

09. September 2009

Was Online-Käufer wirklich wollen, wissen sie selbst am besten

Stellungnahme des Verbraucherzentrale Bundesverbandes

Überarbeitung der Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 über die Anwendung von Artikel 81 (3) des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen („VertikalGVO“) – Entwurf einer Verordnung und Entwurf einer Mitteilung der Kommission

Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. – vzbv
Fachbereich Wirtschaft
Markgrafenstr. 66
10969 Berlin
wirtschaft@vzbv.de
www.vzbv.de

Einführung

Der Verbraucherzentrale Bundesverband (vzbv) bedankt sich beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (BMWi) für die Gelegenheit, zur Überarbeitung der Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 („VertikalGVO“), basierend auf den Entwürfen einer Verordnung und einer Mitteilung der Kommission, Stellung zu beziehen.

Die folgende Betrachtung konzentriert sich auf eine verbraucherpolitische Würdigung der geplanten Änderungen und ihrer wettbewerbspolitischen Auswirkungen; von einer juristischen Bewertung wird hier weitgehend abgesehen, da diese an anderen Stellen akribisch geleistet wird.¹

Es wird hier davon ausgegangen, dass der nötige Schutz der Verbraucherinteressen durch den Rahmen, den Artikel 81(1) und (3) EG in Verbindung mit der „VertikalGVO“ bilden, in der Theorie gegeben ist. Gründe der Praktikabilität und Effizienz auf Kommissionsebene sowie bisherige Erfahrungen mit der aktuellen Rechtsprechung und die zu erwartenden Schwierigkeiten mit der Beweislast legen aber die Befürchtung nahe, dass wichtige Verbraucherinteressen auf diesem Wege nicht ausreichend geschützt werden können und auch für Unternehmen eine hemmende Rechtsunsicherheit besteht.

Fokus der Betrachtung

Während die geplante Neufassung der „VertikalGVO“ in weiten Teilen die alten Regelungen für Ausnahmen vom generellen Wettbewerbsverbot des Artikel 81(1) EG aufrecht erhält, werden in der Überarbeitung einige Punkte neu eingeführt, die in den folgenden Betrachtungen auf ihre faktisch zu erwartenden Auswirkungen für den Verbraucher untersucht werden sollen. Die in den Entwürfen der Kommission vorgeschlagenen Neuregelungen könnten in der praktischen Umsetzung eine für Verbraucher nachteilige Einschränkung des Wettbewerbs nach sich ziehen – und damit der Kernanforderung von Artikel 81(3) EG nicht gerecht werden.

Da sich die aktuelle öffentliche Debatte stark auf einzelne Aspekte der Neufassung fokussiert, soll sich auch die Stellungnahme des vzbv maßgeblich auf eine Kernfrage konzentrieren: Im Mittelpunkt steht die Frage, wie explizit und in welchem Umfang der Onlinehandel bzw. Verkauf über das Internet im Rahmen der Verordnung und der Leitlinien behandelt und reguliert werden soll.

Hauptsächlich engagieren sich Vertreter zweier Gruppen von wirtschaftlichen Akteuren in der Diskussion um diesen Aspekt der Neufassung – Onlinehändler und Internetplattformen auf der einen Seite und Hersteller von Luxusgütern auf der anderen Seite.² Die wichtigsten Punkte, die bei der Überarbeitung der „VertikalGVO“ öffentlich diskutiert werden, sind schnell erläutert:

¹ Vgl. hierzu beispielsweise die Ausführungen von Marsden / Whelan, Selective Distribution in the Age of Online Retail (to be published in 2009 European Competition Law Review).

² Vgl. dazu u.a. die Dokumentation eines Europäischen Runden Tisches zu „Opportunities and Barriers to Online Retailing“ http://ec.europa.eu/competition/consultations/2009_online_commerce/roundtable_report_en.pdf

- Die Gruppe der Hersteller plädiert in diesem Zusammenhang grundsätzlich für die Einführung einer Kopplung von Internethandel und stationärem Geschäft, und unterstützt dementsprechend Absatz 54 der überarbeiteten Leitlinien, in dem ausgeführt wird: „Ungeachtet der vorstehenden Ausführungen [zur prinzipiellen Freiheit des Internethandels, *Anm. vzbv*] kann der Anbieter nach der GVO Qualitätsanforderungen an die Verwendung des Internet zum Weiterverkauf seiner Waren stellen, genauso wie er Qualitätsanforderungen an Geschäfte oder Werbe- und Verkaufsförderungsmaßnahmen im Allgemeinen stellen kann. Dies kann insbesondere für den selektiven Betrieb von Bedeutung sein, für den der Anbieter nach der GVO von seinen Händlern verlangen kann, über ein Geschäft oder einen Ausstellungsraum zu verfügen, bevor sie den Online-Vertrieb aufnehmen.“
- Die Gruppe der Internethändler widerspricht dieser Regelung und geht davon aus, dass insbesondere durch die verbindliche Kopplung von stationärem und Internethandel ein effektives Verbot und eine massive Einschränkung des Internethandels entstehe. Prohibitiv hohe zusätzliche Kosten für die Errichtung eines stationären Handels führten dazu, dass all jene Marktteilnehmer vom Wettbewerb ausgeschlossen würden, die ausschließlich den Handel über das Internet betreiben wollten. Vertreter dieser Position plädieren in der Regel für zweierlei; zum einen sollen die Kernbeschränkungen in Artikel 4 der Verordnung erweitert werden. Das Unternehmen ebay schlägt zum Beispiel folgenden Passus vor (englische Fassung): „*The exemption provided for in Article 2 shall not apply to vertical agreements which, directly or indirectly, in isolation or in combination with other factors under the control of the parties, have as their object: [...] (f) the restriction of the ability of the buyer or any of his customers to sell the contract goods or services on the Internet without prejudice to the exceptions permitted under paragraph b.*“³ Durch eine entsprechende Ergänzung der Verordnung würden, zum anderen, die Ausführungen in Absatz 54 der Leitlinien hinfällig.

Um feststellen zu können, ob selektiver Vertrieb wettbewerbswidrige Auswirkungen haben könnte, die unter Artikel 81 Absatz 1 fallen, muss zwischen rein qualitativem Selektivvertrieb und quantitativem Selektivvertrieb unterschieden werden. Bei rein qualitativem Selektivvertrieb werden die Händler ausschließlich nach objektiven qualitativen Kriterien ausgewählt, die sich nach den Anforderungen des betreffenden Produkts richten. Vereinbarungen, die einen rein qualitativen Selektivvertrieb zum Gegenstand haben, fallen mangels wettbewerbswidriger Auswirkungen grundsätzlich nicht unter das Verbot des Artikels 81 Absatz 1, sofern sie drei Voraussetzungen erfüllen. Erstens muss die Beschaffenheit des Produkts einen selektiven Vertrieb bedingen, d.h. ein solches Vertriebssystem muss ein rechtmäßiges Erfordernis zur Wahrung der Qualität und zur Gewährleistung des richtigen Gebrauchs des betreffenden Produkts sein. Zweitens müssen die Wiederverkäufer aufgrund objektiver Kriterien qualitativer Art ausgewählt werden, die einheitlich festzulegen und unterschiedslos anzuwenden sind. Drittens müssen die qualitativen Einschränkungen geeignet sein, den Schaden, der durch die Begrenzung des Preiswettbewerbs entsteht, durch die Vorteile eines Qualitätswettbewerbs auszugleichen. Viertens dürfen die aufgestellten Kriterien nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist. Beim quantitativen Selektivvertrieb kommen noch Kriterien hinzu, die die Anzahl der in Frage kommenden Händler unmittelbar beschränken, weil beispielsweise ein Mindest- oder Höchstumsatz vorgeschrieben ist oder die Händlerzahl ausdrücklich begrenzt ist.

³ Ebay, Empowering Consumers by Promoting Access to the 21st Century Market. A Call for Action, S. 34.
http://www.ebaymainstreet.com/files/eBay_ACallForAction.pdf

Aus einer verbraucherpolitischen Perspektive betrachtet wirft diese Argumentation die folgende zentrale Frage auf:

Stellt die explizit als zulässig erwähnte Kopplung von Internethandel und stationärem Geschäft tatsächlich einen Qualitätsgewinn für den Verbraucher dar, und kann sie deshalb als Qualität sichernde Wettbewerbsbeschränkung im Rahmen der GVO akzeptiert werden?

Stellungnahme des vzbv:

1. Eine verbindliche Kopplung des Internethandels in selektiven Vertriebssystemen an die gleichzeitige Existenz eines stationären Geschäfts (vgl. Absatz 54 des Entwurfs der Leitlinien) stellt keinen Gewinn für den Verbraucher dar.

Die Erwartungen und Beweggründe eines Verbrauchers werden in der Regel vom Verbraucher selbst eindeutig dem Kontext des jeweils gewählten Vertriebsweges („channel“) angepasst. Wer online einkauft, entscheidet sich bewusst für die positiven Eigenschaften, die das gewählte Medium mit sich bringt. Zu den wichtigsten Beweggründen für eine Entscheidung zum Kauf im Internet zählen laut einer jüngst erschienenen Studie des Händlers Quelle die Bequemlichkeit (93,0% der Befragten) und die Unabhängigkeit von Öffnungszeiten (92,2%). Vergleichbar wichtig sind die große potentielle Auswahl (89,9%) und die Ruhe für das Treffen einer Kaufentscheidung (86,1%). Erst an fünfter Stelle wird das Argument der Preisgünstigkeit genannt (86,1%).⁴ Gleiches gilt umgekehrt für die Entscheidung zum *offline*-Kauf im stationären Handel: ausführliche persönliche Beratung und die Sicherheit der direkt getätigten Transaktion stehen hier traditionell im Vordergrund.

Verbraucher differenzieren in ihren Erwartungen und Qualitätsvorstellungen bewusst und wählen den entsprechenden *channel*. Darüber hinaus wählen sie die zur Verfügung stehenden Kanäle auch in starker Abhängigkeit vom Produkt. So führen nach einer repräsentativen Erhebung des Branchenverbands BITKOM für das Jahr 2009⁵ Flüge und Bahnkarten gemeinsam mit Eintrittskarten die TopTen-Liste der Online- — Käufe an, gefolgt von Büchern, Übernachtungen, Kleidung und Accessoires sowie Unterhaltungselektronik. Auffallend auch hier: Die Auflistung wird dominiert von Produkten und Dienstleistungen, bei denen der Verbraucher seine Ansprüche an das Produkt sehr genau kennt und eine punktuelle, zügige Transaktion bevorzugt.

Aufschlussreich sind auch die Präferenzen von Online-Käufern, wenn es um die Entscheidung für einen Shop oder einer Handelsplattform geht. Im Rahmen der Quelle-Trendstudie „Webshopping 2009“⁶ gaben die Befragten vor allem Auswahlkriterien aus den Bereichen Sicherheit und Vertrauen an: 25,5% entschieden sich für einen Shop, weil er Bedürfnissen nach „Sicherheit und Datenschutz“ entsprach; 23,0% setzten auf „gute Erfahrungen bei vorherigen Bestellungen“, 19,3% auf „Seriosität“ und 10,7% auf

⁴ Alle Angaben sind der Quelle-Trendstudie „Webshopping 2009“ entnommen, <http://www.quelle.com/de/presse/projekte-und-specials/studien/webshopping-2009.html>.

⁵ Pressemitteilung zur Studie mit graphischer Darstellung der Zahlen: http://www.zdnet.de/news/digitale_wirtschaft_internet_ebusiness_bitkom_verbraucher_kaufen_online_am_liebsten_fahrkarten_story-39002364-41500639-1.htm.

⁶ <http://www.quelle.com/de/presse/projekte-und-specials/studien/webshopping-2009.html>.

„Vertrauen“. Im Vordergrund stehen auch hier weder Beratungsqualität noch Preisermäßigungen sondern klassische Vertrauenswerte sowie ein verstärktes Sicherheitsbedürfnis.

Vor diesem Hintergrund ist es mehr als fraglich, wie ein Qualitätsgewinn für den Verbraucher dadurch erzielt wird, dass ein Internethändler obligatorisch auch als stationärer Händler vertreten sein muss. Die implizite Unterstellung, dass ausgerechnet mit diesem Mittel eine höhere Qualität für den Verbraucher entsteht (die ja erst die Wettbewerbsbeschränkung unter GVO rechtfertigt), entbehrt der argumentativen Grundlage und kann daher nicht überzeugen.

Nachvollziehbar und im Geiste der sonstigen Bestimmungen der GVO ist hingegen das generelle Ansinnen, auch für den Internethandel qualitative Einschränkungen und Qualitätsanforderungen im Rahmen selektiver Vertriebssysteme zu etablieren. Solche zulässigen Einschränkungen des Internethandels dürfen aber nicht als automatische Übertragung der Auflagen für stationäre Vertriebspartner missverstanden werden. Wiederum steht im Mittelpunkt die Sinnhaftigkeit einer Auflage. Für diese Interpretation ist vor allem der Wortlaut des entsprechenden Absatzes 57 im Entwurf der Leitlinien aufschlussreich:

„Innerhalb eines selektiven Vertriebssystems sollte es den Händlern freistehen, sowohl aktiv als auch passiv und auch mit Hilfe des Internets an alle Endverbraucher zu verkaufen. Die Kommission sieht daher jede Verpflichtung als Kernbeschränkung an, durch die Vertragshändler von der Nutzung des Internets abgehalten werden, indem ihnen Kriterien für Online-Verkäufe auferlegt werden, die den Kriterien für Verkäufe im Geschäft nicht gleichwertig sind. Dies bedeutet nicht, dass die Kriterien für Online- und Offline-Verkäufe identisch sein müssen, sondern dass mit ihnen dieselben Ziele verfolgt und vergleichbare Ergebnisse erzielt werden sollten und dass die unterschiedlichen Kriterien im unterschiedlichen Wesen dieser beiden Vertriebswege begründet sein müssen.“

Im Kontext der grundlegend positiven Einstellung zur freien Nutzung des Internets als „vernünftige Alternative [...], um jeden Kunden zu erreichen“⁷ und mit Blick auf die klare Unterscheidung der charakteristischen Eigenheiten der beiden Vertriebswege (online und offline) erscheint die Einführung der Zulässigkeit der Kopplung von Internet und stationärem Handel, wie sie in Absatz 54 der Leitlinien geschieht, auch als konträr zur geschlossenen Argumentationslogik des Dokumentes und der Zielrichtung der Kommission.

Damit ist sowohl auf der inhaltlichen als auch auf der formellen Ebene nicht ersichtlich, warum die oben erwähnte Kopplung in der Mitteilung genannt bzw. in der Praxis erlaubt sein sollte. Die entsprechende Formulierung in Absatz 54 der Leitlinien sollte als künstliche Einschränkung zum Schutze unternehmerischer Interessen ersatzlos gestrichen werden.

⁷ Vgl. Absatz 52 des Entwurfs der Leitlinien

2. Die Schutzinteressen von (Marken-)Herstellern (insbesondere mit Blick auf Probleme mit free-riding und Produktfälschungen) sind legitim, müssen (und können) aber mit anderen Mitteln gewährleistet werden.

Im Rückgriff auf die oben dargelegten Ausführungen zum Absatz 57 der Leitlinien lässt sich eindeutig festhalten, dass innerhalb eines von der GVO erfassten selektiven Vertriebssystems auch bestimmte qualitative Einschränkungen und Auflagen für den Internethandel zulässig sind. Diese Einschränkungen dürfen in ihren Auswirkungen keine Nachteile oder Einschränkungen für den Verbraucher haben, sondern sollten im besten Falle dem Anspruch eines gesteigerten Qualitätswettbewerbs gereichen. Geht man von einer Streichung der strittigen Bestimmung in Absatz 54 aus, bleiben einem betroffenen Anbieter (z.B. Markenhersteller) genügend andere Mittel, die den Qualitätswettbewerb positiv unterstützen und gleichzeitig auch die legitimen Eigeninteressen zum Schutz des selektiven Vertriebs vor *free-riding*-Effekten bedienen können. So erscheinen qualitative Anforderungen an Onlineshops, die sich an den oben formulierten Bedürfnissen von Internetkäufern orientieren, äußerst geeignet, um den gewünschten Effekt zu erzielen. Auflagen, die beispielsweise den Erhalt eines Qualitätszertifikates⁸ beinhalten und insbesondere auf sichere Kaufabwicklung abheben; konkrete Anforderungen an das bereitzustellende Informationsmaterial und Querverweise; Hinweise auf stationäre Partner innerhalb des Vertriebssystems; Anforderungen an den Komfort der Navigation – die Mittel, sich vom reinen Preiswettbewerb zwischen den verschiedenen Kanälen auf einen verbraucherfreundlichen Qualitätswettbewerb hin zu bewegen, sind vielfältig und sollten kreativ, vor allem aber mit Bezug auf aktuelle Erkenntnisse zum Online-Shopping und E-Commerce genutzt werden.⁹

Darüber hinaus sollte die Einseitigkeit der *free-riding*-Problematik nicht überbetont (um nicht zu sagen: überstrapaziert) werden; die selektive Nutzung der verfügbaren Kanäle kann in vielen Produktbereichen auch zu einer rein informativen Nutzung des Internets in Vorbereitung eines stationären Kaufs führen.

Auf einige weitere Aspekte soll hier zumindest hingewiesen werden, auch wenn sie in diesem Rahmen nicht weiter erörtert werden können.

Zum einen soll hier die Frage aufgeworfen werden, inwiefern selektive Vertriebssysteme in Zeiten von E-Commerce noch zeitgemäß und notwendig sind. Eine betriebswirtschaftliche und kostenorientierte Argumentation zu Gunsten von selektiven Vertriebssystemen sollte unter Umständen auf den Prüfstand gestellt werden. Die Möglichkeiten des Distanzhandels, die mittlerweile prinzipiell jeder Markenhersteller ohne gravierende zusätzliche Infrastruktur nutzen kann, legen mitunter sogar die Frage nahe, ob selektive Vertriebssysteme überhaupt noch in den Bereich der GVO fallen sollten¹⁰, um aufwändige Prüfungen in der Präqualifizierungsphase zu reduzieren. Wiegt das Schutzbedürfnis eines Markenherstellers so schwer (beispielsweise aufgrund massiver Probleme mit Produktfälschungen), so stellt sich mittlerweile die Frage, ob die Umstellung des eigenen Vertriebssystems nicht die näher liegende Lösung ist – und ob legitimierte Eingriffe in den Wettbewerb in einem solchen Zusammenhang doch

⁸ z.B. *trusted shops*, www.trustedshops.de

⁹ Neben den repräsentativen Befragungen, in denen Internetkäufer ihre Präferenzen selbst angeben, gibt es hinreichend analytisches Material, das die Bedürfnisse der entsprechenden Kunden verstehen hilft. Darüber hinaus gibt es außerdem Erkenntnisse zu einer Art „Markeneffekt“, der als „*branding*“ bei Internetshops und Handelsplattformen selbst entsteht. Vgl. dazu u.a. <http://www.heinz.cmu.edu/research/110full.pdf>

¹⁰ Auch hierzu äußern sich Marsden / Whelan, *Selective Distribution in the Age of Online Retail* (to be published in 2009 *European Competition Law Review*)

eher der Preis- und Wettbewerbskontrolle dienen als dem (nachvollziehbaren) Schutzanspruch der Marke.¹¹

Eng verbunden mit diesen Erwägungen ist schließlich auch die Interpretation von Signalen, die Verbraucher durch die (in manchen Sektoren) zunehmende Bevorzugung des Onlinehandels an den Markt senden: Angebot und Nachfrage driften auf der Bedürfnisebene in Bezug auf das Einkaufserlebnis offenbar in einigen Bereichen deutlich auseinander.

Nicht zuletzt schwingt in der Diskussion um selektive Vertriebssysteme und ihre Kontrolle neben dem Verweis auf vermeintliche Verbraucherinteressen immer auch die Frage nach der „Beschädigung“ der Marke mit. Wie substantiiert dieser Einwand tatsächlich ist, bedarf letztlich einer ausführlicheren Prüfung, die ebenfalls den Punkt berühren müsste, welche Signale der Markt durch die „Verramschung“ einer Marke sendet.

Fazit: Die Entscheidung über den gewählten Einkaufskanal mit seinen jeweiligen Vor- und Nachteilen muss beim individuellen und mündigen Verbraucher liegen. Diese Wahl umfasst auch die Auswahl des Serviceumfangs – und den damit verbundenen Preisunterschied.

Schlussfolgerungen und Empfehlungen

Abschließend zuspitzen lässt sich die Erörterung auf zwei konkrete Einzelfragen und folgende Empfehlungen:

1. Sollten die in Artikel 4 der Verordnung niedergelegten Kernbeschränkungen (*hardcore restrictions*) um eine Formulierung ergänzt werden, durch welche die Untersagung von Internethandel explizit als Kriterium für die Nichtanwendbarkeit der „VertikalGVO“ etabliert wird?

Ja.

Allerdings ist an dieser Stelle klar zwischen „Einschränkung“ und „Untersagung“ zu unterscheiden. So sollte die explizite Aufnahme der *Untersagung* von Internethandel („*outright ban*“) in die Liste der Kernbeschränkungen klar signalisieren, dass der Internethandel als wichtiges wettbewerbsförderndes Element explizit gefördert werden soll. Eine solche Ergänzung der Verordnung entspräche einer logischen Umsetzung der Argumentation des Europäischen Wettbewerbsrechts, das insbesondere bei der Freistellung von Artikel 81(1) EG das Wohl und den Nutzen des Verbrauchers in den Mittelpunkt stellt. *Einschränkungen* des Internethandels im Rahmen selektiver Vertriebssysteme sollten aber nicht kategorisch ausgeschlossen werden. Entsprechend sollte das Thema der Einschränkungen auf die Ausführungen der Kommission in den Leitlinien beschränkt bleiben. Statt der nun vorliegenden Ausführungen in Absatz 54 der Leitlinien sollten die unter in dieser Stellungnahme empfohlenen Konkretisierungen als Beispiele und Orientierung angeführt werden.

¹¹ Vgl. dazu auch Kinsella / Melin, Who's Afraid of the Internet? Time to Put Consumer Interests at the Heart of Competition, in: GCP. The Online Magazine for Global Competition Policy. March 2009.

2. Sollten die in der Mitteilung der Kommission verfassten Leitlinien eine Regelung enthalten, in der die Existenz eines stationären Ladengeschäfts als eine (insbesondere innerhalb von selektiven Vertriebssystemen) zulässige qualitative Einschränkung des Internethandels benannt wird?

Nein.

Der Passus sichert keinen Qualitätsgewinn für den Verbraucher, der sich im Internet-handelsverkehr mit gänzlich anderen Präferenzen bewegt als im stationären Handelsverkehr. Darüber hinaus entspricht die Regelung auch nicht der immanenten Logik des Dokuments und seiner sonstigen Argumentation. Im Rahmen der Leitlinien sollten anstelle des fraglichen Beispiels für eine qualitative Beschränkung (also anstelle der expliziten Erwähnung der Erfordernis des stationären Handels) andere Erläuterungen für zulässige Qualitätsanforderungen an Internetshops in selektiven Vertriebssystemen genannt werden. Insbesondere kommen hier in Betracht:

- Einführung von Qualitätssiegeln für Internetshops (z.B. *trusted shops*)
- andere qualitative Bestimmungen zur Absicherung von Datenschutz und Sicherheit der finanziellen Transaktion
- konkrete Festlegungen für Bereitstellung und Gehalt von Produktinformationen
- Einführung von obligatorischen Querverweise zwischen den verschiedenen *channels* eines selektiven Vertriebssystems (insbesondere Hinweis in Internetshops auf stationäre Vertriebspartner)
- Anforderungen an Komfort der Navigation