenzen damit die Zahl der Händler nicht unmittelbar.

[Rz 39] Demgegenüber wird bei einem quantitativen selektiven Vertriebssystem die Anzahl möglicher Vertriebsstellen direkt beschränkt, wobei in der Regel ebenfalls auch qualitative Anforderungen gestellt werden.<sup>70</sup> Dies kann entweder durch ausdrückliche Festlegung einer bestimmten Anzahl von Händlern in festgelegten Gebieten geschehen oder durch die Verpflichtung der Händler zu einem bestimmten Mindest- oder Höchstumsatz erreicht werden.<sup>71</sup> In diesen Fällen hat es nicht mehr allein der Händler in der Hand, ob er den Selektionskriterien gerecht wird.<sup>72</sup>

#### 3.2 Wettbewerbsbeschränkung im Selektivvertrieb

[Rz 40] Ein selektives Vertriebssystem schränkt grundsätzlich die wettbewerbliche Handlungsfreiheit der gebundenen Händler und den Intra-brand-Wettbewerb ein.<sup>73</sup>

##### a. Qualitative Selektivvereinbarungen

[Rz 41] Dennoch liegt nach ständiger Rechtsprechung des EuGH bei rein qualitativen Selektivvertriebsvereinbarungen grundsätzlich keine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV vor, wenn:

- die Eigenschaften des Produkts zur Wahrung seiner Qualität und zur Gewährleistung seines richtigen Gebrauchs ein selektives Vertriebssystem erfordern,
- die Auswahl der Wiederverkäufer auf objektiven qualitativen Kriterien beruht, die einheitlich für alle

<sup>62</sup> Vgl. auch LETTL, S. 815.

<sup>63</sup> So LETTL, S. 816.

<sup>64</sup> Siehe dazu unten Teil III.

<sup>65</sup> Vgl. Art. 1 lit. e Vertikal-GVO; Ziff. 4 Abs. 1 VertBek.

<sup>66</sup> Vgl. Leitlinien, Tz. 174.

<sup>67</sup> Vgl. Leitlinien, Tz. 175

<sup>68</sup> Kommission Entsch. v. 16.12.1991, ABl. EG 1992, L 12/24 («*Yves Saint Laurent*»); vgl. auch RÖSNER, S. 1116.

<sup>69</sup> KIRCHHOFF, in: Wiedemann, Kartellrecht, 2. Aufl. 2008, § 10 Rn. 48.

<sup>70</sup> Vgl. statt vieler VEELKEN in Immenga/Mestmäcker, Vertikal-GVO Rn. 225.

<sup>71</sup> PETSCHKE in Liebscher/Flohr/Petsche § 7 Rn. 214.

<sup>72</sup> KIRCHHOFF, in: Wiedemann, § 10 Rn. 48.

<sup>73</sup> Vgl. SEELIGER in: Wiedemann § 10 Rn. 178; ZIMMER in Immenga/Mestmäcker, Rn. 372 zu Art. 81 Abs. 1 EG; KRAUSKOPF/RIESEN in: Zäch, Das revidierte Kartellrecht in der Praxis, Zürich 2006, S. 83 ff., S. 88.



potenziellen Händler festgelegt und diskriminierungsfrei angewandt werden und

- diese Kriterien verhältnismässig, d.h. für die Wahrung der Qualität und zur Gewährleistung des richtigen Gebrauchs des betreffenden Produkts erforderlich sind.<sup>74</sup>

[Rz 42] Ob diese Bedingungen eingehalten sind, ist objektiv unter Berücksichtigung der Verbraucherinteressen zu prüfen.<sup>75</sup> Begründet wird diese Sonderbehandlung damit, dass der rein selektive Vertrieb als «gesunder Bestandteil des Wettbewerbs» zu erachten sei.<sup>76</sup> Damit sind die positiven Auswirkungen des Selektivvertriebs angesprochen. Denn dieser führt insbesondere dazu, dass ein Markenimage durch die Verwendung von einheitlichen Standards geschaffen wird, sodass er zur Förderung des Interbrand-Wettbewerbs, insb. des Qualitätswettbewerbs,<sup>77</sup> verhelfen kann.<sup>78</sup> Die Geschlossenheit des Systems verringert schliesslich auch die Gefahr, dass Trittbrettfahrer von den Leistungen der Händler profitieren.<sup>79</sup>

### b. Quantitative Selektivvereinbarungen

[Rz 43] Da der quantitative Selektivvertrieb eine noch weitergehende Beschränkung des Intrabrand-Wettbewerbs mit sich bringt, liegt regelmässig eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV vor,<sup>80</sup> die dementsprechend – anders als der rein qualitative Selektivvertrieb, der mit keinen weitergehenden Wettbewerbsbeschränkungen verknüpft ist – einer Freistellung bedarf.

### c. Selektivvertrieb im Schweizer Kartellrecht

[Rz 44] Diesen gefestigten Grundsätzen entsprechend wird auch im schweizerischen Kartellrecht davon ausgegangen, dass der rein qualitative Selektivvertrieb, welcher den vom EuGH aufgestellten Kriterien entspricht, nicht zu einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung führt.<sup>81</sup> Im Übrigen entspricht die Behandlung des Selektivvertriebs bzw. der in diesem Rahmen vereinbarten Klauseln im Ergebnis

grundsätzlich derjenigen des EU-Rechts<sup>82</sup>, sodass die vorangegangenen Ausführungen sinngemäss auch für die Rechtslage in der Schweiz gelten.

### 3.3 Selektivvertrieb nach der Vertikal-GVO

[Rz 45] Art. 1 Ziff. 1 lit. e Vertikal-GVO definiert selektive Vertriebssysteme als «Vertriebssysteme, in denen sich der Anbieter verpflichtet, die Vertragswaren oder -dienstleistungen unmittelbar oder mittelbar nur an Händler zu verkaufen, die anhand festgelegter Merkmale ausgewählt werden, und in denen sich diese Händler verpflichten, die betreffenden Waren oder Dienstleistungen nicht an Händler zu verkaufen, die innerhalb des vom Anbieter für den Betrieb dieses Systems festgelegten Gebiets nicht zum Vertrieb zugelassen sind». Die Freistellung nach Art. 2 Abs. 1 Vertikal-GVO gilt zunächst unabhängig von der Art des Vertriebssystems und auch für unverhältnismässige Selektionskriterien.<sup>83</sup>

[Rz 46] Umstritten ist hingegen die Frage, ob die Freistellung auch gilt, wenn Selektionskriterien diskriminierend angewendet werden,<sup>84</sup> d.h. Händler nicht zugelassen werden trotz Erfüllens der Selektionskriterien. Der Wortlaut und die Entstehungsgeschichte der Vertikal-GVO sprechen für eine Freistellung.<sup>85</sup> Letztlich ist eine diskriminierende Anwendung der qualitativen Selektionskriterien nichts anderes, als eine verdeckte quantitative Selektion der zugelassenen Händler, die nach der Vertikal-GVO bei Einhaltung der darin enthaltenen Voraussetzungen ebenfalls freigestellt ist<sup>86</sup>, solange die objektiven Auswahlkriterien im Voraus festgelegt wurden. Nicht erforderlich für die Freistellung ist, dass diese Kriterien bei der konkreten Auswahl der Händler im Einzelfall auch angewandt werden. Allerdings behält sich die Kommission vor, derartigen Vertriebssystemen die Gruppenfreistellung zu entziehen.<sup>87</sup>

[Rz 47] Das Verbot der Kernbeschränkung aus Art. 4 lit. b Vertikal-GVO, wonach Beschränkungen des Gebiets oder der Kunden einer Gruppenfreistellung im Wege stehen, gilt auch für den Selektivvertrieb. Nach der Ausnahmebestimmung in Art. 4 lit. b iii) Vertikal-GVO ist es dem Lieferanten jedoch gestattet, den zugelassenen Händlern den Verkauf an

<sup>74</sup> Vgl. insb. Urteile des EuGH vom 25. Oktober 1977, Rs. 26/76, Slg. 1997, S. 1875, Rn. 20 und 21, *Metro/Kommission (Metro I)*; vom 11. Dezember 1980, Rs. 31/80, Slg. 1980, S. 3775 ff., Rn. 15 und 16, *L'Oréal/PVBA*; vom 25. Oktober 1983, Rs. 107/82, Slg. 1983, S. 3151, Rn. 35, *AEG/Kommission*; vgl. auch die Nachweise bei NOLTE in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Europäisches Kartellrecht, 11. Aufl., München 2010, N 585 f. zu Art. 81 EG.

<sup>75</sup> EuG Urteil vom 12. Dezember 1996 Rs. T-19/92, Slg. 1996, II-1961, Rdnr. 106, *Leclerc/Kommission (Yves Saint Laurent)*.

<sup>76</sup> Vgl. dazu ZIMMER in Immenga/Mestmäcker, Rn. 372 zu Art. 81 Abs. 1 EG mit Nachweisen zur Rechtsprechung des EuGH.

<sup>77</sup> Vgl. MESTMÄCKER/SCHWEITZER, S. 317.

<sup>78</sup> Leitlinien, Tz. 185; PETSCH in Liebscher/Flohr/Petsche § 7 Rn. 215.

<sup>79</sup> Vgl. SCHUHMACHER in Liebscher/Flohr/Petsche § 9 Rn. 4.

<sup>80</sup> Vgl. RÖSNER, S. 1116; SEELIGER in Wiedemann, § 10 Rn. 180.

<sup>81</sup> Ziff. 14 VertBek; KRAUSKOPF/SCHALLER, N 225 f. zu Art. 5 KG.

<sup>82</sup> Vgl. Verfügung der Wettbewerbskommission vom 30. November 2009 betreffend Gaba (Elmex), RPW 2010/1, S. 80 ff.; vgl. jedoch die Kritik bei GIGER, Vertikale Abreden – Entwicklungen im Schweizerischen und europäischen Kartellrecht, sic! 2010, S. 859 ff., S. 871 ff.

<sup>83</sup> Leitlinien, Tz. 176; in diesem Sinne wohl auch VEELKEN in Immenga/Mestmäcker, Vertikal-GVO Rn. 226.

<sup>84</sup> Bejahend: SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, Komm., N 107 ff. zu Art. 1 Vertikal-GVO; BARON in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Vertikal-GVO Rn. N 205; NOLTE, N 592 zu Art. 81 EG; Ablehnend: VEELKEN in Immenga/Mestmäcker, Vertikal-GVO Rn. 225 m.w.N.

<sup>85</sup> Vgl. dazu SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, Komm., N 104 zu Art. 1 Vertikal-GVO.

<sup>86</sup> NOLTE, N 592 zu Art. 81 EG.

<sup>87</sup> Leitlinien, Tz. 176.

nicht zugelassene Händler zu verbieten, die in einem Gebiet, in dem er das selektive Vertriebssystem betreibt, tätig sind.

[Rz 48] Nach Art. 4 lit. c Vertikal-GVO ist es verboten, zugelassenen Händlern, die in einem selektiven Vertriebssystem auf der Einzelhandelsstufe tätig sind, aktive oder passive Verkäufe an Endverbraucher zu untersagen. In selektiven Vertriebssystemen sind gegenüber Endverbrauchern jegliche Weiterverkaufsbeschränkungen untersagt. Der Unterscheidung zwischen aktiven und passiven Verkäufen kommt daher im Selektivvertrieb keine besondere Bedeutung zu.<sup>88</sup>

[Rz 49] Darüber hinaus muss auch Art. 4 lit. d Vertikal-GVO beachtet werden. Danach gilt eine Einschränkung von Querlieferungen zwischen Händlern innerhalb eines selektiven Vertriebssystems als Kernbeschränkung, auch wenn die Händler auf verschiedenen Handelsstufen tätig sind.

[Rz 50] Bei einer Kombination von Allein- und Selektivvertrieb ist jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob eine zulässige Beschränkung vorliegt.<sup>89</sup>

## II. Ausschluss oder Beschränkung des Internetvertriebs

[Rz 51] Die im Teil I. aufgezeigten Grundsätze rund um die Zulässigkeit der Beschränkung von Offline-Verkaufs- und Werbeformen sind nicht ohne Weiteres auf den Online-Bereich zu übertragen.<sup>90</sup> Dementsprechend hat auch die Kommission der Präzisierung der Unterscheidung zwischen aktivem und passivem Verkauf im Internetvertrieb in den Leitlinien besondere Absätze gewidmet.<sup>91</sup> Dabei geht die Kommission, wie bereits ausgeführt, davon aus, dass die Nutzung des Internets für Verkäufe oder für die Bewerbung des Online- oder Offline-Shops grundsätzlich eine passive Form der Verkaufsbemühung darstellt<sup>92</sup>. Die Kommission versucht aber auch Beispiele aufzuzeigen, die aus ihrer Sicht aktive Verkaufsbemühung darstellen. Diese Beispiele sowie ein Blick in die englische Fassung der Leitlinien<sup>93</sup> zeigen, dass es sich dabei grundsätzlich um Massnahmen handelt, mit welchen das Auffinden der Website durch gebietsfremde Kunden gezielt gefördert und erleichtert wird. Was dies im

Einzelnen bedeutet wird nachfolgend ausgeführt. Dabei soll unterschieden werden zwischen Beschränkungen des Online-Absatzes über eigens vom Händler betriebenen Shops sowie Beschränkungen des Online-Absatzes über Fremdportale, wie beispielsweise Auktionsseiten (eBay).

### 1. Eigener Onlineshop

[Rz 52] Der Internet-Vertrieb kann auf unterschiedlichste Art und Weise im Ergebnis ausgeschlossen, resp. beschränkt werden. Das explizite Verbot des Betriebs eines eigenen Online-Shops ist der klare Fall. Häufiger stellt sich jedoch die Frage, ob eine konkrete, vertragliche Verpflichtung des Händlers, etwa eine Informationspflicht zu den getätigten Verkäufen, Vorgaben an die Ausgestaltung des Online-Shops, minimale Absatzzahlen offline oder Dual-Pricing im Ergebnis einer kartellrechtlich verbotenen Beschränkung gleichkommen.

#### 1.1 Alleinvertriebssysteme

##### a. Möglichkeit des Totalverbots nur in engen Ausnahmefällen

[Rz 53] Die beschriebene Regelung des Alleinvertriebs wirft regelmässig die Frage auf, ob sich ein Lieferant die Nutzung des Internets und damit die «Internet-Kunden» vorbehalten kann.

[Rz 54] Ein genereller Vorbehalt der Internetkunden durch den Lieferanten führt zweifellos zu einer Einschränkung der Kunden (oder in der Terminologie Vertikal-GVO: der Kundengruppe) und wird damit von Art. 4 lit. b Vertikal-GVO erfasst.<sup>94</sup> Denn eine Beschränkung kann nicht nur in Form eines vollständigen Ausschlusses der Belieferung von Kunden vorliegen, sondern auch durch die Vorgabe von Modalitäten der Lieferung, wenn dadurch der Kreis der Abnehmer im Ergebnis eingeschränkt wird.<sup>95</sup> Einen Kundenkreis (neu: Kundengruppe) bildet auch die Gesamtheit der Käufer auf dem relevanten Markt, die in der Lage und bereit sind, über das Internet einzukaufen, weil es sich dabei um eine nach abstrakten, von der Beschränkung selbst unabhängigen Kriterien abgrenzbare Personengruppe handelt.<sup>96</sup> Zwar wird der Zugang zu diesen Kunden über andere Kanäle, d.h. offline, nicht ausgeschlossen, jedoch wird der Zugang beschränkt,

<sup>88</sup> Vgl. auch SEELIGER/KLAUSS, Auswirkungen der neuen Vertikal-GVO und Vertikal-Leitlinien auf den Internetvertrieb, GWR 2010, S. 233 ff.

<sup>89</sup> Vgl. dazu ausführlich SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, a.a.O.Komm., N 607; sowie SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, BB 2009, S. 2266 ff., S. 2268.

<sup>90</sup> SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, Komm., Rn. 578, plädieren deshalb dafür, die Differenzierung im Bereich des Internets gänzlich aufzugeben und beispielhafte Listen mit zulässigen und unzulässigen Beschränkungsmöglichkeiten aufzustellen; A.A. BARON in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Vertikal-GVO Rn. 193; VEELKEN in Immenga/Mestmäcker, Vertikal-GVO Rn. 207.

<sup>91</sup> Insbesondere die Tz. 52 und 53.

<sup>92</sup> Vgl. Leitlinien Tz. 52 sowie FN 35 oben.

<sup>93</sup> Leitlinien (bzw. Guidelines), insb. Tz. 53 S. 4 «[...] efforts to be found specifically in a certain territory [...]».

<sup>94</sup> A.A. BAUER in: Bauer/de Bronett, Die EU-Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, 2001 Köln 2001, Rn. 256, der ein generelles oder teilweises Verbot des Internetvertriebs nur dann als Kundenkreisbeschränkung, wenn der Händler nur mit Hilfe des Internets bestimmte Kunden erreichen kann. Dies könne nicht generell beantwortet werden, sondern einzelfallabhängig.

<sup>95</sup> BARON in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Vertikal-GVO Rn. 183; in diesem Sinne auch VEELKEN in Immenga/Mestmäcker, Vertikal-GVO Rn. 207.

<sup>96</sup> OLG München, Urteil vom 2. Juli 2009, U (K) 4842/08 (Sportartikel), GRUR-RR 2009, S. 394 ff., S. 395, insb. unter Hinweis auf VEELKEN in Immenga/Mestmäcker, Vertikal-GVO Rn. 207.

was nach Art. 4 lit. b Vertikal-GVO ausreicht.<sup>97</sup> Die Ausnahmebestimmung in Art. 4 lit. b i) Vertikal-GVO greift zudem nicht, weil diese es nur zulässt, dass aktive Verkäufe an vorbehaltene Kundengruppen untersagt werden. Folglich führt ein genereller Vorbehalt der Internetkunden dazu, dass passive Verkäufe an diese Kunden ebenfalls untersagt werden, was eine Kernbeschränkung darstellt, die einer Gruppenfreistellung im Wege steht. Bereits in den Leitlinien zur ausgelauften Vertikal-GVO vertrat die Kommission die Auffassung, dass der generelle Vorbehalt von Internetkunden und damit ein völliges Verbot des Internetvertriebs unzulässig sei, sofern dafür keine sachlich gerechtfertigten Gründe vorliegen.<sup>98</sup> Diese Gründe – auf welche weiter unten noch eingegangen wird – können jedoch im Allgemeinen nicht vorliegen, wenn der Lieferant selbst die Produkte über das Internet vertreiben darf.

[Rz 55] Strittiger als der generelle Vorbehalt könnte dagegen ein (Teil-) Vorbehalt des Internetvertriebs an bestimmte Kundengruppen sein, wie beispielsweise öffentliche Verwaltungen oder andere ausgewählte Grosskunden. Unter dem Regime der alten Vertikal-GVO wurde die Zulässigkeit solcher Klauseln vereinzelt in der Lehre vertreten.<sup>99</sup> Hingegen gilt auch hier, dass Passivverkäufe an diese Vorbehaltskunden weder direkt noch indirekt ausgeschlossen werden dürfen, ohne den Vorteil der Gruppenfreistellung einzubüssen. Folglich muss es einem Händler eindeutig gestattet sein, über das Internet an Kunden zu verkaufen, die eigentlich dem Lieferanten vorbehalten sind, solange er sich nicht aktiv an diese wendet.

**(i) Exklusive Zuweisung von Internetkunden an bestimmte Händler**

[Rz 56] Das soeben ausgeführte gilt auch für die exklusive Zuweisung von Internetkunden an bestimmte Händler. Das bedeutet zum einen, dass die generelle Zuweisung von Internetkunden an einen oder mehrere bestimmte Händler eine Kernbeschränkung im Sinne von Art. 4 lit. b Vertikal-GVO darstellt. Zum anderen muss es bei einer exklusiven Zuweisung bestimmter Kunden an einen einzelnen Händler allen anderen Händlern möglich sein, diese Kunden über das Internet passiv zu beliefern.

**(ii) Ausnahmefälle, die ein Totalverbot des Internetvertriebs rechtfertigen**

[Rz 57] Wie soeben ausgeführt käme ein genereller Vorbehalt bzw. eine exklusive Zuweisung aller «Internetkunden» und damit ein Totalverbot grundsätzlich einer Kernbeschränkung gleich und wäre damit in der Regel ein Verstoss gegen

Art. 101 Abs. 1 AEUV. Die Kommission unterstreicht dies damit, dass im Vergleich zu den bisherigen Verkaufsmethoden über das Internet mehr oder andere Kunden schnell und effektiv angesprochen werden können<sup>100</sup> und dem Internet folglich eine besonders wichtige Rolle für die Intensivierung des Wettbewerbs zukomme. Neben dem im Einzelfall grundsätzlich stets möglichen, aber schwierigen Nachweis von Effizienzgründen im Sinne von Art. 101 Abs. 3 AEUV bestehen jedoch besondere Umstände, in denen ein Totalverbot des Internetvertriebs gerechtfertigt sein kann.

**b. Totalverbot aus Gründen der Sicherheit oder der Gesundheit**

[Rz 58] In den Leitlinien hält die Kommission fest, dass die Vereinbarung von Kernbeschränkungen (wie beispielsweise das Totalverbot des Internetvertriebs) in Ausnahmefällen für eine Produkt oder Dienstleistung einer bestimmten Art oder Beschaffenheit als objektiv notwendig und angemessen angesehen werden können und deshalb gar nicht erst von Art. 101 Abs. 1 AEUV erfasst werden. Als Gründe hierfür werden öffentlich-rechtliche Vorschriften für die Sicherheit oder den Gesundheitsschutz<sup>101</sup> angegeben, die von den Parteien einzuhalten sind.<sup>102</sup> Damit dürfte jedoch ein Verbot des Vertriebs über das Internet nur in engen Grenzen gerechtfertigt werden können, auf jeden Fall nur, wenn keine milderen Mittel vorhanden sind, um die öffentlichen Interessen zu wahren.<sup>103</sup> Dies zeigt insbesondere auch das Beispiel des Totalverbots des Internetvertriebs von (24h-) Kontaktlinsen, welches vom deutschen Bundeskartellamt als unverhältnismässig angesehen wurde.<sup>104</sup>

**c. Zeitlich begrenztes Totalverbot zur Markterschliessung**

[Rz 59] Grundsätzlich stellt auch ein zeitlich begrenztes Verbot des Internetvertriebs, beispielsweise um eine neue Version eines Produkts bei der Markteinführung zunächst ausschliesslich offline zu vermarkten, eine Einschränkung des Passivverkaufs und damit eine Kernbeschränkung dar.<sup>105</sup> Hierzu zeigen aber die neuen Leitlinien<sup>106</sup>, dass es aus Sicht der Kommission für einen Zeitraum von bis zu zwei Jahren zulässig sein kann, den Internetvertrieb bzw. den Passivverkauf an die einem Händler zugewiesene Kundengruppe oder

<sup>97</sup> VEELKEN in Immenga/Mestmäcker, Vertikal-GVO Rn. 207; in diesem Sinne auch BARON in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Vertikal-GVO Rn. 183; A.A. wohl BAUER in Bauer/de Bronett/Bauer, Rn. 256.

<sup>98</sup> Mitteilung der Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291, S. 1, («Leitlinien-2000»), Tz. 51.

<sup>99</sup> So KIRSCH, S. 997.

<sup>100</sup> Leitlinien, Tz. 52.

<sup>101</sup> Vgl. hierzu auch EuGH v. 2. Dezember 2010, Rs. C-108/09, Slg. 2010, Ker-Optika, Rn. 78, worin eine nationale Regelung, die den Vertrieb von Kontaktlinsen im Internet verbietet, als unverhältnismässig bzw. unzulässig beurteilt wurde.

<sup>102</sup> So bereits Leitlinien-2000, Tz. 48; ferner die Schlussanträge des Generalanwalts Ján Mazák vom 3. März 2011, Rs. C-439/09 – Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS, Rn. 34.

<sup>103</sup> Vgl. SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, Komm., Rn. 556.

<sup>104</sup> BKartA, Beschl. v. 25.9.09, B 3 -123/08, WuW/E DE-V S. 1813 ff. Rn. 35.

<sup>105</sup> Vgl. SEELIGER/KLAUSS, S. 234.

<sup>106</sup> Leitlinien, Tz. 61.

in das dem Händler zugewiesene Gebiet zu verbieten. Dies gilt aber nur für Fälle eines echten Markteintritts. Ein solcher liegt etwa vor, wenn ein Händler als Erster eine neue Marke verkauft oder als Erster eine bestehende Marke auf einem neuen Markt verkauft.<sup>107</sup> Der Schutz vor Passivverkäufen könne unter diesen Umständen für die Amortisation von durch den Händler zu leistenden Investitionen rund um die Markteinführung und Positionierung einer Marke oder eines Produktes für den Zeitraum von bis zu zwei Jahren erforderlich sein. Ist dies der Fall, wäre eine entsprechende Vereinbarung nicht von Art. 101 Abs. 1 AEUV erfasst. Hier ist zu kritisieren, dass der Begriff der «neuen Marke» (in der englischen Fassung «new brand») unklar ist. Dies führt bei einer engen Auslegung des Begriffs dazu, dass die Einführung neuer Produkte unter einer bestehenden Marke – im Gegensatz zur Neu-Einführung etablierter Produkte, die bloss mit einer neuen Marke versehen werden – nicht davon erfasst wären.<sup>108</sup>

[Rz 60] Die Kommission äussert sich in den Leitlinien zudem auch zu Beschränkungen im Rahmen von Markteinführungstests und der gestaffelten Einführung neuer Produkte.<sup>109</sup> Hierzu wird jedoch lediglich festgehalten, dass den daran beteiligten Händlern während der Testphase bzw. der ersten Runde der gestaffelten Einführung nur Beschränkungen des aktiven Verkaufs ausserhalb des Testmarkts (bzw. des ersten Markts der gestaffelten Einführung) auferlegt werden können, ohne von Art. 101 Abs. 1 AEUV erfasst zu werden. Dies obwohl grundsätzlich eine Kernbeschränkung nach Art. 4 lit. b Vertikal-GVO vorliegen würde, weil es sich hier ausserhalb des Testmarkts in der Regel um noch nicht ausschliesslich zugewiesene oder vorbehaltene Gebiete handelt. Zur Erinnerung: In Alleinvertriebssystemen dürfen Aktivverkäufe nur dann untersagt oder beschränkt werden, wenn sie sich an Kunden in anderen Händlern ausschliesslich zugewiesenen oder vorbehaltenen Gebiete oder Kundengruppen wenden. Wiederum wird auch hier zu Recht kritisiert, dass es für das Funktionieren eines Testmarkts bzw. einer gestaffelten Markteinführung in jedem Fall schädlich ist, wenn die beteiligten Händler ihre Produkte über das Internet, d.h. grundsätzlich passiv, weltweit vertreiben können.<sup>110</sup> Welcher Einsatz des Internets dazu führt, dass die resultierenden Verkäufe nicht mehr als passiv, sondern als aktiv anzusehen sind und folglich auch hier verboten werden dürfen, wird weiter unten im Detail dargestellt.

#### **d. Zulässigkeit einer Pflicht zur vorgängigen Information des Herstellers über Internetvertrieb**

[Rz 61] Häufig vereinbart wird sodann eine vorgängige

Informationspflicht des Händlers für Verkäufe über das Internet in nicht exklusiv zugewiesene Gebiete oder an nicht exklusiv zugewiesene Kundengruppen. Ein Teil der Lehre vertritt hier die Auffassung, dass dies regelmässig als unzulässige Beschränkung zu betrachten sei.<sup>111</sup> Diese Ansicht teilt auch die Kommission und betrachtet derartige Pflichten grundsätzlich als abschreckend bzw. entmutigend für die betroffenen (Passiv-) Verkäufe. Allerdings betont sie, dass jeweils die gesamten Umstände des Einzelfalls mit zu berücksichtigen seien.<sup>112</sup>

#### **e. Zulässigkeit von Beschränkungen der Shop-Darstellung**

[Rz 62] Für den Lieferant ist es oft von Interesse, dem Händler Vorgaben und Qualitätsanforderungen in Bezug auf die Ausgestaltung seines Online-Shops oder seiner Website zu machen. Regelmässig wird auch die Zulässigkeit des Internetverkaufs von der Beachtung dieser Vorgaben vertraglich abhängig gemacht. Meist werden solche Vorgaben lediglich im Zusammenhang mit dem Selektivvertrieb untersucht. Jedoch stellt sich die Frage ebenfalls in Alleinvertriebssystemen.

[Rz 63] Aus kartellrechtlicher Sicht muss es dem Lieferanten auch im Alleinvertriebssystem möglich sein, seinen Händlern qualitative Vorgaben zu machen, wie die Vertragsprodukte im Internet präsentiert werden.<sup>113</sup> Er muss insbesondere verhindern können, dass die Ausgestaltung der Website seiner Händler das Image seiner Firma oder seiner Marke bzw. Produkte beeinträchtigt. Denkbare Vorgaben sind beispielsweise die fotografische Abbildung der Vertragsprodukte, die Angabe bestimmter Produktinformationen, die Errichtung einer Hotline oder das Verbot von Bannern, die das Image beeinträchtigen.<sup>114</sup>

[Rz 64] Mit derartigen Vorgaben wird zwar die Freiheit der Händler, mit beliebigen Mitteln ihre Waren zu verkaufen, über die Einräumung des Alleinvertriebsrechts und eines Gebietsschutzes hinaus noch weitergehend beschränkt.<sup>115</sup> Einer entsprechenden Verpflichtung, die Website in einer bestimmten Form auszugestalten, wird es aber regelmässig an erkennbaren Auswirkungen auf Dritte und damit einer spürbaren Wettbewerbsbeschränkung fehlen. Solange der Händler nicht verpflichtet ist, die Produkte nur an Endverbraucher oder Wiederverkäufer zu liefern, die diesen Anforderungen gerecht werden<sup>116</sup>, führen solche Vorgaben an die

<sup>107</sup> Vgl. hierzu auch Cour d'appel Paris, Urteil vom 18. April 2008, 07/04360, SARL PMC Distribution/SAS Pacific Creation, S. 6.

<sup>108</sup> WIRING, S. 660; SEELIGER/KLAUSS, S. 234.

<sup>109</sup> Leitlinien, Tz. 62.

<sup>110</sup> SEELIGER/KLAUSS, S. 234; mit Verweis auf dieselben WIRING, S. 660.

<sup>111</sup> NOLTE, Rn. 570 zu Art. 81 EG.

<sup>112</sup> Kommission Entsch. v. 16. Juli 2003, COMP/37.975, Rn.107 ff., ferner Rn. 171, *Yamaha*.

<sup>113</sup> So auch NOLTE, Rn. 568 zu Art. 81 EG; In diesem Sinne wohl auch LETTL, S. 818; PETSCHKE in Liebscher/Flohr/Petsche § 7 Rn. 132; BARON in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Vertikal-GVO Rn. 191.

<sup>114</sup> SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, Komm., Rn. 446.

<sup>115</sup> Vgl. Kommission Entsch. v. 17. April 1980, ABl. 1980 L 120, S. 26 ff., S. 28, *Krups*; KIRCHHOFF in Wiedemann, Rn. 271 f.

<sup>116</sup> Dies war der Fall in der Entscheidung der Kommission v. 27. November

Ausgestaltung des Online-Shops der Händler grundsätzlich nicht zu einer Einschränkung des Kundenkreises. Es wird vielmehr die Art und Weise des Wiederverkaufs durch die Händler geregelt, sodass Art. 4 lit. b Vertikal-GVO nicht einschlägig ist.<sup>117</sup> Dementsprechend sind derartige Vereinbarungen nach der Vertikal-GVO freigestellt, sofern keine der Parteien die Marktanteilsschwelle von 30% überschreitet und die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind. Zu beachten ist jedoch, dass die Vertriebsvereinbarungen die Anforderungen an die Ausgestaltung der Website nicht in einer Weise umschreiben dürfen, die einer (mittelbaren) Kundenbeschränkung gleichkommt.<sup>118</sup> Sofern sie faktisch den Internet-Vertrieb ausschliessen oder beschränken, können sie nur durch eine Ausnahmebestimmung im Sinne von Art. 4 lit. b i)-iv) Vertikal-GVO (öffentliche Sicherheit, resp. Gesundheitsschutz) erfasst werden.<sup>119</sup> Die Vorgaben an die Ausgestaltung müssen objektiv gerechtfertigt sein.

[Rz 65] Die Kommission scheint gemäss Leitlinien dieser Auslegung ebenfalls nicht entgegen zu stehen. Sie hält ausdrücklich fest und zwar losgelöst von einer bestimmten Vertriebsform, dass Anbieter Qualitätsanforderungen an die Verwendung des Internets zum Weiterverkauf ihrer Waren stellen können. Anschliessend führt sie weiter aus, dass dies «insbesondere» für den selektiven Vertrieb von Bedeutung sein könne und bekräftigt damit, dass dies auch in anderen Vertriebsformen bedeutsam sein kann.<sup>120</sup>

#### (i) Sprache der Website

[Rz 66] Ein sehr umstrittener Punkt betrifft die Frage, welchen Einfluss die (voreingestellte oder wählbare) Sprache der Website auf die Einordnung als passive oder aktive Verkaufsbemühung hat. Nach Auffassung der Kommission soll die Möglichkeit der Sprachwahl der Website allein nichts an der grundsätzlichen Qualifikation einer Website als passive Verkaufsbemühung ändern.<sup>121</sup>

[Rz 67] Dieser Standpunkt der Kommission wurde bereits unter der alten Vertikal-GVO kritisiert. So erscheint es durchaus vertretbar, dass man beispielsweise einem deutschen Verkäufer, der seine Website zusätzlich in französischer Sprache errichtet, die Absicht unterstellt, aktiv Kunden ausserhalb von Deutschland anzusprechen.<sup>122</sup> Denn schliesslich ist

die Sprache das massgebliche Mittel zur Überwindung von Grenzen und den in der Regel nach wie vor damit verbundenen Sprachbarrieren und somit zur Ansprache von Kunden, die in dieser Sprachregion anderen Verkäufern zugewiesen sind.<sup>123</sup> Im Übrigen stellt die Kommission bei der Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes für das Medium Internet regelmässig auf die sprachlichen Zielgruppen ab.<sup>124</sup>

[Rz 68] Allerdings zeigt insbesondere das Beispiel der englischen Sprache, dass die Frage vielschichtig ist und nicht generell beantwortet werden kann.<sup>125</sup> Englisch ist ohne Zweifel die internationale Wirtschafts- und Computersprache. Zumindest in allen Ländern des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) wird Englisch gesprochen.<sup>126</sup> Daher kann allein die blosser Errichtung einer Website in englischer Sprache nicht den Schluss rechtfertigen, dass dadurch eine bestimmte Kundengruppe aktiv angesprochen werden soll.<sup>127</sup> Dafür spricht im Übrigen schon allein die Tatsache, dass mit der englischen Sprache auch ein Grossteil der im jeweiligen Vertragsgebiet ansässigen Ausländer angesprochen werden können und sollen. Dasselbe kann auch gelten für die Bereithaltung einer Website in einer Vielzahl von Sprachen zusätzlich zur offiziellen lokalen Landessprache. Denn aufgrund der zunehmenden Globalisierung und den Migrationsbewegungen kann die Verwendung verschiedener Sprachen auch der aktiven Ansprache der im Vertragsgebiet ansässigen Sprach-Minderheiten dienen,<sup>128</sup> was ja grundsätzlich auch im Interesse des Lieferanten wäre. Zudem kann argumentiert werden, die verfügbaren Sprachen würden es den im Ausland passiv angesprochenen Kunden erleichtern, die Website zu nutzen.<sup>129</sup> Gegen eine reine Optimierung der Website für passiv angesprochene Kunden ist kartellrechtlich nichts einzuwenden.

[Rz 69] Dem Gesagten könnte nun entgegengehalten werden, dass beispielsweise ein Händler, dem ausschliesslich Frankreich als Vertriebsgebiet zugewiesen wurde und der seine Website zusätzlich in Italienisch einrichtet, damit offensichtlich zu einem grösseren Teil italienisch sprechende Personen ausserhalb seines Vertragsgebiets erreicht als solche innerhalb von Frankreich. In diesem Zusammenhang

1985, IV/30, ABl. 1985 L 369, S. 1 ff., Ziff. 6 und 9, wo zwar keine Gruppenfreistellung, aber schlussendlich jedoch eine Freistellung nach Art. 85 Abs. 3 EG erfolgte.

<sup>117</sup> Vgl. SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, Komm., Rn. 446, die die «Frage des «Ob»» und die «Frage des «Wie»» unterscheiden; BARON in Loewenheim/Meessen/Riesenkampf, Vertikal-GVO Rn. 184.

<sup>118</sup> BARON in Loewenheim/Meessen/Riesenkampf, Vertikal-GVO Rn. 193.

<sup>119</sup> Vgl. dazu oben Abschnitt II. 1.1. a. (iii).

<sup>120</sup> Leitlinien, Tz. 54.

<sup>121</sup> Leitlinien, Tz. 52 S. 7; vgl. hierzu bereits zur alten Vertikal-GVO: ENDE/KLEIN, Grundzüge des Vertriebsrechts im Internet, München 2001, S. 78; MALEG/BODUNGEN, S. 2388; SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, Komm., Rn. 574.

<sup>122</sup> In diesem Sinne NOLTE, Rn. 564 zu Art. 81 EG m.w.H.; SEELIGER,

EG-kartellrechtliche Probleme in Vertikalverhältnissen beim Vertrieb über das Internet, WuW 2000, S. 1174 ff., S. 1181; SEELIGER in Wiedemann, § 10 Rn. 162; GILLIÉRON in: Gilliéron/Ling, Les accords de distribution, Lausanne 2005, S. 158 ff., S. 163; KIRSCH, S. 996.

<sup>123</sup> Vgl. NOLTE, Rn. 564 zu Art. 81 EG m.H.a. CARLIN, European Counsel 2000, S. 29 ff.; WISH, CMLR 2000, S. 887 ff., S. 915.

<sup>124</sup> SEELIGER, WuW 2000, S. 1181.

<sup>125</sup> KIRSCH, S. 996.

<sup>126</sup> KIRSCH, S. 996.

<sup>127</sup> So auch SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, Komm., Rn. 575; A.A. GILLIÉRON, S. 163, der auch die Verwendung der englischen Sprache als aktive Verkaufsbemühung gegenüber Kunden in englischsprachigen Ländern erachtet.

<sup>128</sup> Vgl. PAUTKE/SCHULTZE, S. 321.

<sup>129</sup> Vgl. EILMANSBERGER, EG-Wettbewerbsrecht und Internet, wbl 2001, S. 501 ff., S. 509.

erscheint der Ansatz der Kommission durchaus sachgerecht, wonach Werbemassnahmen, die zwar fremde exklusive Verkaufsgebiete oder Kundengruppen erreichen, aber eine vernünftige Massnahme zur Erreichung von Kunden im eigenen Gebiet darstellen, weiterhin als passive Verkaufsbemühungen gelten.<sup>130</sup> Dieser Schluss resultiert zwangsläufig aus der Eigenart des Internets, welches für jedermann von überall einfachen Zugang gewährleistet.<sup>131</sup> Nach den Kriterien der Kommission lautet die entscheidende Frage, ob es für einen Händler attraktiv wäre, seine Website in eine andere als die Landessprache zu übersetzen, auch wenn er damit keine diese Sprache sprechenden Personen ausserhalb seines Gebiets erreichen würde. Bei der englischen Sprache ist diese Frage offensichtlich immer affirmativ zu beantworten. Je nach Komplexität der Aufmachung einer Website, kann es aber durchaus fraglich sein, ob es beispielsweise in der Schweiz betriebswirtschaftlich lohnenswert ist, diese auch auf Finnisch zu unterhalten. Die Kundengruppe der in der Schweiz ansässigen finnisch sprechenden Personen wäre wohl zu klein. Anders zu beurteilen wäre es, wenn es sich beispielsweise um eine Website handelt, die sich gezielt an finnische Staatsbürger (Expatriates) in der Schweiz richtet, etwa zwecks Verkaufs von finnischen Lebensmitteln in einem Spezialitätenladen in Zürich. An diesen Beispielen wird deutlich, dass die Frage der Bedeutung der Sprachwahl immer an den Umständen des Einzelfalles zu beurteilen ist, wobei der Grundsatz der Kommission, wonach die Sprache an der grundsätzlichen Qualifikation des Betreibens einer Website als passive Verkaufsbemühung nichts ändert, sachgerecht erscheint.

[Rz 70] Etwas anderes müsste aber dann gelten, wenn die verschiedenen Sprachen mit weiteren Massnahmen kombiniert werden und als Gesamtbild der Website zeigen, dass diese sich klar auf Kunden, die dem Betreiber nicht exklusiv zugewiesen sind, ausrichtet.

## (ii) Domain-Namen

[Rz 71] Verwendet ein Händler für seine Website gebietsfremde Top-Level-Domains in Form von nationalen Endungen (z.B. «.ch» oder «.de») wird die Website gezielt auf Kunden dieses Gebiets ausgerichtet.<sup>132</sup> Obwohl unklar ist, welchen Einfluss die Verwendung derartiger Domains auf die Auffindbarkeit der Website in Suchmaschinen hat, kann davon ausgegangen werden, dass sich ein gebietsfremder Kunde durch eine Top-Level-Domain aus seinem Land besser angesprochen fühlt, sodass man aus deren Verwendung auf eine aktive Verkaufsbemühung schliessen kann. Folglich muss es dem Lieferanten gegenüber seinen Alleinvertriebshändlern kartellrechtlich gestattet sein, die Verwendung von

nationalen gebietsfremden Top-Level-Domains vertraglich zu untersagen.

[Rz 72] Demgegenüber spricht die Verwendung von sog. «generic Top-Level-Domains» wie «.net», «.com» oder «.info» nicht für eine aktive Ausrichtung auf ein spezifisches Gebiet oder auf eine spezifische Kundengruppe.<sup>133</sup> In der Konsequenz ist ein vertragliches Verbot der Verwendung derartiger Domains im Sinne einer passiven Verkaufsbeschränkung kartellrechtlich problematisch.

## (iii) Versandkosten und Fremdwährungsangaben

[Rz 73] Weitgehend unbeantwortet ist bislang die Frage, ob eine Angabe der Preise in anderen Währungen als derjenigen im zugewiesenen Gebiet oder die Angabe von Versandkosten in nicht zugewiesene Gebiete eine gezielte Ansprache von gebietsfremden Kunden darstellt.<sup>134</sup> Die Frage muss verneint werden, da dadurch lediglich die Abwicklung von Käufen an Kunden, welche die Website selbständig aufgefunden haben, erleichtert und damit die Abwicklung von Passivverkäufen, die nicht eingeschränkt werden dürfen, vereinfacht werden.

[Rz 74] Da der Händler grundsätzlich auch ein Interesse an Passivverkäufen hat und damit möglicherweise auch Lieferungen in fremde Gebiete vornehmen wird, ist beispielsweise ein Schweizer Händler nach deutschem Preisangabe- bzw. Fernabsatzrecht verpflichtet, die Versandkosten für eine Lieferung nach Deutschland anzugeben.<sup>135</sup> Ein deutscher Händler wiederum wird nach schweizerischem Preisangaberecht verpflichtet, die Versandkosten in die Schweiz sowie den gesamten Preis in Schweizer Franken anzugeben.<sup>136</sup> Insbesondere in Bezug auf Versandkosten wird ein Lieferant seinen Händlern somit ohnehin nicht untersagen dürfen, diese für fremde Gebiete anzugeben, weil sie in der Regel öffentlich-rechtlich dazu verpflichtet sind. Würde der Lieferant auf ein Verbot bestehen, wäre der Händler somit nicht mehr in der Lage, Passivverkäufe rechtlich einwandfrei abzuwickeln, was faktisch auf ein Verbot von Passivverkäufen hinauslaufen und somit eine Kernbeschränkung im Sinne der Vertikal-GVO darstellen würde.

[Rz 75] Das Interesse des Händlers an Passivverkäufen spricht weiter auch dagegen, dass der Händler einen Disclaimer auf seiner Seite verwenden will, wonach er Verkäufe in andere Gebiete grundsätzlich ausschliesst. Ohne einen solchen Disclaimer wird es je nach konkreter Ausgestaltung der Website dazu führen, dass der Händler nach den Vorschriften über die Preisangaben bzw. Fernabsatzgeschäfte eines anderen Staates dazu verpflichtet ist, den Preis auch in der

<sup>130</sup> Leitlinien, Tz. 51 zweiter Spiegelstrich.

<sup>131</sup> Leitlinien, Tz. 52 S. 4.

<sup>132</sup> So auch NOLTE, Rn. 565 zu Art. 81 EG; SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, Komm., Rn. 578; KLOTZ, Art. 81 Anhang Rn. 96; EILMANSBERGER, S. 509; in diesem Sinne wohl auch SEELIGER, WuW 2000, S. 1181; GILLIÉRON, S. 163 f.

<sup>133</sup> In diesem Sinne auch GILLIÉRON, S. 164, jedoch im Zusammenhang mit Werbebanner.

<sup>134</sup> Bejahend in Bezug auf die Währungsangaben GILLIÉRON, S. 163.

<sup>135</sup> Vgl. dazu BÜHLMANN/SCHIRNBACHER, Preiswerbung im E-Commerce zwischen der Schweiz und Deutschland, Jusletter 22. Februar 2010, Rz. 36 ff.

<sup>136</sup> Vgl. dazu BÜHLMANN/SCHIRNBACHER Rz. 61 ff.

Währung des Staates des jeweiligen Käufers anzugeben.<sup>137</sup> Dementsprechend kann der Lieferant dem Händler ebenfalls nicht untersagen, Preisangaben in fremder Währung zu machen, weil dieser dazu verpflichtet ist. In Bezug auf die fremde Währungsangabe ist die Schweiz ein Sonderfall, weil sie die Angabe in Schweizer Franken vorschreibt. Dennoch wird die Angabe der Preise in fremder Währung grundsätzlich als passive Verkaufsbemühung zu gelten haben, die kartellrechtlich nicht untersagt werden kann.

[Rz 76] Aufgrund der gesetzlichen Verpflichtung entsprechende Preis- und Versandkostenangaben zum Zweck von Passivverkäufen zu machen, ist der Einfluss solcher Angaben auf die Auffindbarkeit in Suchmaschinen zu tolerieren. Die Verwendung von Angaben auf Websites, die spezifisch auf fremde Gebiete bezogen sind, verbessert regelmässig die Auffindbarkeit in Suchmaschinen. Das fördert natürlich die Wahrscheinlichkeit von Passivverkäufen in die entsprechenden Gebiete. Je zahlreicher beispielsweise die Angabe «Versandkosten in die Schweiz» auf der Website des deutschen Alleinvertriebshändlers erscheint, desto eher wird ein Schweizer, d.h. gebietsfremder Kunde, auf ihn stossen bei der Suche nach Händlern für ein bestimmtes Produkt, die auch in die Schweiz liefern.

#### **f. Zulässigkeit von Beschränkungen bei der Geschäftsabwicklung**

[Rz 77] Die Europäische Kommission hat in ihren neuen Vertikal-Leitlinien erstmalig eine Liste von spezifischen Beschränkungen aufgeführt, die auch den grenzüberschreitenden Internethandel betreffen und die als Kernbeschränkungen eingestuft werden.<sup>138</sup> Hintergrund dieser Ausführungen sind die aktuell verbreiteten Länderrestriktionen bezüglich der Online-Vermarktung von Musik-Downloads. Folgende Massnahmen sind daher als Kernbeschränkungen des passiven Verkaufs in den Vertikal-Leitlinien aufgeführt:

##### **(i) Umleitung oder Transaktionsabbruch**

[Rz 78] Klar unzulässig sind Vereinbarungen, wonach der Händler direkt oder indirekt verhindern muss, dass Kunden aus vertragsfremden Gebieten seine Website einsehen können oder aufgrund derer der Händler auf seiner Website eine automatische Umleitung («re-routing») auf die Website des Herstellers oder anderer Händler einrichten muss.<sup>139</sup>

[Rz 79] Der Händler darf in diesem Sinne auch nicht verpflichtet werden, Internettransaktionen mit Kunden zu unterbrechen oder umzuleiten, wenn im Zahlungsprozess, etwa aus den Kreditkartenangaben des Kunden, hervorgeht, dass sich dieser in einem vertragsfremden Gebiet befindet.<sup>140</sup>

[Rz 80] Nach den neuen Vertikal-Leitlinien ist es jedoch

kartellrechtlich nicht zu beanstanden, dass der Händler auf seiner Website Links zu den Websites anderer Händler anbringen muss.<sup>141</sup>

##### **(ii) «Dual Pricing»**

[Rz 81] Unzulässig ist auch die Vorgabe des Herstellers an den Händler, für online verkaufte Produkte einen höheren Preis zu verlangen als für offline verkaufte Produkte («dual pricing»)<sup>142</sup> Über diese Verpflichtung wurde in der Vergangenheit häufig versucht, den Internethandel indirekt einzudämmen. Hingegen ist es zulässig, wenn der Lieferant dem Händler eine feste Prämie anbietet, um dessen Verkaufsanstrengungen sowohl offline als auch online zu unterstützen und zu intensivieren.<sup>143</sup>

##### **(iii) Menge**

[Rz 82] Kartellrechtlich offensichtlich unzulässig ist die Verpflichtung zur Begrenzung des Umfangs oder Werts der über das Internet getätigten Gesamtverkäufe. Hingegen kann eine Vereinbarung zulässig sein, die den Händler verpflichtet, eine bestimmte Mindestmenge zusätzlich offline abzusetzen.<sup>144</sup>

##### **(iv) Informationspflicht über Verkäufe im Internet**

[Rz 83] Wie bereits oben ausgeführt, sind vorgängige Informationspflichten des Händlers für Verkäufe über das Internet in nicht exklusiv zugewiesene Gebiete oder an nicht exklusiv zugewiesene Kundengruppen kartellrechtlich problematisch, d.h. deren Zulässigkeit kann nur im Einzelfall geprüft werden.

## **1.2. Selektivvertriebssysteme**

### **a. Möglichkeit des Totalverbots des Online-Vertriebs nur in engen Ausnahmefällen**

#### **(i) Ausgangspunkt: Zulässigkeit des Verbots des traditionellen Versandhandels in selektiven Vertriebssystemen**

[Rz 84] Ausgehend von der Rechtsprechung des EuGH entwickelte die Kommission eine spezifische Praxis zu Beschränkungen des Versandhandels in selektiven Vertriebssystemen.<sup>145</sup> Die Kommission ist der Ansicht, dass es aufgrund der besonderen Eigenschaften bestimmter Produkte (insb. Fernseh-, Video, Hi-Fi-Geräte und Kosmetika) gerechtfertigt sei, zu verlangen, dass zugelassene Händler die Kunden persönlich beraten und/oder die Produkte «angemessen» präsentieren. Sie ist ferner der Auffassung, dass ein

<sup>137</sup> Vgl. BÜHLMANN/SCHIRNBACHER, Rz. 36 ff.

<sup>138</sup> Vgl. Leitlinien Tz. 52 a)-d).

<sup>139</sup> Leitlinien, Tz. 52 a).

<sup>140</sup> Leitlinien, Tz. 52 b).

<sup>141</sup> Leitlinien, Tz. 52 a); so bereits PETSCHKE in Liebscher/Flohr/Petsche § 7 Rn. 132.

<sup>142</sup> Leitlinien, Tz. 64; vgl. auch MALEC/BODUNGEN, S. 2388; SEELIGER/KLAUSS, S. 233 f.

<sup>143</sup> Leitlinien, Tz. 52 d); SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, BB, S. 2269; SEELIGER/KLAUSS, S. 233 f.

<sup>144</sup> Leitlinien, Tz. 52 c).

<sup>145</sup> Vgl. ferner das Urteil des BGH v. 12. Mai 1998, KZR 24/96, WuW/E DE-R 206 (210).

Verbot des Versandhandels durch diese Anforderungen «gedeckt» sei bzw. dass dies zumindest nicht zu einer spürbaren Wettbewerbsbeschränkung führt<sup>146</sup>. Insofern könnte eine Parallele zum «unechten Internetvertrieb» gezogen werden, d.h. zum Vertrieb, bei dem die Produkte online bestellt, aber nicht auch online übertragen bzw. versendet werden.<sup>147</sup> Denn bestimmte qualitätsbezogene Anforderungen, wie fachkundige persönliche Beratungsleistungen oder die Möglichkeit, ein Produkt vorgängig auszuprobieren, kann auch der unechte Internetvertrieb typischerweise nicht erfüllen. Es stellt sich folglich die Frage der strukturellen Vergleichbarkeit des Katalogversandhandels mit dem unechten Internetvertrieb und damit, ob die Praxis der Kommission auf Letzteren zu übertragen ist.

[Rz 85] Deckungsgleich sind Internetvertrieb und Versandhandel in Bezug auf Warenbeschaffung, -lagerung und -auslieferung. Unterschiede zum klassischen Versandhandel bestehen demgegenüber nur hinsichtlich der Form der Darstellung des Produkts und des Bestellvorgangs. Die Darstellung erfolgt mittels Website anstelle eines Katalogs und der Bestellvorgang elektronisch per Mausklick anstatt über bisherige Kommunikationsmittel. Der Grund hierfür liegt aber allein in der Natur des Mediums «Internet». Daraus könnte gefolgert werden, dass handelsprägende Unterschiede nur zum «echten Internetvertrieb» bestehen, bei dem auch die Auslieferung des Produkts auf elektronischem Wege erfolgt. Die Vermarktung von Produkten bzw. Dienstleistungen ausserhalb des Mediums «Internet» wäre hier gar nicht möglich oder zumindest nicht in gleicher Form denkbar, sodass das Internet in diesem Falle gänzlich neue Vertriebsmöglichkeiten schafft und die Praxis der Kommission zum Versandhandel nicht darauf übertragen werden kann.<sup>148</sup>

[Rz 86] Aufgrund der aufgezeigten Gemeinsamkeiten werden die von der Kommission entwickelten Grundsätze zum Versandhandel denn auch teilweise beim «unechten Internetvertrieb» als sachgerecht erachtet, um ein Totalverbot des Internetvertriebs zu rechtfertigen.<sup>149</sup>

[Rz 87] Es sind jedoch auch die doch erheblichen Unterschiede zwischen Katalog- und Online-Versandhandel zu berücksichtigen.<sup>150</sup> Das Internet ist grundsätzlich weltweit verfügbar, was ein Erreichen eines bedeutend grösseren Kundenkreises ohne grossen Zusatzaufwand, insb. auch ohne Versendung eines Katalogs, ermöglicht.<sup>151</sup> Zudem erhöht das Internet die Transparenz und die Vergleichbarkeit der Produkte verschiedener Anbieter.<sup>152</sup> Das Internet bietet ferner ein neues Marketingpotenzial, welches zeitnahe und interaktive Produktdarstellung und -werbung ermöglicht. Es können zusätzlich unmittelbare kommunikative Elemente genutzt werden, wie Kundenbewertung, Erfahrungsberichte, Tipps oder Kritiken. Schliesslich können durch angelegte Benutzerprofile zudem einzelne Kunden gezielt mit auf sie abgestimmten Produkten umworben werden.<sup>153</sup>

[Rz 88] All diese Aspekte zeigen die wettbewerbsfördernde Bedeutung des Internetvertriebs im Unterschied zum traditionellen Versandhandel und sprechen in der Tat gegen eine pauschale Übertragung der zu Letzterem ergangenen Entscheidpraxis auf den Online-Versandhandel. Denn eine Beschränkung des Internetvertriebs führt zu deutlich stärker einschneidenden Auswirkungen auf den (insb. intra-brand) Wettbewerb als im Falle des Versandhandels.<sup>154</sup> Die Nutzung des Internets hat sich zu einem enorm wichtigen Wettbewerbsparameter entwickelt, dessen Einschränkung die Kommission zu Recht besonders kritisch beurteilt.<sup>155</sup>

#### (ii) Grundsatz: Totalverbot Internetvertrieb unzulässig

[Rz 89] Es stellt sich somit die Frage, ob das indirekte (d.h. über die Qualitätsanforderungen) oder direkte Verbot des Internetvertriebs im Rahmen des selektiven Vertriebs kartellrechtlich zulässig ist.

[Rz 90] Weder der deutsche BGH, in seinem wegweisenden Urteil «Depotkosmetik», noch die Kommission, in ihren Leitlinien, äussern sich zu dieser Frage explizit. Der BGH beurteilt das Totalverbot des Internetvertriebs direkt nach der Vertikal-GVO. Noch unter den (alten) Leitlinien der Kommission werden danach Beschränkungen des Internetvertriebs

<sup>146</sup> Kommission Entsch. v. 16. Dezember 1991, ABl. 1992 L 12/24), insb. Abschnitt II A. 5. letzter Absatz, *Yves Saint Laurent*; Kommission Entsch. v. 10. Juli 1985, ABl. 1985 L 233/1, insb. Abschnitt II A. 2 c) 2. Absatz, «Grundig I»; ferner Kommission, Entsch. v. 21. Dezember 1993, ABl. 1994 L 20/15, insb. Rz. 24, «Grundig II», wo jedoch nur der reine Versandhandel ausgeschlossen wurde; BGH Urteil vom 12. Mai 1998, KZR 24/96, WuW/E DE-R 206 (210); dazu auch VAJDA/GAHNSTRÖM, E.C. Competition Law and the Internet, E.C.L.R. 2000, S. 94 ff., S. 105.

<sup>147</sup> Vgl. NOLTE, Rn. 561 zu Art. 81 EG; vgl. BGH Urteil vom 4. November 2003, KZR 2/02 – «Depotkosmetik im Internet», GRUR 2004, S. 351 ff., Rn. 17, wo jedoch nur allgemein von Internethandel gesprochen wird und ohne auf Unterschiede einzugehen.

<sup>148</sup> SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, Komm., Rn. 546.

<sup>149</sup> So auch BEUTELMANN, *Selektive Vertriebssysteme im europäischen Kartellrecht*, Heidelberg 2004, S. 154 f.; BAUER, *Kartellrechtliche Zulässigkeit von Beschränkungen des Internetvertriebs in selektiven Vertriebssystemen*, WRP 2003, S. 143 ff., S. 244 f.; RHEINLÄNDER, *Beschränkungen des Internet-Einzelhandels in selektiven Vertriebssystemen nach Art. 81 EGV*,

WRP 2005, S. 285 ff., S. 287; vgl. ferner Cour d'Appel de Versailles, Urteil vom 2. Dezember 1999, 4 Ob 30/00, GRUR Int. 2000, 1035, *Pierre Fabre/Breckler*.

<sup>150</sup> So SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, Komm., Rn. 547 ff.

<sup>151</sup> Vgl. auch BEUTELMANN, S. 155.

<sup>152</sup> Vgl. auch die Schlussanträge des Generalanwalts Ján Mazák vom 3. März 2011, Rs. C-439/09 – *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS*, Rn. 56; BEUTELMANN, S. 155.

<sup>153</sup> SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, Komm., Rn. 547 ff.

<sup>154</sup> Vgl. hierzu ausführlich: SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, Komm., Rn. 547 ff; ferner allgemein zu den Auswirkungen auf den Intra-brand-Wettbewerb die Schlussanträge des Generalanwalts Ján Mazák vom 3. März 2011, Rs. C-439/09 – *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS*, Rn. 56.

<sup>155</sup> Vgl. Pressemitteilung der Kommission vom 24. Juni 2002, IP/02/916, *B&W Loudspeakers*; Pressemitteilung der Kommission vom 17. Mai 2001, IP/01/713, *Yves Saint Laurent*.



grundsätzlich als Kundenkreisbeschränkung bzw. als Beschränkung von Passivverkäufen angesehen, die eine Kernbeschränkung nach Art. 4 lit. c Vertikal-GVO darstellen.<sup>156</sup> Diese Auffassung scheint sich auch in der Literatur durchgesetzt zu haben.<sup>157</sup>

[Rz 91] Daraus folgt, dass sowohl die Kommission als auch der BGH und die herrschende Lehre das Verbot des Internetvertriebs stets als Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV erachten und die Auffassung vertreten, dass die Kriterien aus der Rechtsprechung des EuGH zum Versandhandel ein Totalverbot des Internet-Vertriebs nicht rechtfertigen können. Daraus ist zu schliessen, dass es – abgesehen von den nachfolgenden Ausnahmen – grundsätzlich kein Produkt gibt, deren Eigenschaften ein vollständiges Verbot des Online-Absatzes rechtfertigen würde, oder bei dem ein Totalverbot als eine verhältnismässige qualitative Vorgabe an den Vertrieb betrachtet würde.<sup>158</sup> Zu ergänzen ist ferner, dass auch die Einschränkung an die Selektivvertriebs Händler nur bestimmte Produktlinien über das Internet vertreiben dürfen, in Bezug auf die ausgeschlossenen Vertragsprodukte ebenfalls einem Verbot des Internetvertriebs gleichkommt, das – abgesehen von den nachfolgenden Ausnahmen – für sich eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellt.<sup>159</sup> Diese Schlussfolgerungen sind beim heutigen Stand der Rechtsprechung und Lehre zutreffend. In Anbetracht der zahlreichen technisch umsetzbaren Anforderungen und Vorgaben an die Ausgestaltung, Präsentation und Organisation des Internetvertriebes sind in der Tat schwer Produkte vorstellbar, welche den Ansprüchen an die Qualität, den Gebrauch und das Image des Produkts oder der Marke nur durch ein vollständiges Verbot gerecht werden können, resp. ein solches Verbot unerlässlich oder verhältnismässig erscheinen lassen würden.<sup>160,161</sup>

[Rz 92] Dementsprechend stellt der vollständige Ausschluss des Internetvertriebs für alle oder bestimmte Vertragsprodukte auch im selektiven Vertrieb eine freistellungsbedürftige Wettbewerbsbeschränkung dar. Da es sich bei einem Totalverbot um eine Beschränkung des Verkaufs an Endverbraucher nach Art. 4 lit. c Vertikal-GVO und damit um eine Kernbeschränkung handelt, ist eine Freistellung nach der Vertikal-GVO in der Regel ausgeschlossen.

<sup>156</sup> BGH Urteil vom 4. November 2003, KZR 2/02 – «Depotkosmetik im Internet», GRUR 2004, S. 351 ff. Rn. 20. In diesem Sinne auch die Schlussanträge des Generalanwalts Ján Mazák vom 3. März 2011, Rs. C-439/09 – Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS, Rn. 62.

<sup>157</sup> Vgl. SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, Komm., Rn. 558 m.w.N.

<sup>158</sup> In diesem Sinne wohl auch NOLTE, Rn. 606 zu Art. 81 EG.

<sup>159</sup> Vgl. auch HASLINGER, Wie weit ist der Ausschluss moderner Vertriebsformen beim selektiven Vertrieb möglich?, WRP 2009, S. 279 ff., S. 284.

<sup>160</sup> Vgl. dazu Abschnitt I.3.2.

<sup>161</sup> A.A. SCHULZE ZUR WIESCHE, Selektiver Vertrieb und Internet, K&R 2010, S. 541 ff., 543 f.; RÖSNER, S. 1119.

### (iii) Ausnahme: Gründe der Sicherheit oder Gesundheit

[Rz 93] Genauso wie im Alleinvertrieb kann ein vollständiges Verbot des Internetvertriebs ausnahmsweise aus Gründen der Sicherheit oder Gesundheit zulässig sein. Diesbezüglich kann auf die Ausführungen weiter oben verwiesen werden.<sup>162</sup>

#### b. Pflicht zur Betreuung eines Offline-Shops bzw. Ausschluss reiner Internethändler

[Rz 94] Zulässig<sup>163</sup> ist, dem Händler im Rahmen von Qualitätsstandards vorzuschreiben, neben dem Online-Handel auch ein Ladenlokal mit Publikumsverkehr zu betreiben.<sup>164</sup> Dies kann bereits aus Art. 4 lit. c Vertikal-GVO abgeleitet werden. Denn das darin enthaltene Verbot der Beschränkungen der Verkaufsmöglichkeiten an Endverbraucher gilt nicht für die Pflicht, nur von autorisierten Standorten aus tätig zu werden. Bei reinen Internethändlern fehlt es jedoch an einem autorisierten Standort. Diese Auslegung entspricht der herrschenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung.<sup>165</sup> Folglich kann ein Lieferant in einem Selektivvertriebssystem seine Händler verpflichten, ein stationäres Geschäft zu betreiben und so reine Internethändler auszuschliessen.

[Rz 95] Darüber hinaus kann das Erfordernis eines stationären Verkaufslokals auch damit begründet werden, dass Kunden, die ein persönliches Beratungsgespräch wünschen, das Produkt vorgängig ausprobieren und vergleichen wollen oder Wert auf ein besonders ausgestaltetes Verkaufslokal legen, nur in einem entsprechenden Verkaufslokal auch tatsächlich befriedigt werden können.<sup>166</sup> Ferner trägt die besondere Ausgestaltung des Verkaufslokals sowie die Persönlichkeit und die Umgangsformen des Personals nach wie vor mehr zum Aufbau eines bestimmten Images bei, als eine Website alleine.<sup>167</sup> Der Aufbau dieses Images ist regelmässig mit beträchtlichen Investitionen der Händler und des Lieferanten verbunden und die Pflicht zum Betrieb eines Offline-Shops kann schliesslich auch das «Trittbrett-Fahren» reiner Internet-Händler eindämmen.

<sup>162</sup> Vgl. Abschnitt oben Abschnitt II. 1.1. a. (iii). Ferner die Schlussanträge des Generalanwalts Ján Mazák vom 3. März 2011, Rs. C-439/09 – Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS, Rn. 31 ff.

<sup>163</sup> Vgl. Pressemitteilung der Kommission vom 24. Juni 2002, IP/02/916, B&W Loudspeakers; Pressemitteilung der Kommission vom 17. Mai 2001, IP/01/713, Yves Saint Laurent; BGH Urteil vom 4. November 2003, KZR 2/02 – «Depotkosmetik im Internet», GRUR 2004, S. 351 ff. Rn. 20 f.

<sup>164</sup> Vgl. Leitlinien, Tz. 54 S. 3.

<sup>165</sup> SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, Komm., Rn. 585 m.w.N.; NOLTE, Rn. 640 zu Art. 81 EG; BGH Urteil vom 4. November 2003, KZR 2/02 – «Depotkosmetik im Internet», GRUR 2004, S. 351 ff. Rn. 19 ff.; Nach BARON in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Vertikal-GVO Rn. 195 und 217 soll ein stationärer Handel nur in Ausnahmefällen gefordert werden können.

<sup>166</sup> In diesem Sinne auch BGH Urteil vom 4. November 2003, KZR 2/02 – «Depotkosmetik im Internet», GRUR 2004, S. 351 ff. Rn. 19.

<sup>167</sup> RÖSNER, S. 1117 f., 1120.

### c. Festlegung qualitativer Anforderungen des Internetauftritts

[Rz 96] Es entspricht der Natur von selektiven Vertriebssystemen, dass der Lieferant seinen Händlern qualitative Vorgaben an deren Ausgestaltung des Vertriebs und damit auch des Internetauftritts macht. Die Kommission hat in ihren neuen – wie bereits in den «alten» – Leitlinien betont, dass der Lieferant auch Qualitätsanforderungen an die Verwendung des Internets zum Weiterverkauf der Vertragsprodukte stellen kann.<sup>168</sup> Obwohl die Leitlinien nun einige Beispiele für – nach der Auffassung der Kommission – zulässige Anforderungen an den Internetvertrieb enthält, ist die Frage des zulässigen Ausmasses solcher Anforderungen rechtlich nach wie vor unklar.

[Rz 97] Da die Eigenschaften eines Produkts ein selektives Vertriebssystem zur Wahrung seiner Qualität und zur Sicherung seines richtigen Gebrauchs erfordert, ist auch klar, dass kartellrechtlich nicht alle Produkte über ein solches System vertrieben werden dürfen. Bislang wurde das Vorliegen dieser Voraussetzung insbesondere für drei verschiedene Produktgruppen bejaht:<sup>169</sup> für technisch hochwertige und hochentwickelte Produkte, für Luxusgüter sowie für Presseerzeugnisse. Anders als etwa bei Kraftfahrzeugen oder Parfums zeigt das Beispiel von Schulranzen<sup>170</sup>, dass die in Frage kommenden Produkte nicht immer zweifelsfrei bestimmt werden können. Entscheidend scheint zu sein, ob (persönliche) Beratung für den Gebrauch und die richtige Wahl der Produkte tatsächlich erforderlich ist, ob das Image eines Produkts bzw. der Marke von den Abnehmern als Produktelement erachtet wird oder ob dem Produkt eine hohe Qualität zugeschrieben wird.<sup>171</sup>

[Rz 98] Die Frage, ob eine konkrete Anforderung angemessen ist, d.h. ob sie über das hinausgeht, was zur Wahrung der Qualität, des Images oder des richtigen Gebrauchs erforderlich ist, muss stets mit Blick auf das fragliche Produkt erfolgen. Mit anderen Worten ist «[...] die produktbezogene sachliche Rechtfertigung der Selektionskriterien [...] massgebend für die Verneinung einer Wettbewerbsbeschränkung».<sup>172</sup>

[Rz 99] Insgesamt rechtfertigen die Besonderheiten des Selektivvertriebs, dass der Lieferant höhere Qualitätsanforderungen als in Alleinvertriebssystemen stellen kann. Wie jedoch bereits im Zusammenhang mit dem Alleinvertrieb ausgeführt wurde, dürfen die Anforderungen an den Internetvertrieb auch im Selektivvertrieb nicht so ausgestaltet werden,

dass es dadurch indirekt auf ein Verbot hinausläuft.<sup>173</sup> Ob dies der Fall ist, muss wiederum im Einzelfall beurteilt werden. Von einem faktischen Verbot des Internetvertriebs wird regelmässig auszugehen sein, wenn die «[...] Vorgaben mit so hohem Aufwand verbunden sind, dass ihre Einhaltung von einem wesentlichen Teil der Händler als unzumutbar empfunden wird.»<sup>174</sup> Davon ist auch auszugehen, wenn sich die Qualitäts-Kriterien übermässig oft ändern, obwohl es – wie die Kommission zu recht festhält –<sup>175</sup> grundsätzlich möglich sein muss, die Kriterien nachträglich zu ändern. Ein indirektes (Total-)Verbot des Internetvertriebs wäre, wie bereits ausgeführt, unzulässig.

#### (i) Gleichwertigkeit der Kriterien wie im Offline-Vertrieb

[Rz 100] Als Grundsatz hält die Kommission in ihren Leitlinien<sup>176</sup> fest, dass sie alle Verpflichtungen, die Vertragshändler von der Nutzung des Internets abhalten, weil sie Anforderungen an Online-Verkäufe stellen, die den Kriterien für Verkäufe im Offline-Verkauf nicht gleichwertig sind, als Kernbeschränkung im Sinne von Art. 4 lit. c Vertikal-GVO erachtet. Die Kriterien für den Online-Vertrieb müssen zwar inhaltlich nicht identisch sein, aber mit ihnen müssen dieselben Ziele verfolgt und vergleichbare Ergebnisse erzielt werden. Die Unterschiede der Kriterien dürfen sich lediglich aus den unterschiedlichen Wesen der beiden Vertriebswege ergeben. Folglich können die qualitativen Kriterien an die Besonderheiten des Internets angepasst werden, solange die Internetkriterien den sonstigen Verkaufsanforderungen in ihrer Zielrichtung grundsätzlich entsprechen.<sup>177</sup>

[Rz 101] Zur Veranschaulichung führt die Kommission einige Beispiele<sup>178</sup> an. Sie will dabei insbesondere erhellen, wie verhindert werden kann, dass die Vertragsprodukte an nicht zugelassene Händler verkauft werden. So kann vereinbart werden, dass nur eine begrenzte Menge Vertragsprodukte an einen einzelnen Abnehmer oder Händler verkauft werden.<sup>179</sup> Da es für nicht zugelassene Händler im Internet leichter ist, die betreffenden Vertragsprodukte zu erwerben, sollte diese Mengenvorgabe für Internetverkäufe strenger gehandhabt werden können als bei Verkäufen im Offline-Shop.

<sup>168</sup> Leitlinien, Tz. 54.

<sup>169</sup> SCHUHMACHER in Liebscher/Flohr/Petsche, § 9 Rn. 16 ff. m.w.N.

<sup>170</sup> Vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 25. November 2009, Az. 6 U 47/08, WRP 2010, S. 412 ff.; LG Berlin, Urteil vom 21. April 2009, 16 O 729/07, BB 2009, S. 1381 ff.

<sup>171</sup> Vgl. dazu ausführlich FRANCK, Zum Schutz des Produktimages im selektiven Vertrieb, WuW 2010, S. 772 ff., insb. S. 776 ff.

<sup>172</sup> SCHUHMACHER in Liebscher/Flohr/Petsche, § 9 Rn. 21.

<sup>173</sup> In diesem Sinne auch Generalanwalt Ján Mazák in seinen Schlussanträgen vom 3. März 2011, Rs. C-439/09 – Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS, Rn. 54; A.A. unter der alten Vertikal-GVO KIRSCH, S. 997.

<sup>174</sup> SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, Komm., Rn.592; so auch NOLTE, Rn. 604 zu Art. 81 EG; HASLINGER, S. 283.

<sup>175</sup> Leitlinien, Tz. 54.

<sup>176</sup> Leitlinien, Tz. 56 S.4 ff.

<sup>177</sup> SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, BB, S. 2270.

<sup>178</sup> Leitlinien, Tz. 56: so bspw. besondere Kriterien in Bezug auf die Einrichtung einer Online-Kundendienststelle, die Übernahme der Kosten bei Rückgabe eines Produkts oder auch die Anwendung sicherer Zahlungssysteme.

<sup>179</sup> Kritisch hierzu GILLIÉRON, S. 174.

## (ii) Präsentation der Produkte

[Rz 102] Genauso wie beim Vertrieb über physische Verkaufspunkte können auch im Internetvertrieb Anforderungen an die eigentliche Präsentation der Vertragsprodukte auf der Website gestellt werden. Der Hersteller und Lieferant darf somit vorschreiben, die Ware nur in einem Umfeld zu präsentieren, das dem Image seiner Marke entspricht.<sup>180</sup> Durch Vorgaben an die Gestaltung, Bewerbung und Funktionalität des Online-Shops kann sichergestellt werden, dass die Website eine vergleichbare «Aura des Exklusiven»<sup>181</sup> zu vermitteln hat wie ein entsprechendes Ladengeschäft und das gegebenenfalls vorhandene Luxusimage der Produkte. Dies kann bedeuten, dass beispielsweise Anforderungen an die Abbildung der Produkte, an Produktbeschreibungen und -hinweise, die besondere Hervorhebung oder Abtrennung in einzelne Rubriken definiert und vereinbart werden können. Gerechtfertigt erscheinen müssen sodann auch Vorgaben an die zulässige Online (und Offline)-Bewerbung, wie etwa die Verwendung von imagebeeinträchtigenden Bannern, Pop-Ups oder Links zu konkurrierenden oder unpassenden Websites.<sup>182</sup>

[Rz 103] Insgesamt kann der Lieferant mit entsprechenden Vorgaben darauf achten, dass die Websites seiner Händler eine gewisse Einheitlichkeit und damit auch einen Wiedererkennungseffekt aufweisen (Stichwort Corporate Identity), sofern dies nicht mit unverhältnismässigem Aufwand verbunden ist.<sup>183</sup>

[Rz 104] Besondere Fragen ergeben sich aber, wenn verlangt wird, dass die Händler eine vom Hersteller vorgegebene und (mit-)gesteuerte Plattform verwenden, beispielsweise in Form einer spezifischen Länderseite. Verlangt der Hersteller hierfür Anschlussgebühren, die im Vergleich zu den Kosten für die Errichtung einer eigenen Website um ein Vielfaches höher sind, würde dies auf ein nicht freistellbares indirektes Verbot hinauslaufen.<sup>184</sup> Weiter besteht das Risiko, dass über die Plattform indirekt Preisvorgaben für den Weiterverkauf gemacht werden oder der Vertrieb von Konkurrenzprodukten ausgeschlossen wird. Im ersten Falle würde eine Kernbeschränkung nach Art. 4 lit. a Vertikal-GVO vorliegen, während sich die Zulässigkeit im Falle eines Wettbewerbsverbots an den Voraussetzungen von Art. 1 Abs. 1 lit. d i.V.m. Art. 5 Vertikal-GVO zu messen hat. Das bedeutet, dass der Hersteller/Lieferant den Vertrieb von Konkurrenzprodukten für einen Zeitraum von fünf Jahren vertraglich ausschliessen darf.

[Rz 105] Eine wichtige Rolle kann auch die Sicherstellung der Erfüllung gewisser technischer Standards spielen. Die

rasante technische Entwicklung des E-Commerce macht etwa ein schneller Seitenaufbau, eine bestimmte Reaktionsgeschwindigkeit der Server, eine leichte Navigationsfähigkeit sowie eine gewisse Navigationsgeschwindigkeit oder bestimmte Auflösungsqualitäten zu wichtigen qualitativen Kriterien, um ein qualitativ hohes Kundenimage aufrecht zu erhalten.<sup>185</sup>

[Rz 106] Schlussendlich kann eine Anpassung der Sortimentstiefe und -breite im Internetangebot an diejenige des stationären Ladengeschäfts verlangt werden.<sup>186</sup> Dabei gilt es jedoch wiederum zu beachten, dass solche Vorgaben indirekt zu einem Wettbewerbsverbot führen können und dementsprechend die Anforderungen von Art. 1 Abs. 1 lit. d i.V.m. Art. 5 Vertikal-GVO einzuhalten sind. Gleiches gilt für die grundsätzlich zulässige Verpflichtung zur Einrichtung einer Service- bzw. E-Mail-Hotline, wo der Kunde von fachkundigem Personal beraten wird.<sup>187</sup>

## (iii) Bezug des Online-Shops zum stationären Geschäft

[Rz 107] Zulässig müsste sodann die Verpflichtung sein, einen Domainnamen bzw. Shopnamen zu wählen, der in Verbindung steht mit dem Firmennamen des physischen Verkaufspunkts sowie die Pflicht, einen Hinweis auf das Ladengeschäft und die dortige persönliche Beratungsmöglichkeit anzubringen.<sup>188</sup> Die Verpflichtung der Händler, Internetkunden zum Besuch des Ladengeschäfts zu animieren, sollte dementsprechend in gewissem Masse zulässig sein.<sup>189</sup> Dies darf jedoch nicht so weit gehen, dass der Internetverkauf bewusst unattraktiv dargestellt werden muss und die Kunden dadurch von Online-Bestellungen abgehalten werden.

## d. Beschränkung der Menge / Dual-Pricing

[Rz 108] Auch im Selektivvertrieb stellt nach der Auffassung der Kommission die Begrenzung des über das Internet getätigten Teils der Gesamtverkäufe eine unzulässige Kernbeschränkung dar.<sup>190</sup> Gleiches gilt auch, wenn vereinbart wird, dass für die Verkäufe über das Internet einen höheren Preis bezahlt werden soll («Dual-Pricing»). Hierzu kann auf die diesbezüglichen Ausführungen zum Alleinvertrieb verwiesen werden.<sup>191</sup>

<sup>180</sup> NOLTE, Rn. 604 zu Art. 81 EG.

<sup>181</sup> BGH Urteil vom 4. November 2003, KZR 2/02 – «Depotkosmetik im Internet», GRUR 2004, S. 351 ff.

<sup>182</sup> Vgl. SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, Komm., Rn. 592; HASLINGER, S. 282; vgl. auch NOLTE, Rn. 604 zu Art. 81 EG; vgl. LETTL, S. 818.

<sup>183</sup> Vgl. HASLINGER, S. 283.

<sup>184</sup> In diesem Sinne auch RÖSNER, S. 1121.

<sup>185</sup> MALEC/BODUNGEN, S. 2388; NOLTE, Rn. 604 zu Art. 81 EG; SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, Komm., Rn. 592.

<sup>186</sup> HASLINGER, S. 283; NOLTE, Rn. 604 zu Art. 81 EG.

<sup>187</sup> NOLTE, Rn. 604 zu Art. 81 EG; OLG Karlsruhe, FN 170, Rn. 52 ff.

<sup>188</sup> HASLINGER, S. 282.

<sup>189</sup> OLG Karlsruhe, FN 170, Rn. 58.

<sup>190</sup> Vgl. Leitlinien, Tz. 52; A.A. wohl noch der BGH Urteil vom 4. November 2003, KZR 2/02 – «Depotkosmetik im Internet», GRUR 2004, S. 351 ff.

<sup>191</sup> Vgl. Abschnitt II.1.1. d.(ii).

## 2. Zulässigkeit der Beschränkung des Vertriebs über Fremdportale

[Rz 109] Regelmässig stellt sich die Frage, ob Lieferanten oder Hersteller ihren Händlern verbieten können, die Vertragsprodukte auch über Fremdportale, insbesondere Online-Auktionsplattformen, wie eBay oder Riccardo, zu verkaufen.<sup>192</sup>

[Rz 110] Je nach Produkt kann ein Ausschluss des Vertriebs über Fremdportale aus Sicht des Lieferanten oder Herstellers durchaus berechtigt sein, weil über derartige Plattformen – insbesondere über Auktions-Plattformen – oft Gebrauchsgüter oder nach wie vor häufig Fälschungen angeboten werden und bei einigen Endverbrauchern den Ruf der «2. Qualität» oder gar des «Anrühigen», vergleichbar mit Wochen- oder Flohmärkten, haben.<sup>193</sup>

### 2.1 Alleinvertriebssysteme

#### a. Echte Internetauktionen

[Rz 111] Die Problematik der Verkäufe von Vertragsprodukten über Online-Auktionsplattformen wird vorwiegend im Rahmen von selektiven Vertriebssystemen behandelt. An dieser Stelle soll jedoch dargelegt werden, dass sich dabei auch innerhalb von Alleinvertriebssystemen spezifische und teilweise ähnliche Probleme stellen.

[Rz 112] Die Leitlinien äussern sich – anders als noch der Entwurf – zum Verkauf über Plattformen Dritter und damit auch über den Verkauf über Internetauktionsplattformen.<sup>194</sup>

[Rz 113] Für die Rechtfertigung eines Verbotes des Verkaufs über Internetauktionsplattformen bieten sich einem Lieferanten grundsätzlich zwei Argumentationsgrundlagen:

#### (i) Ausschluss mangels Erfüllung qualitativer Anforderungen?

[Rz 114] Der Lieferant könnte zum einen versuchen, Qualitätsanforderungen an den Onlinevertrieb zu stellen, die indirekt dazu führen, dass ein Verkauf über Internetauktionsplattformen ohne Verstoss gegen diese Auflagen nicht möglich wäre. Dies wäre beispielsweise die Konsequenz einer Vorschrift, die besagt, dass der Online-Shop des Händlers nicht über eine Website aufgerufen werden können darf, die den Namen oder das Logo eines Online-Auktion-Plattformbetreibers trägt. Trotz der mittlerweile vielfältigen Gestaltungsmöglichkeiten, beispielsweise bei eBay<sup>195</sup>, wird dies kaum je ausgeschlossen werden können.

[Rz 115] Anders als in selektiven Vertriebssystemen, bei welchen die Pflicht zur Einhaltung qualitativer Kriterien verbunden mit der Geschlossenheit des Systems unter den genannten Voraussetzungen gar nicht erst eine Wettbewerbsbeschränkung angenommen wird, muss im Alleinvertrieb geprüft werden, ob die Beschränkung, resp. der Ausschluss des Vertriebs über Fremdportale zu einer kartellrechtlich unzulässigen Kundenbeschränkung führt, bedarf die Alleinvertriebsvereinbarung, alleine schon aufgrund des Alleinvertriebsrechts und dem Gebietsschutz, in der Regel einer Freistellung.<sup>196</sup> Dementsprechend muss in einem nächsten Schritt primär geprüft werden, ob die angewandten Qualitätskriterien nicht zu einer Kundenbeschränkung führen.

#### (ii) Ausschluss mangels Kundenkreisbeschränkung?

[Rz 116] Bei der Beurteilung, ob der direkte oder indirekte Ausschluss des Vertriebs über Online-Auktionsplattformen, zu einer Kundenbeschränkung führt, ist zunächst zu klären, ob die Käufer, die auf einer Internetauktionsplattform einkaufen, unter allen potentiellen Käufern im Internet als eigenständige Kundengruppe anzusehen sind. Denn eine Kundenbeschränkung kann nur auf bestimmte individuelle oder bestimmte Gruppen von Kunden gerichtet sein.<sup>197</sup>

[Rz 117] Eine Kundengruppe ist, wie bereits erwähnt, die Zusammenfassung einer Mehrheit von Kunden nach abstrakten Merkmalen.<sup>198</sup> Gewisse Autoren fassen denn auch Online-Auktionskunden wohl aufgrund der ihnen gemeinsamen Bereitschaft, über eine Online-Auktionsplattform einzukaufen, als eigenständige Kundengruppe auf.<sup>199</sup> Obwohl die Frage kaum eindeutig beantwortet werden kann, wird zu Recht betont, dass dieselben Personen, welche auf Online-Auktionsplattformen einkaufen und sich hauptsächlich durch ein besonders Preisbewusstsein auszeichnen, auch auf anderen Websites mit günstigen Angeboten einkaufen würden.<sup>200</sup> Dementsprechend handelt es sich hierbei nicht um eine abgrenzbare Kundengruppe innerhalb aller potentiellen Internetkunden.<sup>201</sup>

[Rz 118] Klar erscheint, dass der Ausschluss des Verkaufs über Online-Auktionsplattformen zu einer Beschränkung des Internetvertriebs führt. Denn der Zugang zu einem gewissen, nicht genau abgrenzbaren Teil der Kunden innerhalb der gesamten Kundengruppe der Internet-Kunden wird dadurch erschwert.<sup>202</sup> Hingegen werden die Kunden nicht insgesamt

<sup>192</sup> Vgl. hierzu DIESELHORST/LUHN, Kartellrechtliche Zulässigkeit der Untersagung des Vertriebs über eBay, WRP 2008, S. 1306 ff.

<sup>193</sup> LG München, 24. Juni 2008, 33 O 22144/07, CR 2008, 806 ff. Tz. 56.

<sup>194</sup> Leitlinien, Tz. 54.

<sup>195</sup> Vgl. OLG Karlsruhe, FN 170, Tz. 40 f., wo theoretisch die Möglichkeit bestanden hätte, den E-Bay-Shop nach den Kriterien des Lieferanten auszugestalten, aber nicht gemacht wurde.

<sup>196</sup> A.A. LG München, Urteil vom 24. Juni 2008, 33 O 22144/07, CR 2008, 806 Rn. 51; vgl. dazu oben Abschnitt I.2.1.

<sup>197</sup> Vgl. OLG München, FN 96, Rn. 29.

<sup>198</sup> VEELKEN in Immenga/Mestmäcker, Vertikal-GVO Rn. 200.

<sup>199</sup> Vgl. DIESELHORST/LUHN, S. 1311.

<sup>200</sup> OLG München, FN 96, Rn. 32, welches damit das Urteil der Vorinstanz (LG München, Urteil vom 24. Juni 2008, 33 O 22144/07, CR 2008, S. 806) bestätigte.

<sup>201</sup> Vgl. auch DIESELHORST/LUHN, S. 1310.

<sup>202</sup> Vgl. SPIEKER, Anmerkungen zum Urteil des OLG München, FN 96, S. 396.

ausgeschlossen, denn viele Internet-Kunden werden häufig, aber nicht ausschliesslich, auf Auktionsplattformen einkaufen. Diese können zwar nach wie vor über die eigene Website der Händler erreicht werden, jedoch nur unter erschwerten Bedingungen.

[Rz 119] Damit stellt ein entsprechendes direktes oder indirektes Verbot eine Weiterverkaufsbeschränkung im Sinne der Vertikal-GVO dar.

### (iii) Eingreifen der Gegen Ausnahme Art. 4 lit. b i) Vertikal-GVO

[Rz 120] Nach der hier vertretenen Auffassung ist deshalb im Alleinvertrieb entscheidend, ob der Vertrieb über Online-Auktionsplattformen als passive oder aktive Verkaufsbemühung anzusehen ist. Zu klären ist jedoch zuerst, wie es sich vorliegend mit dem Vorbehalt bzw. der exklusiven Zuweisung von Kunden verhält.

### b. Vorbehalt bzw. exklusive Zuweisung von Gebieten bzw. Kunden

[Rz 121] Zur Klarstellung sei hier nochmals festgehalten, dass auch aktive Verkäufe, resp. aktive Verkaufsbemühungen nach der Vertikal-GVO nur an Kunden untersagt werden können, die nach Massgabe ihrer Zugehörigkeit zu einem Gebiet oder einer Gruppe einem anderen Händler exklusiv zugewiesen bzw. vom Lieferanten vorbehalten wurden.<sup>203</sup> Der Lieferant könnte also ein Verbot des Vertriebs über Auktionskunden damit rechtfertigen, dass er sich diese Kundengruppe selbst vorbehalten wolle. Um einen wirksamen Vorbehalt des Lieferanten handelt es sich aber nur, wenn er die betreffenden Kunden tatsächlich beliefert oder eine Belieferung zumindest in absehbarer Zeit, d.h. mittelfristig, ernsthaft anstrebt.<sup>204</sup> Nimmt man also anders als nach der hier vertretenen Auffassung an, dass Auktionsplattformkunden eine abgrenzbare Kundengruppe darstellen,<sup>205</sup> wird regelmässig kein Vorbehalt im Sinne von Art. 4 lit. b i) Vertikal-GVO vorliegen, weil der Lieferant in der Regel ja gerade verhindern will, dass seine Produkte über diese Plattformen vertrieben werden. Dementsprechend würde hier ein Verbot von Aktivverkäufen an solche Kunden – selbst bei Annahme einer eigenen Kundengruppe – eine unzulässige Kernbeschränkung darstellen. Bedeutender ist folglich die Belieferung an Kunden, die in exklusiv zugewiesenen oder vorbehaltenen Gebieten anderer Händler ansässig sind.

<sup>203</sup> Vgl. statt vieler BARON in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Vertikal-GVO Rn. 195; Entscheidend ist nicht, dass es sich um Kunden handelt, die einem Händler lediglich nicht zugewiesen sind, wie es DIESELHORST/LUHN, S. 1311 annehmen.

<sup>204</sup> BARON in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Vertikal-GVO Rn. 197; SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, Komm., Rn. 570; BAUER/DE BRONETT in Bauer/de Bronett, Rn. 115.

<sup>205</sup> So DIESELHORST/LUHN, S. 1310.

### c. Aktive oder passive Verkaufsbemühung?

[Rz 122] Die Frage, ob der Betrieb eines Shops auf einer Online-Auktionsplattform als aktive oder passive Verkaufsbemühung anzusehen ist, muss gleich behandelt werden wie das Anbieten eines Shops auf einer eigenen Website. Es sind keine sachlichen Unterschiede erkennbar, die eine ungleiche Behandlung rechtfertigen.<sup>206</sup> Dem Grundsatz nach ist somit von einer passiven Verkaufsbemühung auszugehen.<sup>207</sup> Jedoch müssen grundsätzlich auch hier die angeführten Ausnahmen beim Betrieb einer Website gelten<sup>208</sup>.

[Rz 123] Die wohl wichtigste Internet-Auktionsplattform, «eBay», verfügt über eine besondere Option, die als «von Käufern zu erfüllende Bedingungen» bezeichnet wird. Dabei kann ein Verkäufer insbesondere Länder ausschliessen, in welche er keine Lieferungen vornehmen will (opt-out).<sup>209</sup> Da der Vertrieb über eBay grundsätzlich als passive Verkaufsmassnahme angesehen werden muss, würde beispielsweise die Verpflichtung des schweizerischen Alleinvertriebshändlers, alle Länder ausser die Schweiz auszuschliessen, ein Verbot von Passivverkäufen und damit eine Kernbeschränkung nach Art. 4 lit. b Vertikal-GVO darstellen. Ein anderer Schluss würde sich rechtfertigen, wenn der Händler auf dem Fremdportal die Darstellung seines Angebotes in fremden Länder-Shops gezielt durch Aktivieren entsprechender Optionen aufschalten könnte (opt-in). In einer solchen Aktivierung fremder Ländershops wäre durchaus eine aktive Verkaufsbemühung zu sehen. Dem Lieferanten muss es auch gestattet sein, die Händler zu verpflichten, ihre Artikel lediglich auf den Internetauktionsplattformen mit Top-Level-Domains ihres jeweiligen Vertragsgebiets anzubieten. Denn, wie bereits weiter oben ausgeführt, wird das Anbieten von Vertragsprodukten unter gebietsfremden Top-Level-Domains als aktive Verkaufsbemühung gegenüber Kunden aus dem Gebiet der jeweiligen Top-Level-Domain anzusehen sein.

### d. Sonstige Fremdportale

[Rz 124] Der Vertrieb über andere Fremdportale ist im Rahmen des Alleinvertriebs analog zu den Auktions-Plattformen

<sup>206</sup> So aber DIESELHORST/LUHN, S. 1310, die davon sprechen, dass der Käufer den Artikel überhaupt nur deswegen erwerben kann, weil der Händler ihn zuvor aktiv auf der Auktions-Seite eingestellt habe. Schliesslich führen sie auch aus, dass der Kontakt mit einer ausgeschlossenen Kundengruppe nicht bloss ein unbeabsichtigtes Nebenergebnis, sondern die Intention des Händlers sei. Ferner handle es sich anders als beim Betrieb einer eigenen Website, um ein verbindliches Angebot.

<sup>207</sup> A.A. jedoch ohne Begründung, IMMENGA, Internetauktionsplattformen im Fokus des Kartellrechts, K&R 2010, S.24 ff., S. 27 m.H.a. das LG München Urteil vom 24. Juni 2008, 33 O 22144/07, CR 2008, S. 806, Rn. 51, welches jedoch keine Aussage zu dieser Frage trifft; A.A. auch NOLTE, Rn. 566 zu Art. 81 EG, welcher jedoch implizit annimmt, dass Auktionsplattformkunden vorbehalten bzw. exklusiv zugewiesen werden (können).

<sup>208</sup> Vgl. oben S. 3 ff.

<sup>209</sup> Vgl. <<http://pages.ebay.ch/help/sell/buyer-requirements.html>> (besucht am 14. April 2011).

zu beurteilen. Aktive Verkäufe und Verkaufsbemühungen innerhalb des zugewiesenen Vertragsgebietes oder Kundengruppe sowie Passivverkäufe dürfen nicht beschränkt werden. Der Vertrieb über sich gezielt an Fremdkunden richtende Fremdportale kann vertraglich beschränkt oder verboten werden und ist als zulässige Beschränkung von Aktivverkäufen in fremde Vertragsgebiete oder an fremde Vertragskunden zu betrachten.

## 2.2 Selektivvertriebssysteme

[Rz 125] Anders als im Alleinvertrieb stellt sich die Frage, ob eine Kundenbeschränkung vorliegt, im Selektivvertrieb nicht, sofern bereits die Voraussetzungen aus der Rechtsprechung des EuGH<sup>210</sup> erfüllt sind. Im Rahmen des Selektivvertriebs dürfen grundsätzlich weder aktive noch passive Verkäufe oder Verkaufsbemühungen beschränkt oder untersagt werden – mit Ausnahme des Verbotes des Verkaufes an nicht zugelassene Wiederverkäufer. Allerdings darf der Lieferant qualitative Vorgaben an die Ausgestaltung des Vertriebs durch die zugelassenen Händler machen, sofern diese gerechtfertigt und geeignet sind, die Qualität und das Image der Produkte oder Marke sicherzustellen. Massgebend sind somit vor allem die Beschaffenheit des Produkts sowie Verhältnismässigkeitsüberlegungen.

[Rz 126] Wie oben dargestellt, kann der Lieferant also durch die Ausgestaltung des Internetvertriebs vertraglich regeln und die verschiedensten Vorgaben machen. In Anbetracht der im Selektivvertrieb zentralen Qualitätssicherungsüberlegungen ist besonders nachzuvollziehen, dass der Lieferant den Vertrieb über Auktionsplattformen oder Fremdportale, die seinen Qualitätskriterien im Vertrieb nicht entsprechen, verhindern oder beschränken möchte.

[Rz 127] Unabhängig davon halten die Leitlinien – anders als noch deren Entwurf – nun ausdrücklich und in scheinbar allgemeingültiger Form fest, dass der Händler verpflichtet werden kann, für den Online-Vertrieb nur Websites Dritter zu benutzen, die ihrerseits im Einklang stehen mit den Normen und Voraussetzungen, die zwischen dem Lieferanten und seinem Händler für den Internetvertrieb vereinbart wurden.<sup>211</sup> Befindet sich die Website des Händlers auf der Plattform eines Dritten, könne beispielsweise verlangt werden, dass Kunden die Website des Händlers nicht über eine Website aufrufen, die den Namen oder das Logo dieser Plattform tragen.

[Rz 128] Sofern bei jedem Produkt das zuletzt genannte Erfordernis aufgestellt werden kann, bedeutet dies wohl, dass im Rahmen von selektiven Vertriebssystemen die Benutzung von Internetauktionsplattformen wie eBay generell ausgeschlossen werden kann.<sup>212</sup> Schliesslich wäre es für eBay kaum mehr interessant, eine Plattform für den Vertrieb

anzubieten, die nicht seinen Namen trägt. Auch für einen Händler wäre der Vertrieb über eBay kaum mehr attraktiver als eine eigene Website zu betreiben, wenn er zwar auf eBay einen Shop betreibt, aber dieser von den übrigen Angeboten von eBay so abgekoppelt ist, dass er nicht von dessen hohen Userzahlen und den Marketingaktivitäten profitieren kann.

[Rz 129] Nach der hier vertretenen Auffassung ist somit in jedem Einzelfalle insbesondere zu prüfen, ob der direkte oder indirekte Ausschluss des Vertriebs über Online-Auktionsplattformen für die Wahrung des Images, der Qualität oder des richtigen Gebrauchs des jeweiligen Produkts sowie im Rahmen des jeweiligen selektiven Vertriebssystem erforderlich ist.<sup>213</sup> Aufgrund der mit Internet-Auktionsplattformen nach wie vor verbundenen negativen Assoziationen<sup>214</sup> wird regelmässig davon ausgegangen werden können, dass ein entsprechendes Verbot gerechtfertigt ist.<sup>215</sup>

## III. Beschränkung der Online-Werbung

[Rz 130] Der Online-Vertrieb wird in den nächsten Jahren weiter zunehmen und den stationären Vertrieb in verschiedenen Branchen als Hauptabsatzmarkt ablösen. Da der Internetvertrieb – wie dargestellt – grundsätzlich kartellrechtlich als passive Vertriebsform zu behandeln ist und deshalb grundsätzlich nicht eingeschränkt werden darf, stellt sich die Frage, was dies für die Bewerbung des Internetvertriebs, resp. einer Internet-Präsenz oder eines -Shops bedeutet. Richtet sich eine solche gezielt auf Kunden eines anderen Vertriebsgebietes, resp. Kundenkreises aus, ist diese als aktive Verkaufsbemühung zu qualifizieren und darf folglich unter Umständen auch vertraglich eingeschränkt werden. Dies bedeutet, dass die Steuerung und Durchsetzung einer vom Hersteller oder Grosshändler gewollten Vertriebsstruktur über die vertragliche Regelung der verschiedenen verfügbaren Online-Marketing-Formen erfolgen kann und muss. Kurz: Während der Internetvertrieb in den meisten Fällen weder untersagt noch beschränkt werden darf, können Online-Werbeformen untersagt, resp. eingeschränkt werden, sobald mit diesen gezielt Kunden aus anderen Vertriebsgebieten oder anderen Kundengruppen angeworben werden sollen.

[Rz 131] Im Folgenden sollen deshalb die heute gängigen Online-Werbeformen aus kartellrechtlicher Sicht beurteilt werden. Dabei soll herausgearbeitet werden, ob es sich jeweils um eine aktive oder passive Form der Bewerbung des Internetvertriebs handelt. Je nach Ergebnis ist es kartellrechtlich zulässig, den Vertriebshändlern die entsprechende Bewerbung vertraglich zu untersagen oder einzuschränken.

<sup>210</sup> Vgl. die Nachweise in FN 74.

<sup>211</sup> Leitlinien, Tz. 54 S. 5.

<sup>212</sup> So auch SEELIGER/KLAUSS, S. 235.

<sup>213</sup> In diesem Sinne auch FRANCK, S. 783 f.; Dieselhorst/Luhn, a.a.O., S. 1306 (1308); das OLG Karlsruhe, FN 170, Rn. 67 erachtete es für den zu beurteilenden Fall nicht als erforderlich zu prüfen, ob der Ausschluss des Vertriebs über eBay über das hinaus gehe, was erforderlich ist.

<sup>214</sup> Vgl. dazu Abschnitt II.2.

<sup>215</sup> In diesem Sinne wohl NOLTE, Rn. 605 zu Art. 81 EG; sowie RÖSNER, S. 1122.

## 1. Displaywerbung

### 1.1 Displaywerbung (Banner, Pop-Ups, etc.)

[Rz 132] Bei Bannern<sup>216</sup>, Textwerbung (z.B. Google AdSense)<sup>217</sup>, Pop-Ups<sup>218</sup>, Exit-Pop-Ups<sup>219</sup>, Pop-Unders<sup>220</sup>, Interstitials<sup>221</sup>, Flash-Layers<sup>222</sup>, Floating-Ads<sup>223</sup>, Pagepeel-Ads<sup>224</sup>, InText-Ads<sup>225</sup>, Advertorials<sup>226</sup> und Websponsoring<sup>227</sup> handelt es sich um Formate der Displaywerbung, die entweder direkt auf fremden Websites angezeigt oder durch den Besuch fremder Websites aufgerufen und angezeigt werden. Diese sollen Besucher dieser fremden Websites dazu bringen, die eigene, werbende Website zu besuchen. Es handelt sich also um eine sehr gezielte Ansprache von potentiellen Kunden, nämlich den Besuchern der Website, auf der die Displaywerbung geschaltet wird.

[Rz 133] Wie oben dargestellt, erachtet die Kommission die Grenze zum Aktivverkauf als überschritten, sobald Werbung auf Websites Dritter «gebietspezifisch» ist, d.h. wenn sie

gezielt darauf ausgerichtet ist, bestimmte Kunden zu erreichen, die anderen Anbietern exklusiv zugewiesen sind.<sup>228</sup>

[Rz 134] Entscheidend muss jedoch die Frage sein, unter welchen Umständen bzw. auf welchen Websites Banner, Pop-Ups, Links oder ähnliche Instrumente so eingerichtet sind, dass sie gezielt bestimmte Kunden erreichen. Klar erscheint der Fall, in dem beispielsweise ein deutscher Händler, dem Deutschland exklusiv zugewiesen wurde, etwa auf [spiegel.de](http://spiegel.de) ein Banner bucht, der nur für Schweizer Besucher zu sehen ist. Ob eine aktive Verkaufsbemühung vorliegt, ist hingegen fraglich, wenn beispielsweise ein Schweizer Händler, dem die Schweiz exklusiv zugewiesen wurde, eine Bannerwerbung auf [bild.de](http://bild.de) bucht, die bei allen Besuchern von [bild.de](http://bild.de) unabhängig von ihrem Standort erscheint und damit nicht gebietsspezifisch ist. Die Antwort ist abhängig davon, ob die Werbung auf [bild.de](http://bild.de) durch den Schweizer Händler als vernünftige Massnahme für die Erreichung der Kunden im eigenen, ihm zugewiesenen Verkaufsgebiet gesehen werden kann.<sup>229</sup> Je grösser der Anteil der Schweizer Besucher auf [bild.de](http://bild.de) ist, umso mehr wäre dies der Fall.

[Rz 135] In der Regel wird aber davon auszugehen sein, dass Banner und Links grundsätzlich gebietsspezifisch sein müssen, d.h. sie dürfen grundsätzlich nur bei Usern aus dem zugewiesenen Vertragsgebiet erscheinen, um nicht als aktive Verkaufsbemühung zu gelten. Ein Website-Betreiber, der bei einer Agentur einen bestimmten Banner oder Links bucht, kann heute in der Regel sehr genau vorgeben, auf welchen Websites, und bei den Usern, aus welchen geografischen Gebieten, diese erscheinen sollen.<sup>230</sup> Dies gilt jedenfalls auf Basis verschiedener Länder, aber – je nach Vermarktung der betreffenden Website – auch regional und auf einzelne Städte bezogen.

[Rz 136] Eine allgemeine Aussage dazu, auf welchen Websites Banner oder Links geschaltet werden können, ohne als aktive Verkaufsmassnahme betrachtet zu werden, ist schwer möglich. Denkbar ist, auf die Top-Level-Domains abzustellen. Banner und Links auf Top-Level-Domains mit nationalen Endungen, die nicht dem eigenen Vertragsgebiet entsprechen, können demnach grundsätzlich als aktive Verkaufsmassnahme in diesen Gebieten erachtet werden.<sup>231</sup> Denn bei der Mehrzahl dieser Websites wird die Werbung für einen Händler nur attraktiv sein, weil er dadurch auch

<sup>216</sup> Unter Banner werden alle Formate von Online-Anzeigen verstanden, welche auf einer Website statisch angezeigt werden.

<sup>217</sup> Reine Textanzeigen sind – oft auf dem Inhalt der Website abgestimmte Anzeigen, die keinerlei Bildanteil haben.

<sup>218</sup> Unter Pop-Ups werden Werbefenster verstanden, die sich bei Besuch einer bestimmten Website automatisch öffnen.

<sup>219</sup> Exit-Popups sind Werbefenster, die sich bei Schliessen des geöffneten Browser-Fensters öffnen. Auch diese werden durch den Besuch der zuletzt geöffneten Website ausgelöst.

<sup>220</sup> Bei Pop-unders handelt es sich um Werbefenster, die sich ebenfalls automatisch öffnen, sich jedoch unter die bereits geöffnete Website legen und erst bei Schliessen des betreffenden Werbefensters sichtbar werden.

<sup>221</sup> Interstitials sind Werbeeinblendungen, die im aktuellen oder einem neuen, den gesamten Bildschirm ausfüllenden Browserfenster eingeblendet werden.

<sup>222</sup> Layer-Formate sind den Interstitials ähnlich. Sie legen sich jedoch direkt (wie ein Layer) über die angezeigte Seite.

<sup>223</sup> Floating-Ads sind Layer-Formate, welche sich in animierter Weise ein paar Sekunden über den Bildschirm bewegen.

<sup>224</sup> Beim Pagepeel-Format wird meist die rechte obere oder untere Ecke der Internetseite besonders hervorgehoben und flattert leicht aber auffällig. Dies soll den Besucher neugierig machen. Fährt er mit der Maus über die Ecke, wird ein grösseres Werbefenster aufgerollt oder geöffnet.

<sup>225</sup> Bei der InText-Werbung werden Werbelinks direkt in redaktionelle Texte eingebunden. Diese Werbeform ist rechtlich nicht unproblematisch sofern der Werbecharakter nicht eindeutig klar erkennbar ist.

<sup>226</sup> Bei Advertorials handelt es sich – wie in den Printmedien – um meist von Unternehmen verfasste, redaktionelle Beiträge, die ein Gebiet zum Thema haben, auf dem das werbende Unternehmen besonders kompetent ist. Diese Beiträge werden in den redaktionellen Teil einer Internetseite eingebettet und sind rechtlich problematisch, sofern sie nicht als Anzeige oder Werbung gekennzeichnet sind.

<sup>227</sup> Bei Websponsoring werden bestimmte Inhalte von Websites finanziell unterstützt, wofür sich der Sponsor im Gegenzug eine kommunikative Wirkung erhofft. Diese Werbeform wird von den übrigen Seiteninhalten meist unterscheidbar sein und mit dem Zusatz «präsentiert von...» auf die finanzielle Unterstützung durch den Sponsor hingewiesen. Natürlich sind diese Hinweise regelmässig direkt auf die Website des Sponsors verlinkt.

<sup>228</sup> Leitlinien, Tz. 53 S. 3 und 4; SEELIGER/KLAUSS, S. 233 ff.; SEELIGER, WuW 2000, S. 1181; VAJDA/GAHNSTRÖM, S. 104.

<sup>229</sup> Siehe oben bei I.2.3.

<sup>230</sup> Vgl. dazu beispielsweise die Mitteilung des Online-Werbenetzwerks [adscale](http://adscale.de): abrufbar unter : <[blog.adscale.de/2010/08/18/adscale-startet-geotargeting](http://blog.adscale.de/2010/08/18/adscale-startet-geotargeting)> (besucht am: 14. April 2011);Datenschutzrechtliche Bedenken bei der Erfassung der IP-Adressen mögen hier durchaus berechtigt sein, wobei ohne diese Massnahmen viele nationale Rechte (z.B. Urheberrechte) im Online-Bereich wohl nicht mehr wirksam geschützt werden könnten.

<sup>231</sup> So auch GILLIÉRON, S. 163 f.

Kunden ausserhalb seines Vertragsgebiets erreicht. Ebenso sind grundsätzlich Banner oder Links auf Websites mit generischen Top-Level-Domains in der Regel als aktive Verkaufsbemühung zu beurteilen.<sup>232</sup> Dies gilt jedoch nicht, wenn die Website mit gebietsfremder Top-Level-Domain nachweislich eine grosse Anzahl von Besuchern aus dem eigenen Vertragsgebiet aufweist. So erhält die Schweizer NZZ einen erheblichen Anteil seiner Online-Leser aus Deutschland.

[Rz 137] Grundsätzlich erscheint es aber sachgerecht, dass es einem Lieferanten gestattet sein muss, seinen Händlern die Anbringung von Bannern und Links auf Websites mit gebietsfremden Top-Level-Domains zu verbieten, es sei denn, dass es sich nachweislich um eine von den zugewiesenen Kunden stark frequentierte Website handelt.

[Rz 138] Schliesslich ist auch denkbar, dass ein Dritter Banner und/oder Links, die zum Online-Shop eines Händlers führen, einrichtet, ohne dass der Händler hierzu beigetragen oder Anweisungen gegeben hat, und dadurch jedenfalls auch gebietsfremde Kunden erreicht werden sollen. Eindeutig ist dies im Falle der gezielten Ansprache gebietsfremder Kunden durch einen solchen Dritten. Denkbar mag dies bei Online-Branchenverzeichnissen sein. Noch wahrscheinlicher ist ein solches Vorgehen durch einen Publisher im Zusammenhang mit Affiliate-Systemen.<sup>233</sup> In einem solchen Falle werden jedoch in der Regel bereits Namens-, Marken- und/oder Urheberrechte des Händlers verletzt, sodass der Händler durch den Lieferanten vertraglich verpflichtet werden kann, den Dritten aus dieser Verletzung in Anspruch zu nehmen und die weitere Bewerbung zu untersagen.

[Rz 139] Die Behandlung von Bannern und Links als aktive Verkaufsbemühung, sobald sie sich an gebietsfremde Kunden richten, führt dazu, dass es im Alleinvertriebsverhältnis kartellrechtlich zulässig sein muss, dies dem Händler vertraglich zu verbieten oder entsprechend einzuschränken.

[Rz 140] Im Selektivvertrieb hingegen darf einem zugelassenen Händler die Verwendung von Display-Werbung nicht grundsätzlich verboten oder beschränkt werden.<sup>234</sup> Hingegen dürfen Vorgaben gemacht werden, mit denen qualitative Vorgaben an die Produktpräsentation auch bei der Bewerbung der Produkte sichergestellt werden. Zu denken ist etwa an Vorgaben für das Werbeumfeld, also an die Art und Qualität der Websites, auf denen Display-Werbung geschaltet werden darf. Daneben kann ein Lieferant ein schützenswertes Interesse daran haben, dass seine Selektivhändler Werbeformen vermeiden, die ein Belästigungspotenzial haben, wie etwa Pop-Ups. Schliesslich kann sich eine zulässige Beschränkung auch auf die Form der Werbung beziehen. Beispielsweise kann eine reine Textwerbung (z.B. Google

AdSense) dem Markenimage von hochwertigen Produkten abträglich sein.

## 1.2 Targeting- und Retargeting-Methoden (Verpflichtung zum Einsatz, resp. zur Unterlassung von Targeting)

[Rz 141] Targeting, oder Behavioural Targeting, meint die personen- oder verhaltensbezogene Auslieferung von Online-Werbung. Hierzu gibt es technisch verschiedene Verfahren. Gemein ist diesen allen, dass die auf der jeweiligen Website ausgelieferte Werbung an das Nutzerverhalten des Website-Besuchers angepasst wird. Technisch wird dabei in der Regel ein Cookie auf dem Rechner des Nutzers hinterlassen, in dem bestimmte Informationen über das Surf- und Klickverhalten des Nutzers abgelegt sind. Diese Informationen werden ausgelesen und ausgewertet, sobald der Nutzer diese Website oder andere an das System des Targeting-Dienstleisters angeschlossene Websites besucht. Unterschiedlich ist das Verfahren zur Bestimmung, welche Werbung ausgeliefert werden soll. Die meisten Systeme bilden aus den Informationen Gruppen. Jedes (vermeintliche) Mitglied einer bestimmten Gruppe bekommt die für diese Gruppe vorgesehene Werbung ausgeliefert. Es liegt auf der Hand, dass Targeting ein ideales Werbeinstrument der gezielten Ansprache von Kunden über Online-Werbung darstellt. Potentielle Kunden können sehr gezielt identifiziert und angesprochen werden; sei es aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Kundengruppe, ihrer spezifischen Interessen oder ihrer geografischen Herkunft.

[Rz 142] Ebenfalls unter Behavioural Targeting fällt das sogenannte Retargeting. Hierbei soll einem Nutzer, der einen bestimmten Shop besucht – aber womöglich nichts gekauft – hat, zukünftig Werbung für diesen Shop angezeigt werden. Dieses Verfahren kann auch auf Produkt-Level, also auf eine bestimmte Ware bezogen, eingesetzt werden. Schaut sich also beispielsweise eine Surferin aus der Schweiz in einem Schweizer Online-Shop für Schuhe ein Paar Stiefel der Marke «Navyboot» an und hat sie diese auch schon in den Warenkorb gelegt, den Kauf aber abgebrochen, kann ihr anschliessend beim Besuch eines deutschen Shops gezielte Werbung für just diesen Schuh zu einem anderen, allenfalls tieferen Preis eingeblendet und die Schweizer Surferin so zum Kauf im deutschen Shop veranlasst werden.

[Rz 143] Das Beispiel der Schweizer Surferin auf der Suche nach Navyboot-Stiefeln zeigt sehr anschaulich, dass der Einsatz betreffender Targeting- oder Retargeting-Methoden eindeutig als aktive Verkaufsbemühung anzusehen ist. Insofern muss es in einem Alleinvertriebsverhältnis kartellrechtlich zulässig sein, den Händlern vertragliche Vorgaben zum Einsatz von Targeting zu machen. Insbesondere muss erlaubt sein, dem Händler zu verbieten, durch den Einsatz von Targeting Werbung gezielt an Nutzer aus einem anderen Vertragsgebiet oder einer anderen Kundengruppe auszuliefern, resp. ausliefern zu lassen.

<sup>232</sup> A.A. GILLIÉRON, S. 164.

<sup>233</sup> Siehe dazu unten Abschnitt III.5.

<sup>234</sup> Siehe oben bei II.1.2 a.



[Rz 144] Aus den gleichen Überlegungen muss auch erlaubt sein, die Händler zu verpflichten, durch den aktiven Einsatz von Targeting sicher zu stellen, dass Online-Werbung, etwa in der Form von Displaywerbung<sup>235</sup>, nur an Nutzer aus dem vorbehaltenen Vertragsgebiet angezeigt oder zugestellt wird. Dies gilt jedenfalls, soweit solche Methoden marktüblich sind.

[Rz 145] Im Rahmen einer selektiven Vertriebsstruktur dürfen den zugelassenen Händlern wiederum keine Vorgaben an den Einsatz von Targeting gemacht werden. Zulässig wären entsprechende Vorgaben, wenn diese sich dazu eignen, die Qualitätskriterien im System durchzusetzen oder aber sicherzustellen, dass keine nicht zugelassenen Wiederverkäufer über einen Shop eines zugelassenen Händlers Vertragsprodukte zum Zwecke des Wiederverkaufs beziehen.

### 1.3 Location Based Advertising

[Rz 146] Sowohl Werbekampagnen bei der Display-Werbung als auch die verhaltensbezogene Werbung im Internet lassen sich heutzutage kombinieren mit der gebietsspezifischen Auslieferung der Werbung (Location Based Services – LBS). Dies gilt insbesondere im mobilen Kontext. Dabei kann der Standort des Nutzers unter anderem durch die IP-Adresse, GPS-/GPRS-Daten und WLAN-Signale näherungsweise bestimmt werden.

[Rz 147] Dies legt die Überlegung nahe, dass der Lieferant den Händler zum Einsatz solcher Techniken verpflichten kann, um den Gebietsschutz sicherzustellen. Dagegen sollte zumindest im Alleinvertrieb aus kartellrechtlicher Sicht nichts einzuwenden sein.

## 2. Suchmaschinenwerbung

### 2.1 SEO-Massnahmen (onpage (Metatags), offpage (Linkaufbau))

[Rz 148] Die Vermarktung der Website über Suchmaschinen nimmt heutzutage eine herausragende Stellung ein. Das Auffinden einer Website über Suchmaschinen führt in der Regel die meisten Besucher auf einen Online-Shop. Damit beeinflussen Suchmaschinen in entscheidendem Masse die Auffindbarkeit der eigenen Website im World Wide Web. Die Zusammenstellung des «Suchindex» erfolgt automatisch nach einer Vielzahl von Kriterien, welche jedoch laufend geändert und streng geheim gehalten werden. Die Auffindbarkeit einer Website über eine Suchmaschine bzw. der Rang innerhalb der Suchresultate ist dabei abhängig von der Relevanz einer Seite für die eingegebenen Suchbegriffe. Diese wird wiederum in erster Linie geprägt durch die auf der Website enthaltenen Texte.<sup>236</sup> Ein wesentliches Kriterium für die Suchmaschinen ist zudem die Zahl und Qualität der

auf die Seite verweisenden Links. Der Ranglistenplatz einer Website wird zudem – wobei in stark nachlassendem Ausmass – beeinflusst durch sog. Metatags.<sup>237</sup> Metatags sind für den Besucher grundsätzlich unsichtbare und nur über den Quelltext einer Website einsehbare Informationen, die der Website-Betreiber zur Beschreibung seiner Website selber festlegen kann.

[Rz 149] Wird die eigene Website in Deutsch und Englisch errichtet, können die Metatags beispielsweise auch in Italienisch, Spanisch und Französisch eingegeben werden. Dadurch versucht der Website-Betreiber gezielt, die Auffindbarkeit der eigenen Website auch in anderen Ländern zu beeinflussen. Da solche Metatags grundsätzlich nur dazu bestimmt sind, die Auffindbarkeit der Website in bestimmten Gebieten oder durch bestimmte Kundengruppen gezielt zu verbessern, muss diese Form der Vermarktung der Website über Suchmaschinen als aktive Verkaufsbemühung behandelt werden.<sup>238</sup> Folglich muss es Lieferanten erlaubt sein, ihren Alleinvertriebshändlern die Verwendung von Metatags in anderen Sprachen als derjenigen des Vertragsgebiets oder in Englisch sowie Metatags, die auf fremde Gebiete abzielen (z.B. Ländernamen), zu untersagen.<sup>239</sup>

[Rz 150] Auch im unsichtbaren Teil einer Website (Hidden Content) dürfen keine versteckten Hinweise enthalten sein, die darauf gerichtet sind, die gebietsfremden Kunden angezeigten Suchergebnisse zu beeinflussen.

[Rz 151] Unzulässige Methoden der Suchmaschinenoptimierung, wie zum Beispiel der Kauf nicht gekennzeichnete Links,<sup>240</sup> Doorway-Pages<sup>241</sup> und Cloaking<sup>242</sup>, können stets verboten werden.<sup>243</sup>

### 2.2 SEM (Keyword Advertising)

[Rz 152] Eine bedeutende Online-Marketing-Massnahme stellt auch das Keyword Advertising dar. Die wichtigste Form ist Google-AdWords. Dabei erscheinen für bestimmte Schlüsselwörter (Keywords) gebuchte Werbeanzeigen im obersten und seitlichen Bereich der Suchergebnisseite (aber getrennt von den eigentlichen Suchergebnissen). Neben den

<sup>237</sup> HÄRTING, Rn. 1270.

<sup>238</sup> So NOLTE, Rn. 566 zu Art. 81 EG; EILMANSBERGER, S. 509; wohl auch KIRSCH, S. 996; SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, Komm., Rn. 576 ff. m.H.a. Äusserungen von Kommissionsmitgliedern, die ebenfalls dieser Ansicht sind; SEELIGER/KLAUSS, S. 233 ff.

<sup>239</sup> Grundsätzlich gl. M. GILLIÉRON, S. 164, wobei er scheinbar auch ein Verbot englischer Metatags für zulässig hält.

<sup>240</sup> Linkkauf meint die zeitweise oder dauerhafte Schaltung von Links auf die eigene Website zum Zwecke der Verbesserung des Ranking.

<sup>241</sup> Doorway-Pages sind Webseiten, die – ohne eigenen Inhalt – direkt auf andere Websites weiterleiten.

<sup>242</sup> Cloaking ist die Einrichtung einer Webseite der Art, dass den Crawlern der Suchmaschine eine andere Seite suggeriert wird als den tatsächlichen Nutzern.

<sup>243</sup> Siehe unten Abschnitt III.6.

<sup>235</sup> Siehe oben unter III.2.1.a.

<sup>236</sup> HÄRTING, Internetrecht, 4. Auflage, Köln 2010, Rn. 1269.

jeweiligen Schlüsselwörtern kann der Werbetreibende zunächst bestimmen, ob er die AdWords bei google.ch oder google.de oder bei allen Google Top-Level-Domains buchen will. Darüber hinaus hat er die Möglichkeit, ohne grossen Aufwand festzulegen, bei welchen Usern aus welchen Gebieten (bis hin zu Bundesländern oder Kantonen) er die Anzeigen erscheinen lassen bzw. nicht erscheinen lassen will.

[Rz 153] Ein Händler kann somit Keywords wie den Markennamen, die Bezeichnung oder die Gattung der Vertragsprodukte buchen, so dass Anzeigen für seine Offline- oder Online-Shops bei entsprechenden Suchanfragen erscheinen und festlegen, dass diese Anzeigen entweder bei Usern aus der ganzen Welt oder aus bestimmten, oder ihm nicht zugewiesenen Vertragsgebieten erscheinen. Dadurch richtet er sich gezielt an Kunden, ausserhalb seines Vertragsgebiets und bemüht sich aktiv um Verkäufe mit diesen Kunden. Folglich muss es einem Lieferanten auch hier gestattet sein, seinen Alleinvertriebshändlern derartige Aktivitäten zu verbieten.

[Rz 154] Soweit der Händler von der Möglichkeit der Auslieferung von Werbung ausschliesslich in seinem Vertriebsgebiet Gebrauch macht, lässt sich die Auswahl der Keywords im Lichte des Gebietsschutzes kartellrechtlich nicht beschränken.

[Rz 155] Verhindert der Händler aber eine Auslieferung der Werbung ausserhalb des ihm zugewiesenen Gebietes nicht, muss er sich einer erkennbar auf andere Gebiete ausgerichteten Werbung durch Auswahl entsprechender Keywords enthalten. Entsprechendes gilt bei der Verwendung kundengruppenspezifischer Keywords.

[Rz 156] In selektiven Vertriebssystemen kann eine Beschränkung wiederum nur mit der Sicherstellung qualitativer Vorgaben begründet werden. Dies kann insbesondere bedeuten, dass die Einblendung von Werbung bei der Eingabe bestimmter Suchbegriffe beschränkt werden darf. So ist denkbar, dass ein Lieferant die Werbung mit Keywords, die aus der Marke und Begriffen zusammengesetzt sind, die mit dem gewünschten Markenimage unvereinbar sind, ausschliessen möchte (z.B. «billig», «Discount»). Dagegen lässt sich ein vollständiger Ausschluss der AdWords-Nutzung mit Qualitätsargumenten nach hier vertretener Auffassung nicht rechtfertigen.

### 2.3 Preissuchmaschinen

[Rz 157] Bei Preissuchmaschinen im Internet hat der Händler die Möglichkeit, die in seinem Online-Shop aufgerufenen Preise für bestimmte Produkte mit denen anderer Shops vergleichen zu lassen. Die Teilnahme an einem solchen Preisvergleich setzt dabei einen vom Händler initiierten Abgleich, d.h. seine Mitwirkung, voraus.

[Rz 158] Wenn der Händler gezielt an einer Preisvergleichsplattform mit einer gebietsfremden Top-Level-Domain oder

einer Ausrichtung auf ein fremdes Gebiet oder eine fremde Kundengruppe teilnimmt, gilt dies in gleicher Weise wie bei Bannern und Links, etc. als aktive Werbemassnahme, die durch den Lieferanten im Alleinvertrieb verboten werden darf. Gleiches gilt, falls die Suchmaschine eine auf bestimmte Orte beschränkte Suche zulässt.

## 3. Social Media Advertising

[Rz 159] Wer Werbung im Internet betreiben will, kommt an Social Media zwischenzeitlich kaum mehr vorbei. Netzwerke wie beispielsweise Facebook, StudiVZ oder Twitter bieten sowohl für den kleinen eBay-Shop-Betreiber als auch für den grossen Online-Händler eine kostengünstige Möglichkeit, ihre Produkte und Dienstleistungen anzupreisen.

### 3.1 Twitter

[Rz 160] Twitter ist ein Dienst für den unmittelbaren Austausch von Kurznachrichten. Während grundsätzlich jeder Nutzer weltweit Zugang zu den im Rahmen eines eigenen Unternehmensprofils abgesetzten Mitteilungen hat, kann Nachrichten bestimmter Twitter-Mitglieder gezielt «gefolgt» werden. Der Entscheid, einem Twitter-Mitglied, etwa einem Unternehmens-Profil, zu folgen, kommt immer von dem Nutzer aus, der folgen will. Der «Gefolgte» hat es dann in der Hand, einen anderen Twitterer, der ihm folgen will, zu blocken. Dies führt dazu, dass dieser seine Mitteilungen nicht mehr sehen kann. Der Dienst sieht keine Möglichkeit vor, proaktiv dafür zu sorgen, dass bestimmte andere Nutzer von Twitter den eigenen Nachrichten folgen. Twitter ermöglicht zwar das Versenden von Direktnachrichten, jedoch nur unter Followern.

[Rz 161] Die Funktionsweise von Twitter führt dazu, dass einem Händler kartellrechtlich weder verboten werden darf, Werbung für den von ihm betriebenen Online-Shop über Twitter zu betreiben, noch dieser angehalten werden kann, bestimmte, gebietsfremde Twitter-Nutzer am Folgen zu hindern. Der Einsatz von Twitter stellt eine rein passive Form der Kundenansprache dar und aus entsprechender Werbung resultierende Kaufabschlüsse (etwa über einen getwitterten Link zu einem Sonderangebot im eigenen Shop) sind kartellrechtlich als Passivverkäufe zu behandeln. Für den Händler würde die Nutzung von Twitter auch dann Sinn ergeben, wenn ihm nur Nutzer aus seinem Vertriebsgebiet folgen könnten.

[Rz 162] Das gezielte Verwenden von Direktnachrichten für den Versand von Werbebotschaften an die eigenen Follower kann untersagt werden, stellt es doch im Unterschied zum Absetzen von Twitter-Nachrichten eine aktive und gezielte Ansprache von Nutzern dar. Dies gilt jedoch nur, soweit die Nachrichten an gebiets- oder kundengruppenfremde Nutzer verschickt werden sollen.

### 3.2 Facebook

[Rz 163] Bei Facebook handelt es sich um ein soziales Netzwerk, das zunehmend auch geschäftliche Verbreitung findet. Im Unterschied zu Twitter erlaubt Facebook grundsätzlich die Direktansprache anderer Facebook-Mitglieder. Auch Unternehmen können daher direkt an andere Mitglieder herantreten, um sie aufzufordern, «Fan» der Unternehmenspräsentation auf Facebook zu werden. Eine solche direkte Ansprache kann für Mitglieder ausserhalb des zugewiesenen Gebiets bzw. ausserhalb der jeweiligen Kundengruppe vom Lieferanten in einem Alleinvertriebsverhältnis untersagt werden. Im Übrigen gibt es kartellrechtlich gegenüber Twitter keine Unterschiede.

[Rz 164] Die Verwendung des Facebook-Like-Button<sup>244</sup> auf der Website des Händlers lässt sich in Alleinvertriebsverträgen nicht wirksam unterbinden.<sup>245</sup>

[Rz 165] In selektiven Vertriebssystemen ist es in Abhängigkeit von der öffentlichen Wahrnehmung der Marke durchaus denkbar, dass sich das Verbot des Einsatzes von Twitter oder Facebook mit der Durchsetzung von qualitativen Vorgaben an die Werbung rechtfertigen lässt. Bei einer Lifestyle-Marke, die sich an ein jüngeres Publikum richten soll, ist ein derartiger Ausschluss dagegen schwer zu begründen.

## 4. E-Mail-Werbung

### 4.1 Ansprache von Kunden per E-Mail

[Rz 166] Eindeutig eine aktive Werbemassnahme ist – unabhängig von der Zulässigkeit der E-Mail-Werbung im Allgemeinen – die direkte Ansprache von Kunden ausserhalb des zugewiesenen Gebietes per E-Mail. Anders verhält sich dies nur, wenn der Adressat zuvor ausdrücklich und freiwillig in die Ansprache per E-Mail eingewilligt hat. Dies schliesst eine vorgängige aktive Ansprache durch den Versender der Email in aller Regel aus.

[Rz 167] Hat der Kunde also dem Erhalt eines Newsletters des Händlers zugestimmt, lässt sich die Ansprache dieses Kunden kartellrechtlich auch dann nicht verbieten, wenn der Kunde ausserhalb des Vertriebsgebietes ansässig ist.<sup>246</sup>

### 4.2 Tell-a-friend

[Rz 168] Die «Tell-a-friend»-Funktion gibt dem Nutzer einer Website die Möglichkeit, auf die Website als solche oder bestimmte dort angebotene Produkte eines Dritten hinzuweisen. Die Ausgestaltungsmöglichkeiten sind vielfältig. Zum

Teil öffnet sich bei einem Klick auf einen entsprechenden Button ein E-Mail-Fenster, zum Teil erfolgt der Versand direkt aus der Website des Anbieters. Häufig sind Betreffzeile und Text der zu versendenden E-Mail vorformuliert.

[Rz 169] Ein vertragliches Verbot der Verwendung einer solchen Funktion ist kartellrechtlich eine verbotene Werbebeschränkung – sowohl im Allein- als auch im Selektivvertrieb. Es handelt sich um eine bloss passive Massnahme, weil der Händler keine Möglichkeit hat, den Adressatenkreis zu beschränken. In aller Regel wird das Vorhalten einer solchen Funktion aus Sicht des Website-Betreibers auch dann interessant sein, wenn nur Kunden aus seinem Vertriebsgebiet angesprochen werden könnten.

## 5. Affiliate-Systeme

[Rz 170] Eine besondere Werbeform im Internet ist das Affiliate-Marketing. Dabei schuldet der Werbende dem sog. Publisher eine Vergütung nur, wenn der Nutzer, der über die auf der Seite des Publishers geschaltete Werbung auf seine Website gelangt ist, dort tatsächlich einen vorab definierten Erfolg (z.B. ein Kaufabschluss) auslöst. Der Werbende bedient sich dabei eines Dienstleisters (Netzwerk), der die relevanten Geschäftsvorgänge erfasst und auswertet. Die Vergütung fällt bei demjenigen an, auf dessen Website die Werbung eingebunden ist. Die Zuordnung des Kaufabschlusses geschieht dabei in der Regel über spezielle Links, die eine Identifikation des Publishers zulassen.

[Rz 171] Für die Einbindung von Publishern zu Werbezwecken kann letztlich nichts anderes gelten, als wenn der Händler die Werbemassnahme selbst durchführen würde. Der Lieferant kann daher vom Händler die Weitergabe aller im Innenverhältnis geregelten Werbebeschränkungen auf die Publisher verlangen. Dies bedeutet insbesondere, dass der Händler eine Werbung auf Websites, die sich an gebietsfremde bzw. kundengruppenfremde Kunden richten, ausschliessen muss. Dem Händler ist daher schon im eigenen Interesse zu raten, den Publishern konkrete Vorgaben auch im Hinblick auf die Websites, auf denen die Werbung eingebunden werden soll, zu machen. Die Website des Publishers darf sich nicht gezielt auf gebietsfremde Kunden ausrichten. Wirbt der Publisher seinerseits gezielt bei gebietsfremden Abnehmern für seine Seite, ist von einer solchen – gebietsfremden – Ausrichtung auszugehen.

[Rz 172] Vertragliche Regelungen zwischen dem Lieferant und seinen Händlern, mit dem Ziel, die Grenzen der zulässigen Affiliate-Werbung zu definieren, sind deshalb kartellrechtlich zumindest im Alleinvertrieb nicht zu beanstanden.

[Rz 173] Im Selektivvertrieb ist es kartellrechtlich grundsätzlich unzulässig, Affiliate-Werbung in Bezug auf die adressierten Kunden zu beschränken. Gegen Vorgaben an die Websites, auf denen die Werbung eingebunden werden darf, die der Sicherstellung von Qualitätsvorgaben an den

<sup>244</sup> Der Like-Button gibt Nutzern der Website die Möglichkeit, seine mit ihm auf Facebook verbundenen Freunde auf die Website hinzuweisen, indem der Button angeklickt wird.

<sup>245</sup> Vgl. allgemein für die Tell-a-friend-Funktion unten bei III.4.2.

<sup>246</sup> So auch die Kommission, Leitlinien, Tz. 52 S. 6 («wenn ein Kunde sich (automatisch) vom Händler informieren lässt»).

Werbeauftritt und das Werbeumfeld generell dienen, ist kartellrechtlich weder im Allein- noch im Selektivvertrieb etwas einzuwenden.

## 6. Unerlaubte Methoden der Online-Werbung («Black Hat»)

[Rz 174] Nie kartellrechtlich unzulässig sind Beschränkungen von rechtswidrigen Werbemethoden. So kann der Hersteller etwa verbieten, dass die gebundenen Händler Spam-E-Mails versenden. Auch zweifelhafte Methoden wie sogenannte Black-Hat-Massnahmen der Suchmaschinenoptimierung<sup>247</sup> kann der Lieferant ausschliessen. Selbstverständlich unzulässig ist der Einsatz von Massnahmen, die geeignet sind, dem Ruf der Marke oder dem Ansehen des Herstellers zu schaden.

[Rz 175] Dabei kommt es generell nicht darauf an, ob solche Methoden durch den gebundenen Händler selbst oder von ihm beauftragte Dienstleister vorgenommen werden. Solche Handlungen muss sich der Händler im Verhältnis zum Lieferanten jedenfalls bei Kenntnis zurechnen lassen.

## IV. Zusammenfassung

[Rz 176] Die vorstehenden Ausführungen zeigen auf, dass die kartellrechtliche Behandlung des Internetvertriebs als Form grundsätzlich passiver Verkaufsbemühungen wohl nicht der Realität im E-Commerce gerecht wird. Kaum eine Online-Präsenz kann heute noch als «passive» Verkaufsbemühung analog zum stationären Handel angesehen werden. Bereits die gängigen Formen der Online-Werbung zugunsten einer rein informativen Website stellen ein bewusst und gezielt auf bestimmte Kundengruppen ausgerichtete Tätigwerden des Werbekunden und Betreibers der Website dar. In dieser gezielten Ansprache von Kunden liegt gerade das grosse Interesse an der Online-Werbung und des Internetvertriebs im Allgemeinen.

[Rz 177] Die Übertragung der von den Kartell- und Wettbewerbsbehörden entwickelten Grundsätze rund um die Zulässigkeit von Online-Vertriebs- und Werbebeschränkung führt zum Schluss, dass die meisten der gängigen Werbemethoden, wie etwa schon Displaywerbung oder SEO-Massnahmen, eine Form aktiver Verkaufsbemühungen darstellen, mit deren Hilfe der Online-Absatz von Produkten und Dienstleistungen gezielt gefördert werden soll. Damit sind vertragliche Beschränkungen dieser Methoden zumindest im Alleinvertrieb kartellrechtlich nicht zu beanstanden. Da der Hersteller seinen Alleinvertriebshändlern den Internetvertrieb nicht untersagen darf, wird er ein Interesse haben, durch gezielte vertragliche Vorgaben die Alleinvertriebsrechte seiner Händler zu schützen und eine gezielte Ansprache gebiets- oder

kundengruppenfremder Kunden zu verhindern. Aber auch im Selektivvertrieb können Vorgaben an die Ausgestaltung des Internetauftritts oder der zulässigen Formen der Online-Werbung kartellrechtlich oft als qualitative Vorgaben gerechtfertigt sein.

---

Lukas Bühlmann ist Inhaber der Kanzlei Bühlmann Rechtsanwälte in Zürich und berät Unternehmen vorwiegend in den Bereichen Vertrieb und Handel, Werbe- und Produktrecht, E-Commerce sowie allgemeinem Vertrags- und Gesellschaftsrecht. Der Co-Autor ist unter [www.br-legal.ch](http://www.br-legal.ch) und per E-Mail unter [buehlmann@br-legal.ch](mailto:buehlmann@br-legal.ch) zu erreichen.

Martin Schirnbacher ist Fachanwalt für Informationstechnologierecht und Partner der deutschen Kanzlei HÄRTING Rechtsanwälte, Berlin. Schwerpunkt seiner Tätigkeit ist die Beratung von Unternehmen vorwiegend im IT-, E-Commerce sowie Werberecht. Der Co-Autor ist im Internet unter [www.haerting.de](http://www.haerting.de) und per E-Mail unter [schirnbacher@haerting.de](mailto:schirnbacher@haerting.de) zu erreichen.

Lukas Bühlmann und Martin Schirnbacher beraten gemeinsam grenzüberschreitend tätige Online-Portale bei der Ausgestaltung ihrer Internetpräsentationen, prüfen Online-Geschäftskonzepte und zeigen Wege zur rechtssicheren Ausgestaltung der Geschäftsidee auf.

Die Autoren danken Herrn Michael Schüepp für seine wertvolle Mitarbeit an der vorliegenden Arbeit.

---

\* \* \*

---

<sup>247</sup> Siehe oben bei III.2.1.