

Paul Mey*

Behinderung des Internetabsatzes durch Drittplattformverbote

Abstract

Dieser Beitrag behandelt die kartellrechtliche Bewertung sog. Drittplattformverbote: Bei solchen verbieten Markenhersteller ihren Vertriebshändlern, ihre Produkte auf Drittplattformen wie *Amazon Marketplace* zu vertreiben. Die kartellrechtliche Problematik liegt darin, dass so der Angebotswettbewerb auf Plattformmärkten reduziert wird, deren Rolle im weltweiten Vertrieb von Produkten exponentiell zunimmt. Der Beitrag nimmt zunächst eine Unterscheidung nach den möglichen Vertriebssystemen vor und arbeitet dabei die kartellrechtlichen Einzelaspekte des Themas heraus. Vor allem wird ein Schwerpunkt auf die Frage gelegt, wie der Imageschutz von Markenprodukten möglicherweise die Beschränkung des Wettbewerbs auf Plattformmärkten rechtfertigen kann. Dabei wird auch die einschlägige *EuGH*-Rechtsprechung aus *Pierre Fabre* und jüngst *Coty Germany* behandelt.

* Der Verfasser hat Unternehmensjura an der Universität Mannheim studiert. Nachdem er im siebten Fachsemester den Studiengang „Unternehmensjurist, LL.B.“ abgeschlossen hat, strebt er nun im Rahmen des Aufbaustudiengangs der Universität Mannheim das Erste Staatsexamen an. Seinen universitären Schwerpunkt hat er im Kartellrecht absolviert. Der Beitrag entstand als Bachelorarbeit im Rahmen eines kartellrechtlichen Seminars bei Prof. Dr. Jens-Uwe Franck, LL.M. (Yale) im Frühjahrssemester 2018.

A. Einführung

Online-Plattformen haben in der jüngeren Vergangenheit die digitale Wirtschaft erheblich beeinflusst und bergen immense Vorteile für Verbraucher und Unternehmer.¹ Verbraucher profitieren von geringeren Transaktionskosten, mehr Transparenz, einer größeren Auswahl an Angeboten und einem daraus resultierenden geringeren Preisniveau.² Unternehmer profitieren ebenfalls von geringeren Transaktionskosten und gerade kleinere und mittlere Unternehmen profitieren von geringeren Marktzutrittsschranken, da sie so ihre Produkte einfacher grenzüberschreitend anbieten können.³

Trotz dieser immensen Vorteile stellt der Handel über Online-Plattformen ein Risiko für Markenhersteller dar. Diese haben unter Umständen erhebliche Investitionen in den Aufbau eines Markenimages oder eines Vertriebssystems getätigt, das eine ausreichende Qualitätssicherung gewährleisten soll. Dies sei am Beispiel des Schmuckherstellers *Swarovski* verdeutlicht: Zum einen hat *Swarovski* einen selektiven Vertrieb mit ausgewählten Juwelieren aufgebaut, die eine fachmännische Beratung in vorgeschriebener Produktpräsentation gewährleisten sollen, was bei Online-Plattformen nur eingeschränkt oder gar nicht möglich ist.⁴ Zum anderen lebt *Swarovski* von seinem Luxusimage, welches besonderen Schaden erleiden würde, wenn *Swarovski*-Produkte nun zu einem niedrigeren Preisniveau auf Plattformen wie *eBay* angeboten würden.⁵

Die Hersteller haben also mit Drittplattformverboten reagiert. Den Händlern in ihren Vertriebsketten verbieten sie, ihre Produkte auf Drittplattformen von Intermediären anzubieten, wie *eBay* oder *Amazon Marketplace*.⁶

Die wirtschaftliche Relevanz von Drittplattformverboten sei an dem Ergebnis der Sektoruntersuchung zum elektronischen Handel der Europäischen Kom-

¹ *Europäische Kommission*, Online-Plattformen im digitalen Binnenmarkt, 25.5.2016, COM(2016) 288 final, S. 2.

² *Bundeskartellamt*, Hintergrundpapier v. 10.10.2013, Vertikale Beschränkungen in der Internetökonomie, 10.10.2013, S. 16 f., abrufbar unter: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/Bundeskartellamt%20-%20Vertikale%20Beschr%C3%A4nkungen%20in%20der%20Internet%C3%B6konomie.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

³ *Europäische Kommission* (Fn. 1), S. 13; *Bundeskartellamt* (Fn. 2), S. 17.

⁴ Vgl. zu *Swarovski* unter: <http://retailpartner.swarovski.com/Content.Node/index.php> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018); siehe auch *NZZ* (o. V.), Das Geheimnis der funkelnden Kristalle, 3.4.2002, abrufbar unter: <https://www.nzz.ch/article814UF-1.382482> (zuletzt abgerufen am 17.12.18).

⁵ Vgl. *Swarovski* (Fn. 4); siehe auch *NZZ* (Fn. 4.).

⁶ *Seeliger*, in: *Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts*, 3. Aufl. 2016, § 11 Rn. 192.

mission veranschaulicht: Drittplattformverbote stellten 2017 18 % der Vertriebsbeschränkungen innerhalb Europas dar; in Deutschland waren es sogar 32 %.⁷

Je nachdem wie weit man den Begriff „Drittplattformverbot“ fasst, kann man darunter auch das Verbot der Nutzung von Preissuchmaschinen verstehen. Da sich dieser Beitrag aber auf das Verbot der Nutzung von Online-Marktplätzen fixiert, wird auf diese Thematik nicht eingegangen. Soweit in diesem Beitrag von Drittplattformen die Rede ist, sind damit Online-Marktplätze wie *eBay* gemeint.

Um die Frage beantworten zu können, ob und in welchen Grenzen Drittplattformverbote kartellrechtlich zulässig sind, muss unterschieden werden, ob das Verbot Teil eines selektiven (**B.**) oder nicht-selektiven (**C.**) Vertriebs ist.⁸ Bei den selektiven Vertriebssystemen ist fraglich, ob das Verbot eine Wettbewerbsbeschränkung darstellt, die unter das Verbot des Art. 101 I AEUV bzw. § 1 GWB fällt (**B. I.**).⁹ Innerhalb dieses Schrittes wird dieser Beitrag schwerpunktmäßig darauf eingehen, ob und unter welchen Bedingungen das Image eines Produktes ein Verbot objektiv rechtfertigen kann (**B. I. 1.**). Sofern das etwaige Verbot eine Wettbewerbsbeschränkung darstellt, ist fraglich, ob dann eine Gruppenfreistellung möglich ist (**B. II.**). Wird dies verneint, stellt sich die Frage nach einer Einzelfreistellung (**B. III.**).¹⁰

B. Selektiver Vertrieb

Zunächst sei die Rechtslage im selektiven Vertrieb dargestellt.

Selektiver Vertrieb ist in Art. 1 Abs. 1 lit. e Vertikal-GVO legaldefiniert und zeichnet sich dadurch aus, dass die Händler, im Folgenden Wiederverkäufer genannt, anhand festgelegter Merkmale ausgewählt werden und sich 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.

⁷ *Europäischen Kommission*, Abschlussbericht über die Sektoruntersuchung zum elektronischen Handel, 10.5.2017, COM(2017) 229 final, Rn. 40.

⁸ *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht II, 5. Aufl. 2014, § 1 GWB Rn. 331.

⁹ *Kling/Thomas*, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 19 Rn. 133.

¹⁰ *Ebd.*, Rn. 134.

I. Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung

Bezüglich der Anwendbarkeit des Kartellverbots muss zwischen quantitativ und qualitativ selektiven Vertriebssystemen unterschieden werden. Quantitative Vertriebssysteme beinhalten mengenmäßige Beschränkungen für die Wiederverkäufer, qualitative beschränken hingegen die Art und Weise des Wiederverkaufs.¹¹ Quantitativ selektive Vertriebssysteme fallen grundsätzlich unter das Kartellverbot, qualitativ selektive nur, wenn sie bestimmte Voraussetzungen nicht erfüllen.¹²

Nach ständiger Rechtsprechung des *EuGH* und Auffassung der Kommission können Vorgaben in qualitativ selektiven Vertriebssystemen ein mit Art. 101 Abs. 1 AEUV vereinbarer Bestandteil des Wettbewerbs sein, wenn die sog. „Metro-Kriterien“ erfüllt sind: Erstens müssen die Wiederverkäufer aufgrund objektiver Kriterien qualitativer Art ausgewählt werden, die diskriminierungsfrei angewandt werden. Zweitens muss die Beschaffenheit des fraglichen Produkts einen selektiven Vertrieb erfordern, um die Qualität und die Gewährleistung des richtigen Gebrauchs des Produktes zu wahren. Drittens dürfen die aufgestellten Kriterien nicht über das Erforderliche hinausgehen.¹³

1. Das Drittplattformverbot als objektives Kriterium qualitativer Art

Es stellt sich also zunächst die Frage, ob Drittplattformverbote objektive Kriterien qualitativer Art im Sinne der Metro-Kriterien sind, die einheitlich und unterschiedslos angewandt werden.

Objektive Kriterien sind Anforderungen, deren Erfüllbarkeit nicht einer Auslegung durch den Hersteller zugänglich, sondern unabhängig von seiner individuellen Sicht zu beurteilen sind.¹⁴ Ein allgemeines, für alle Wiederverkäufer geltendes Verbot, Waren nicht über Online-Marktplätze zu verkaufen, ist ein klares, unabhängig vom Herstellerwillen bestimmbares Verbot und damit ein

¹¹ *Kling/Thomas*, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 5 Rn. 191.

¹² *Hengst*, in: *Langen/Bunte*, Europäisches Kartellrecht, 13. Aufl. 2018, Art. 101 AEUV Rn. 215; *Krauß*, in: *Langen/Bunte*, Deutsches Kartellrecht, 13. Aufl. 2018, § 1 Rn. 296.

¹³ *EuGH*, Urt. v. 25.10.1977, C-26/76, *Metro SB-Großmärkte ./. Kommission der Europäischen Gesellschaften*, Rn. 20; Urt. v. 11.12.1980, C-31/80, *L'Oréal ./. PVBA „De Nieuwe AMCK“*, Rn. 16; Urt. v. 25.10.1983, C-107/82, *AEG-Telefunken ./. Kommission der Europäischen Gesellschaften*, Rn. 35; *EuG*, Urt. v. 27.2.1992, T-19/91, *Société d'hygiène dermatologique de Vichy ./. Kommission der Europäischen Gesellschaften*, Rn. 65; *Europäische Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. EU 2010 Nr. C 130, Rn. 175.

¹⁴ *Dieselhorst/Luhn*, Kartellrechtliche Zulässigkeit der Untersagung des Vertriebs über eBay, WRP 2008, 1306 (1307).

objektives Kriterium.¹⁵

Des Weiteren müssten Plattformverbote Kriterien qualitativer Art sein. Dafür müssten sie Anforderungen an die „Art und Weise“¹⁶ des Vertriebs sein, das heißt an die fachliche Eignung des Wiederverkäufers, seines Personals und seiner sachlichen Ausstattung.¹⁷ Deutsche Instanzgerichte haben sich bereits mit der Frage, was Kriterien qualitativer Art sind, auseinandergesetzt, allen voran das *LG Berlin*¹⁸ und das *OLG Karlsruhe*¹⁹. Beide kamen zu gegensätzlichen Ergebnissen.²⁰ Dementsprechend ist immer noch umstritten, ob Plattformverbote Kriterien qualitativer Art sind.

a) *Überwiegende Ansicht*

Sowohl ein Teil der Rechtsprechung als auch der überwiegender Teil der Literatur sehen ein Plattformverbot als qualitatives Kriterium an.²¹ Das *OLG Karlsruhe* hatte in Bezug auf die Entscheidung des *LG Berlin* dargelegt, dass das zentrale qualitative Merkmal des Wiederverkäufers die Art und Weise sei, wie er Markenprodukte präsentiere, anbiete und vertreibe.²² Die sachliche Ausstattung eines Wiederverkäufers im Sinne der Metro-Kriterien, welche im stationären Handel Eigenschaften wie bspw. die Größe der Schaufenster umfasse, beziehe sich im Internet auf das Gesamtbild und die Umgebung einer Website, auf der die Produkte platziert werden.²³ Dementsprechend sei der Vertrieb eines Wiederverkäufers auf Online-Marktplätzen ein Qualitätsmerkmal von ihm.²⁴

¹⁵ *Dieselhorst/Lubn* (Fn. 14), S. 1307; *Kumkar*, Online-Märkte und Wettbewerb, 2017, S. 322.

¹⁶ *Ebd.*

¹⁷ *EuGH*, Urt. v. 25.10.1977, C-26/76, *Metro SB-Großmärkte ./. Kommission der Europäischen Gesellschaften*, Rn. 20.

¹⁸ *LG Berlin*, BB 2009, 1381 (1381-1383).

¹⁹ *OLG Karlsruhe*, WuW 2010, 205 (205-214).

²⁰ Bejahend: *OLG Karlsruhe*, WuW 2010, 205 (Rn. 59); verneinend: *LG Berlin*, BB 2009, 1381 (Rn. 38).

²¹ *OLG Frankfurt*, NZKart 2016, 84 (85 ff.); *OLG Karlsruhe*, WuW 2010, 205 (205-214); mit anderem Ergebnis: *KG*, WuW/E DE-R 4019 (4023 und 4026); *Franck*, Zum Schutz des Produktimages im selektiven Vertrieb, WuW 2010, 772 (774); *Gayk*, Selektivvertrieb im Internet, in: Oberender, Wettbewerbsprobleme im Internet, 2015, S. 52 (64); *Peeperkorn/Heimann*, Keine Neuigkeiten für Drittplattformverbote. Die Bedeutung des „Pierre Fabre“-Urteils des EuGH für den Onlinevertrieb, GRUR 2014, 1175 (1178); *Kirchhoff*, in: Wiedemann (Fn. 6), § 11 Rn. 400.

²² *OLG Karlsruhe*, WuW 2010, 205 (Rn. 59).

²³ *Franck* (Fn. 21), S. 774.

²⁴ *Ebd.*

b) Teilweise vertretene Ansicht

Dagegen wird vertreten, dass ein Drittplattformverbot kein Kriterium qualitativer Art sei und deshalb die Metro-Kriterien nicht anwendbar seien.²⁵ Qualitative Kriterien müssten unmittelbar an die Beschaffenheit des Produktes anknüpfen. Dies sei nicht der Fall bei einem generellen Verbot für Online-Märkte, da der Verkauf über solche keine Verbindung zu bestimmten Produkteigenschaften aufweise.²⁶

c) Stellungnahme

Der Vergleich zum stationären Handel ist wichtig und relevant, um abzugrenzen, wann qualitative Kriterien vorliegen. Wenn im stationären Handel konkrete Vorgaben bezüglich der Schaufenstergröße oder der Produktpräsentation zum Imageschutz zulässig sind,²⁷ kann im Internethandel nichts anderes gelten.²⁸ Die Website eines Online-Marktplatzes oder eines Online-Händlers ist die digitale Variante eines Schaufensters. In dieser Hinsicht ist der ersten Ansicht zuzustimmen.

Zudem leuchtet es nicht ein, warum ein Kriterium nur dann qualitativer Art sein soll, wenn es unmittelbar an die Beschaffenheit der Sache anknüpft. Das *LG Berlin* hatte in seiner knappen Entscheidung bei dieser Formulierung auf keine Quelle verwiesen.²⁹ Vertreter dieser Auffassung haben diese Formulierung mit Verweis nur auf dieses Urteil aufgegriffen.³⁰ Die Metro-Kriterien selbst, wie sie vom *EuGH* entwickelt wurden, enthalten diese Formulierung nicht.³¹ Vielmehr ist erst bei der zweiten Voraussetzung zu prüfen, ob die Beschaffenheit des Produktes ein selektives Vertriebssystem erfordert. Deshalb ist es dogmatisch sinnvoller, so zu subsumieren, dass auch Kriterien, die nicht unmittelbar an die Produktbeschaffenheit anknüpfen, qualitativer Art sind. Sodann können sie aber unter Umständen keinen selektiven Vertrieb erfordern. Damit ist es vorzugswürdig, Drittplattformverbote als qualitative Kriterien zu sehen.

²⁵ *LG Berlin*, BB 2009, 1381 (Rn. 38); *Bundeskartellamt*, Fallbericht v. 19.8.2014, B3-137/12, Adidas gibt pauschale Verkaufsverbote über Online-Marktplätze auf, S. 3 f.; *Baron*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, 3. Aufl. 2016, 7. Teil, B. Rn. 273; *Spieker*, Anmerkung zu OLG München, Urt. v. 2.7.2009, U (K) 4842/08, GRUR-RR 2009, 394 (397).

²⁶ *LG Berlin*, BB 2009, 1381 (Rn. 38); *Spieker* (Fn. 25), S. 397.

²⁷ *Kirchhoff*, in: Wiedemann (Fn. 6), § 11 Rn. 358 ff.

²⁸ Vgl. *Europäische Kommission* (Fn. 13), Rn. 56.

²⁹ *LG Berlin*, BB 2009, 1381 (Rn. 38).

³⁰ *Spieker* (Fn. 25), S. 397.

³¹ Siehe die Auflistung in Fn. 13.

d) Diskriminierungsfreie Anwendung

Des Weiteren muss das Plattformverbot diskriminierungsfrei angewendet werden, damit ein objektives Kriterium qualitativer Art vorliegt. Der Hersteller darf keinen Wiederverkäufer unmittelbar oder mittelbar aus unsachlichen Gründen benachteiligen oder bevorteilen. Eine Diskriminierung liegt bspw. vor, wenn der Hersteller seine Produkte selbst über Online-Marktplätze vertreibt, deren Benutzung er seinen Wiederverkäufern untersagt. Eine Diskriminierung kann aber auch dann bejaht werden, wenn der Hersteller seine Produkte über Discounter vertreibt. So hatte das *KG* in seiner „Schulranzen-Entscheidung“ eine Wettbewerbsbeschränkung bejaht, weil der Hersteller seine Produkte selbst über einen Discounter vertrieb, während er seinen Wiederverkäufern den Vertrieb über *eBay* untersagte.³²

Ferner liegt eine Diskriminierung vor, wenn der Hersteller das Verbot uneinheitlich anwendet, er also bestimmten Wiederverkäufern den Vertrieb über Online-Marktplätze erlaubt und anderen nicht.

2. Erforderlichkeit – Imageschutz als Rechtfertigung?

Als zweite Voraussetzung der Metro-Kriterien muss die Beschaffenheit des Produktes das selektive Vertriebssystem erfordern. Ein Drittplattformverbot müsste also als Teil des selektiven Vertriebs erforderlich sein.

Damit ist die Frage aufgeworfen, ob der Imageschutz eines Produktes ein Drittplattformverbot rechtfertigen kann. Denn, wie anfangs bereits ausgeführt,³³ halten die Markenhersteller Plattformverbote vor allem für erforderlich, um ihr Image zu schützen. Die Erforderlichkeit darf jedoch nicht lediglich aus Herstellersicht beurteilt werden. Sinn und Zweck des Kartellrechts ist es gerade, die Funktionsfähigkeit von Märkten und Wettbewerb im öffentlichen Interesse, also vor allem dem Interesse der Konsumenten, zu gewährleisten.³⁴ Das Verbot muss also aus Sicht der Marktgegenseite, der Verbraucher, erforderlich sein. Dies hat das *EuG* auch treffend in *Leclerc* formuliert.³⁵

Kartellrechtlich ergeben sich zwei Möglichkeiten, um die Erforderlichkeit über Imageschutz zu begründen. Zum einen kann bei Produkten das ihnen anhaftende Image den Charakter eines Produktbestandteils erlangen, indem es psychologische und soziale Geltungsbedürfnisse des Konsumenten befriedigt.

³² *KG*, WuW/E DE-R 4019 (4023, 4026).

³³ Siehe dazu oben **A**.

³⁴ *Franck* (Fn. 21), S. 777.

³⁵ *EuG*, GRUR Int 1998, 149 (Rn. 117 f.).

Zum anderen kann es als Marktmechanismus fungieren, mit dem hohe Produktqualität signalisiert wird.³⁶ Der erste Fall betrifft am häufigsten das Luxusimage, der zweite Fall das hier sog. Qualitätsimage.

a) Keine Rechtfertigung möglich aufgrund Pierre Fabre?

Bevor auf die verschiedenen Möglichkeiten eingegangen wird, wie Drittplattformverbote aufgrund Imageschutz erforderlich sein könnten, muss geklärt werden, ob eine solche Rechtfertigung überhaupt möglich ist. Nach *Pierre Fabre*³⁷ war dies lange Zeit fraglich.

Der *EuGH* hatte in *Pierre Fabre* entschieden, dass Regelungen in selektiven Vertriebssystemen, die de facto ein Totalverbot des Internetvertriebs bewirken, nicht durch den Schutz eines prestigeträchtigen Markenimages gerechtfertigt werden können.³⁸ *Pierre Fabre* hat weiterhin Relevanz für ein Totalverbot des Internets.³⁹ Fraglich ist, ob diese Relevanz auch bei Drittplattformverboten gegeben ist. In Randnummer 46 seiner Entscheidung erklärte der *EuGH*:

„Das Ziel, den Prestigecharakter zu schützen, kann kein legitimes Ziel zur Beschränkung des Wettbewerbs sein und kann es daher nicht rechtfertigen, dass eine Vertragsklausel, mit der ein solches Ziel verfolgt wird, nicht unter Art. 101 I AEUV fällt.“⁴⁰

Durch diese unglückliche Formulierung schuf der *Gerichtshof* unabsichtlich mehr Rechtsunsicherheit, da unklar war, wie diese zu verstehen ist. In der „Post-Pierre-Fabre-Ära“⁴¹ ab 2011 wurde in Literatur und Praxis ausgiebig diskutiert, wie weit diese Formulierung zu verstehen sei.

aa) Universelle Auslegung

Vertreter der universellen Auslegung sind der Ansicht, die Ausführungen des *EuGH* seien universal zu verstehen, womit eine Rechtfertigung über den Schutz von Luxusimage nicht möglich sei.⁴² Einzelne Stimmen in der Literatur

³⁶ Franck (Fn. 21), S. 778.

³⁷ *EuGH*, Urt. v. 13.10.2011, C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* ././ *Président de l’Autorité de la concurrence, Ministre de l’Économie, de l’Industrie et de l’Emploi*.

³⁸ *Ebd.*, Rn. 46.

³⁹ *Kling/Thomas* (Fn. 9), § 5 Rn. 198 ff.

⁴⁰ *EuGH*, Urt. v. 13.10.2011, C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* ././ *Président de l’Autorité de la concurrence, Ministre de l’Économie, de l’Industrie et de l’Emploi*, Rn. 46.

⁴¹ Verwendet von *Rohrßen*, Internetvertrieb in der EU 2018 ff. – Online-Vertriebsvorgaben von Asics über BMW bis Coty, *ZVertriebsR* 2017, 274 (279).

⁴² *Bonacker*, Fälle zur Regulierung des Internethandels in selektiven und sonstigen Vertriebssystemen, *GRUR-Prax* 2012, 4 (5); *Baron*, in *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann* (Fn. 25), 7. Teil, B. Rn. 273; *Neubauer*, An-

gingen sogar so weit, dass eine Rechtfertigung über Imageschutz im Ganzen nicht möglich sei.⁴³ Vertreten wurde dies im Hintergrund der vorher ergangenen *Leclerc*-Entscheidung des *EuG*.⁴⁴ Demnach konnte lediglich der Schutz des Luxusimages gerechtfertigt sein.⁴⁵ In *Pierre Fabre* drücke der *EuGH* aus, dass er diese Ansicht ablehne und sogar Vertriebsbeschränkungen zum Schutz des Luxusimages keinen selektiven Vertrieb rechtfertigen könnten.⁴⁶ Auch das Bundeskartellamt vertrat diese weite Auslegung in seinem *ASICS*-Beschluss.⁴⁷

bb) Eingeschränkte Auslegung

Die Gegenansicht will den *EuGH* nur im Kontext der Entscheidung verstehen.⁴⁸ Die isolierte Betrachtung erwecke zwar den Eindruck, die Ausführungen des *EuGH* seien universell zu verstehen. Der *EuGH* nehme aber mit seiner Formulierung Bezug auf den vorherigen Absatz. Dort führe er aus, dass mit den Wettbewerbsbeschränkungen auf verhältnismäßige Weise legitime Ziele nach den Metro-Kriterien verfolgt werden müssen. Damit meine er also, dass ein Totalverbot des Internetvertriebs aufgrund des Imageschutzes unverhältnismäßig sei.⁴⁹

Auch sei merkwürdig, dass der *EuGH* die bisherige Entscheidungspraxis der europäischen Gerichte, die gegensätzlich war,⁵⁰ in einem so kurzen Absatz einfach über Bord wirft, ohne sich näher über diese Rechtsprechungsänderung zu

merkung zur Entscheidung des KG Berlin - Urteil vom 19.09.2013 (2 U 8/09; EuZW 2013, 873) - Zur Frage des Verbotes des Warenvertriebs über eBay, EuZW 2013, 879 (880); *Rudowicz*, Plattformverbote in selektiven Vertriebssystemen: Kritische Auseinandersetzung mit dem Urteil des KG in der Sache Sternjakob, NZKart 2014, 253 (256); *Telle*, Besprechung zu einer Entscheidung des LG Frankfurt, Urteil vom 31.07.2014 – 2-03 O 128/13 - Plattformverbot für Luxusparfüms, NZKart 2015, 229 (229 ff.).

⁴³ *Neubauer*, Internetvertrieb im Kartellrecht, 2014, S. 77 ff.; *Rudowicz* (Fn. 42) S. 256.

⁴⁴ *EuG*, GRUR Int 1998, 149 (Rn. 110 f.).

⁴⁵ *Ebd.*, Rn. 114.

⁴⁶ So *Rudowicz* (Fn. 42), S. 257.

⁴⁷ *Bundeskartellamt*, Beschl. v. 26.8.2015, BeckRS 2016, 09244 – *ASICS*; deutlich wird dies auch in seinem Hintergrundpapier v. 10.10.2013 (Fn. 2), S. 24 ff.

⁴⁸ *OLG Frankfurt*, NZKart 2016, 84 (86); *Lubberger*, Plattformverbote verboten?, WRP 2015, 14, (16 und 18); *Nolte*, Vertriebskanal Internet: Grenzen der Steuerungshoheit des Lieferanten und die Notwendigkeit von Vertragsstandards, BB 2014, 1155 (1161); *Peeperkorn/Heimann* (Fn. 21), S. 1177.

⁴⁹ *Lubberger* (Fn. 48), S. 16; *Peeperkorn/Heimann* (Fn. 21), S. 1177.

⁵⁰ *EuGH*, Urt. v. 28.1.1986, C-161/84, *Pronuptia de Paris ./. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, Rn. 17 und 27; Urt. v. 23.4.2009, C-59/08, *Copad ./. Christian Dior couture*, Rn. 27 f.; *EuG*, GRUR Int 1998, 149 (Rn. 110 f.).

äußern, wie er es in der Vergangenheit des Öfteren tat.⁵¹

cc) Beendigung der Post-Pierre-Fabre-Ära: *Coty Germany*

Die aus *Pierre Fabre* folgende Auslegungsunsicherheit hat der *EuGH* durch seine Entscheidung *Coty Germany*⁵² beendet:

In *Coty Germany* musste sich der *EuGH* mit der Zulässigkeit von Drittplattformverboten zum Schutz des Luxusimages befassen. Die Entscheidung hat weitreichende Folgen für die Bewertung von Drittplattformverboten.

Relevant ist an dieser Stelle jedoch, dass der *EuGH* sich in *Coty Germany* auch zu seinen Ausführungen in *Pierre Fabre* geäußert hat. Zunächst geht der *Gerichtshof* auf seine bisherige Rechtsprechung zu Luxuswaren ein.⁵³ Sodann stellt er fest, dass diese Rechtsprechung nicht durch *Pierre Fabre* entkräftet werde.⁵⁴ Weiter führt er aus, dass Randnummer 46 von *Pierre Fabre* im Kontext der damaligen Entscheidung zu sehen sei und nicht den Schluss zulasse, dass der Imageschutz eine Wettbewerbsbeschränkung nicht mehr rechtfertigen könne.⁵⁵

Der *EuGH* erteilt damit der Auffassung, eine Rechtfertigung über Imageschutz sei nicht möglich, eine deutliche Absage. Da diese Auffassung aber gerade auf den Ausführungen des *EuGH* in Randnummer 46 von *Pierre Fabre* fußte, die der *EuGH* nunmehr entkräftet hat, wurde ihr jeglicher argumentativer Boden entzogen. Dementsprechend ist die erstgenannte Ansicht, die *Pierre Fabre* universell ausgelegt hat, im Hinblick auf *Coty Germany* nun unvertretbar.

Eine Rechtfertigung über Imageschutz ist nach wie vor möglich. Dies führt nun zu den einzelnen Varianten, wie Imageschutz gerechtfertigt werden könnte.

b) *Das Image als Produktbestandteil – das Luxusimage*

Hersteller können durch Investitionen im Marketing ihr Produkt mit einer Konnotation (bspw. Freiheit, Luxus, ökologische Nachhaltigkeit) aufladen, die vom Nachfrager geschätzt wird. Das Image des Produktes wird damit zur Produkteigenschaft, einem Bestandteil, den der Kunde mit erwirbt.⁵⁶

⁵¹ So auch *OLG Frankfurt*, NZKart 2016, 84 (86); *Kumkar* (Fn. 15), S. 315; *Gayk* (Fn. 21), S. 71.

⁵² *EuGH*, Urt. v. 6.12.2017, C-230/16, *Coty Germany* ./ Parfümerie Akzente.

⁵³ *Ebd.*, Rn. 25-29.

⁵⁴ *Ebd.*, Rn. 30.

⁵⁵ *Ebd.*, Rn. 35.

⁵⁶ *Franck* (Fn. 21), S. 778.

Der *EuGH* hatte schon in seiner markenrechtlichen Rechtsprechung festgestellt, dass auch der Prestigecharakter eines Produktes Qualitäts- und Produktmerkmal sein kann.⁵⁷ Er hatte also anerkannt, dass ein Produkt nicht nur materielle, sondern auch immaterielle Eigenschaften haben kann.

In *Coty Germany* hat der *EuGH* nun auf diese markenrechtliche Rechtsprechung verwiesen und damit klargestellt, dass sie bei Plattformverboten eine entsprechende Geltung hat. Der *EuGH* sieht das Luxusimage damit als immaterielle Produkteigenschaft.⁵⁸ Leidet dieses Image, stellt dies dementsprechend auch eine Verschlechterung der Warenqualität dar.

aa) Begründungsansatz des *EuGH* in *Coty Germany*

Der *EuGH* äußert sich in *Coty Germany* dazu, ob er ein Plattformverbot aufgrund des Schutzes des Luxusimages für erforderlich hält.⁵⁹ Er bejaht dies mit zwei Gründen:

Zum einen sei das Verbot erforderlich, um die von den Verbrauchern geschätzte Exklusivität zu wahren. Würde das betroffene Produkt gemeinsam mit „Waren aller Art“ auf Drittplattformen angeboten, wäre eine Aufrechterhaltung des Luxusimages erschwert.⁶⁰

Zum anderen erlaube das Verbot dem Hersteller zu überprüfen, ob seine Qualitätsanforderungen eingehalten werden. Mangels vertraglicher Beziehung zwischen Hersteller und Betreiber der Drittplattform sei ihm dies ohne Verbot nicht möglich.⁶¹ Die fehlende Möglichkeit, vom Betreiber der Drittplattform die Einhaltung der Qualitätsvorgaben zu verlangen, berge eine Gefahr der Verschlechterung des Luxusimages.⁶²

Im Ergebnis hält der *EuGH* Drittplattformverbote für mit dem Binnenmarkt vereinbar, wenn sie diskriminierungsfrei, zum Schutz des Luxusimages und verhältnismäßig angewendet werden.⁶³

Auch wenn zu begrüßen ist, dass der *EuGH* endlich Position zu Plattformverboten bezogen hat, lässt seine kurze Begründung zu wünschen übrig. Zum

⁵⁷ *EuGH*, Urt. v. 23.4.2009, C-59/08, *Copad* ./ *Christian Dior couture*, Rn. 24.

⁵⁸ *EuGH*, Urt. v. 6.12.2017, C-230/16, *Coty Germany* ./ *Parfumerie Akzente*, Rn. 46.

⁵⁹ *Ebd.*, Rn. 37 ff.

⁶⁰ *Ebd.*, Rn. 50.

⁶¹ *Ebd.*, Rn. 47 ff.

⁶² *Ebd.*, Rn. 49.

⁶³ *Ebd.*, Rn. 58.

einen geht er nicht auf diverse Begründungsansätze ein, die vorher in Literatur und Rechtsprechung diskutiert wurden. Zum anderen geht er nur marginal darauf ein, inwiefern Plattformverbote aus Verbrauchersicht erforderlich sein könnten. Bevor also zur Begründung des *EuGH* Stellung genommen wird, seien zunächst die anderen Begründungsansätze kurz dargestellt.

bb) Andere diskutierte Begründungsansätze

In der Literatur wird zum einen die sog. Trittbrettfahrerproblematik diskutiert.⁶⁴ Eine Gefahr von Drittplattformen läge darin, dass sich Kunden im stationären Handel ausführlich beraten ließen und sodann die Ware im Internet auf Drittplattformen kaufen würden. Langfristig hätte dies zur Folge, dass die Wiederverkäufer im stationären Handel Investitionen in Beratung, Service und Markenimage unterlassen würden, da sich im stationären Handel diese Kosten nicht amortisieren.⁶⁵ Dies stellt auch eine Gefahr für das Luxusimage dar. Das Trittbrettfahrerproblem hat große Relevanz und wird noch beim Qualitätsimage eine Rolle spielen.⁶⁶

Diskutiert werden auch negative Abstrahlungseffekte des Plattformimages. Plattformen wie *eBay* werde ein „Flohmarkt-Image“⁶⁷ nachgesagt. Auf ihnen würden neben gebrauchten Waren auch Fälschungen angeboten werden.⁶⁸ Der Kunde sei sich dieses Images bewusst und würde es negativ mit dem jeweiligen Hersteller assoziieren, sodass dieses negative Image auf ihn abstrahlen könnte.⁶⁹

Auch wird angeführt, das Luxusimage basiere auf der Hochpreisigkeit der Ware. Werde diese zu einem geringeren Preisniveau auf Online-Marktplätzen angeboten, leide folglich das Luxusimage.⁷⁰

⁶⁴ So bspw. bei *Franck* (Fn. 21), S. 776; *Kumkar* (Fn. 15), S. 277; grundlegend zum Trittbrettfahrerproblem: *Telser*, Why Should Manufacturers Want Fair Trade?, *The Journal of Law & Economics* 1960, 86 (91).

⁶⁵ *Kumkar* (Fn. 15), S. 277.

⁶⁶ Siehe dazu unten **B. I. 2. e**).

⁶⁷ *OLG Karlsruhe*, WuW/E DE-R 2789 (2797) = *OLG Karlsruhe*, WuW 2010, 205 ff.; *KG*, WuW/E DE-R 4019 (4026); *Neubauer* (Fn. 43), S. 67 f.; *Rösner*, Aktuelle Probleme der Zulässigkeit von Selektivvertriebssystemen vor dem Hintergrund der Reform der Vertikal-GVO, WRP 2010, 1114 (1121).

⁶⁸ *LG München*, Urt. v. 24.6.2008, BeckRS 2009, 07108, Rn. 5 c).

⁶⁹ *KG*, EuZW 2013, 873 (876).

⁷⁰ *Kuntze-Kaufhold*, Vertriebsverbote für Internetplattformen können zur Vielfalt im Wettbewerb beitragen. Anmerkung zu *KG Berlin*, Urt. v. 19.9.2013, 2 U 8/09 Kart - Schulranzen und -rucksäcke (WuW/E DE-R 4019), WuW 2014, 476 (479).

Zugunsten der Verbraucher wird angeführt, durch das Luxusimage könnten psychologische, an Status anknüpfende Bedürfnisse der Verbraucher erfüllt werden.⁷¹ Der Konsum ermögliche dem Konsumenten, sich eine Identität zu verschaffen und diese seinen Mitmenschen zu kommunizieren; dieses „demonstrative Konsumverhalten“ könne soziale Beziehungen begründen und so wohlfahrtsfördernd wirken.⁷²

cc) Stellungnahme

Bezüglich der Abstrahlungswirkung des Plattformimages muss auf die individuelle Plattform eingegangen werden. Während *eBay* in der Tat bei Konsumenten ein schlechtes Image hat, kann dies von *Amazon* nicht gesagt werden.⁷³ Ein pauschales Verbot wird mit diesem Argument nur schwer begründbar sein.

Ebenso wenig kann die Hochpreisigkeit als Argument herhalten. Zwar orientieren sich Verbraucher am Preis und erkennen Luxuswaren gerne daran, es ist aber nur einer der Wege, wie Verbraucher ein Luxusimage wahrnehmen können. Verbraucher können auch an der luxuriösen Gestaltung des Vertriebsweges oder der Ware selbst diese als solche wahrnehmen.

Überzeugender ist es, darauf einzugehen, dass der Verbraucher Luxuswaren aufgrund des demonstrativen Konsumverhaltens schätzt. Dies wurde bei „Frauenkosmetik“ bspw. empirisch belegt.⁷⁴ Hier wäre es konstraintentional, wenn das Kartellrecht verbieten würde, das Luxusimage zu schützen, eben gerade weil der Verbraucher dieses so schätzt und es braucht, um seine Geltungsbedürfnisse zu stillen.

Mit der fehlenden vertraglichen Bindung nennt der *EuGH* sein stärkstes Argument. Die Krux des Plattformvertriebs liegt darin, dass die Gestaltung der Plattform dem Betreiber obliegt. Der Hersteller kann dem Betreiber keine vertraglichen Vorgaben machen, sondern nur seinem Wiederverkäufer, der auf die Präsentation auf der Plattform nur minimalen oder keinen Einfluss hat. Alternativ kann er seinem Wiederverkäufer nur den Vertrieb über die Plattform

⁷¹ *Franck* (Fn. 21), S. 778.

⁷² *Ebd.*; vertiefend zum „demonstrativen Konsumverhalten“: *Haucap*, Werbung und Marktorganisation, 1998, S. 203-217; *Veblen*, The Theory of the Leisure Class (Great Minds Series), New York 1998, Kap. 4 S. 68 ff.

⁷³ Vgl. *Ibi research*, Online-Marktplätze als Vertriebskanal, 2015 S. 37 (43), abrufbar unter: <https://www.ecommerce-leitfaden.de/studien/item/online-marktplaetze-als-vertriebskanal/> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

⁷⁴ *Chao/Schor*, Empirical tests of status consumption: Evidence from women's cosmetics, *Journal of Economic Psychology* 1998, 107 (109-112 und 114-121).

verbieten oder abstrakte Vorgaben an die Produktpräsentation machen, die faktisch dann wie ein Verbot wirken. Für den Hersteller führt also in der Praxis kein Weg am Plattformverbot vorbei, wenn er eine luxuriöse Gestaltung gewährleisten will. Ohne Verbot ist er der Abstrahlungswirkung von Plattformen mit schlechtem Image ausgesetzt.

Der Plattformvertrieb stellt damit eine Gefahr für das Luxusimage dar. Da dieses Luxusimage aber, wie bereits gezeigt, für den Verbraucher von hoher Bedeutung ist, erfordert sein Schutz ein Plattformverbot.

c) Eine Frage der Abgrenzung: was ist eine Luxusware?

Es bleibt noch die Frage, wann ein Luxusimage vorliegt. Der *EuGH* selbst spricht in *Coty Germany* von Luxuswaren, die ein Luxusimage haben, lässt aber offen, wie er eine Luxusware definiert.⁷⁵ Vereinzelt wird in der Literatur vertreten, er definiere Luxuswaren in Randnummer 25 seines Urteils,⁷⁶ das kann aber nicht überzeugen. Er verweist hierbei nur auf seine bisherige markenrechtliche Rechtsprechung, worauf auch der Wortlaut schließen lässt.⁷⁷ Der *EuGH* hatte also nicht die Intention, in Randnummer 25 eine Definition vorzunehmen. Und selbst wenn man darin eine Definition sähe, wäre es eine unzureichende Definition, die mehrere Kernelemente offenlässt. Wann läge bspw. der luxuriöse Charakter einer Ware vor? Eine Definition von Luxuswaren steht damit noch aus.

Die pauschale Verwendung dieses Begriffes erweckt auch den Eindruck, der *EuGH* meine eine abgrenzbare Produktkategorie. Dass das nicht richtig sein kann, zeigt die Tatsache, dass auch normale Produkte des täglichen Bedarfs luxuriös sein können (bspw. japanisches Edel-Mineralwasser⁷⁸). Fernab von Produktkategorien ist eine Luxusware demnach als eine Ware zu definieren, die ein Luxusimage hat. Es bleibt jedoch noch immer die Frage offen, wann ein Luxusimage vorliegt.

Der *EuGH* liefert in *Coty Germany* mit der von den Verbrauchern geschätzten Exklusivität einen guten Startpunkt.⁷⁹ Die Ware muss exklusiv in luxuriöser Weise vertrieben werden, das heißt nicht über alle Vertriebswege erwerbbar sein, sondern über selektiv ausgewählte Vertriebswege, die luxuriös gestaltet

⁷⁵ *EuGH*, Urt. v. 6.12.2017, C-230/16, *Coty Germany* ./ . Parfümerie Akzente, Rn. 29.

⁷⁶ *Rohrßen*, Vertriebsvorgaben im E-Commerce 2018: Praxisüberblick und Folgen des „Coty“-Urteils des *EuGH*, GRUR-Prax 2018, 39 (41).

⁷⁷ *EuGH*, Urt. v. 6.12.2017, C-230/16, *Coty Germany* ./ . Parfümerie Akzente, Rn. 25.

⁷⁸ Siehe <http://www.fillico.com/fa/01/index.html> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

⁷⁹ *EuGH*, Urt. v. 6.12.2017, C-230/16, *Coty Germany* ./ . Parfümerie Akzente, Rn. 50.

sind. Ferner muss sie sich im Hochpreissegment ihrer Produktkategorie befinden.⁸⁰ Da der Verbraucher Luxuswaren vor allem aufgrund des „demonstrativen Konsumverhaltens“ schätzt, muss der Konsum oder zumindest der Erwerb der Sache beobachtbar sein.⁸¹ Auch zeichnen sich Luxuswaren dadurch aus, dass sie disponibler Natur sind. Der ideelle Wert, den der Verbraucher der Sache zumisst, muss den materiellen Wert der Sache erheblich übersteigen.⁸² Diese Luxuseigenschaften treten erst zu Tage, wenn der Hersteller offen damit wirbt, das Luxusimage also im Marketing eingesetzt wird.

Eine Ware, die diese Voraussetzungen erfüllt, hat ein Luxusimage, das zur tatbestandlichen Privilegierung der Metro-Kriterien herangezogen werden kann.

d) Ausweitung auf andere Imageformen

In der Literatur wurde vorgeschlagen, dass Hersteller ihr Produkt nicht nur mit der Konnotation Luxus aufladen können, sondern auch mit anderen, vergleichbaren Imageformen.⁸³ In Frage kommen bspw. „Erotik“ oder „ökologische Nachhaltigkeit“.

Dafür ist zunächst festzustellen, dass nicht ersichtlich ist, warum nur das Luxusimage eine immaterielle Eigenschaft sein sollte. Bei der schier unendlichen Menge an Marken, die existieren und alle jeweils unterschiedliche Reize ansprechen, ist dieser Gedanke nicht abwegig. Auch der *EuGH* zeigt sich in *Coty Germany* diesem Gedanken gegenüber offen, dadurch dass er seine markenrechtliche Rechtsprechung bezüglich immaterieller Produkteigenschaften nun auch bei Drittplattformverboten anerkennt.⁸⁴

Um die Erforderlichkeit bei diesen Imageformen ebenfalls bejahen zu können, müssen sie aus Verbrauchersicht erforderlich sein. Beim Luxusimage ergibt sich dies aus den psychologischen Geltungsbedürfnissen, die der Verbraucher hat. Das jeweilige Image müsste ein psychologisches Bedürfnis befriedigen, das als ebenso schützenswert erachtet wird. Des Weiteren muss der Handel über Drittplattformen dieses Image in ähnlicher Weise gefährden wie beim Luxusimage.

⁸⁰ *Franck* (Fn. 21), S. 779.

⁸¹ *Ebd.*, S. 780.

⁸² *Ebd.*

⁸³ *Ebd.*, S. 778; so auch *Beil/Hohmann/Kullas*, *cepStudie: Vertikale Beschränkungen und offene Online-Marktplätze*, 2014, S. 10 f., als „ideelles Image“ bezeichnet, abrufbar unter: <http://www.markenverband.de/publikationen/studien/cep-Studie%20Vertikale%20Beschraenkungen%20und%20offene%20Online-Marktplaetze.pdf> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

⁸⁴ *EuGH*, Urt. v. 6.12.2017, C-230/16, *Coty Germany* ./ *Parfümerie Akzente*, Rn. 25.

Erfüllt eine Imageform beide Voraussetzungen, so kann sie ein Drittplattformverbot objektiv rechtfertigen.

e) Das Qualitätsimage als Marktmechanismus

Neben dem Luxusimage können Produkte noch ein Image haben, das hohe Qualität ausstrahlt. Das Qualitätsimage unterscheidet sich vom Luxusimage dahingehend, dass es nicht Produktbestandteil ist. Stattdessen stellt es einen Marktmechanismus dar: Diese Imageform funktioniert als Qualitätssignal an die Marktgegenseite, das Informationsasymmetrien reduziert und damit einer adversen Selektion vorbeugt.⁸⁵

Die adverse Selektion wurde zuerst von *Akerlof* beschrieben.⁸⁶ Bei Erfahrungs- und Vertrauensgütern weiß der Verbraucher vorher nicht, ob das fragliche Produkt gut ist und seine Versprechungen einhält. Deswegen ist es für ihn rationaler, seine Entscheidung rein preisbasiert zu treffen. Das führt zu einem Marktversagen, da die Produkte mit überdurchschnittlicher Qualität vom Markt verdrängt werden.⁸⁷ Durch Investitionen in das Image des Produktes signalisiert der Hersteller dem Verbraucher, dass sein Produkt gut ist. Denn wenn es das nicht wäre, würden Wiederkäufe in Zukunft ausbleiben und die Investitionen des Herstellers in sein Image würden sich nicht rentieren.⁸⁸ Das Qualitätsimage ist also eine Art „Versicherung“ an den Kunden.⁸⁹

Diese Reputation, die der Hersteller aufgebaut hat, könnte bei einem Vertrieb über Drittplattformen leiden. Hier spielt das bereits dargestellte Trittbrettfahrerproblem eine große Rolle: Es verringert für die Wiederverkäufer den Anreiz, durch entsprechende Produktpräsentation und Beratungsservice das Qualitätsimage des Herstellers zu wahren. Auf langfristige Sicht kommt es zu einer Vermehrung des Internetvertriebs. Wenn die Wiederverkäufer vermehrt über das Internet vertreiben und dabei nicht mehr die Reputation des Herstellers wahren, könnte es aufgrund hoher Informationsasymmetrie zu einem Marktversagen kommen. Ebenso stellt sich die Frage, ob die Signalisierung hoher Qualität in gleicher Weise im Internetvertrieb möglich ist. Ein Plattform-

⁸⁵ *Monopolkommission*, Sondergutachten 68 – Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Rn. 424, abrufbar unter: https://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/SG68/S68_volltext.pdf (zuletzt abgerufen am 17.12.2018); *Franck* (Fn. 21), S. 781 ff.

⁸⁶ *Akerlof*, The Market for “Lemons”: Quality uncertainty and the market mechanism, *Quarterly Journal of Economics* 1970, 488 (488-500).

⁸⁷ *Ebd.*, S. 488 ff.; der Effekt ist auch bekannt unter der Metapher „*Market for Lemons*“.

⁸⁸ *Haucap* (Fn. 72), S. 183 ff.

⁸⁹ *Monopolkommission* (Fn. 85), Rn. 424; *Franck* (Fn. 21), S. 782.

verbot kann freilich nur dann erforderlich sein, wenn es tatsächlich eine gleich hohe Informationsasymmetrie im Online-Handel gibt.

Drittplattformen bieten die Möglichkeit von Kundenbewertungen und Rezensionen, die potentiellen Kunden helfen und damit Informationsasymmetrien verringern.⁹⁰ Bei vielen Plattformen gibt es auch die Möglichkeit, dem Verkäufer direkt Fragen zu stellen. Die Verkäufer können sich mit detaillierten Produktbeschreibungen, hochauflösenden Bildern und Videos aus verschiedenen Perspektiven von anderen Verkäufern abgrenzen und so weiter Informationsasymmetrien abbauen.⁹¹ Darüber hinaus gibt es sogar die Möglichkeit individueller Beratungsgespräche via Online-Telefonie.⁹²

All diese Möglichkeiten verdeutlichen, dass die Signalisierung hoher Produktqualität im Online-Handel möglich ist. Die Informationsasymmetrien sind zu gering, um ein Marktversagen herbeizuführen. Damit ist auch nicht die Notwendigkeit eines Verbots beim Qualitätsimage gegeben.

f) Lösungsansatz bei Mischimage

Fraglich bleibt noch, wie bei Produkten zu verfahren ist, die mehrere Imageformen in sich vereinigen (hier im Folgenden als Mischimage bezeichnet). Da nach der hier vertretenen Auffassung ein Plattformverbot bei einem Qualitätsimage nicht erforderlich ist, stellt sich die Frage, ab welchem Anteil des Luxusimages Plattformverbote zum Schutz eines Mischimages erforderlich sind.

Richtigerweise wird ein Verbot dann erforderlich sein, wenn das Mischimage überwiegend, also mehr als 50 %, luxuriöser Natur ist. Für vergleichbare Imageformen gilt dies entsprechend. Es wäre nicht interessengerecht, wenn Hersteller von Produkten mit Qualitätsimage diese zu einem minimalen Anteil mit einem Luxusimage aufladen könnten, nur um unter den schützenden Schirm von *Coty Germany* zu gelangen.

Dies entspricht auch dem Ansatz, den der *EuGH* in *Coty Germany* gewählt hat. Dort wird deutlich, dass ein Drittplattformverbot nur dann mit dem Binnenmarkt vereinbar ist, wenn es „im Wesentlichen“ das Luxusimage schützt.⁹³

⁹⁰ *Kumkar* (Fn. 15), S. 288.

⁹¹ So auch *ebd.*

⁹² *Bundeskartellamt* (Fn. 2), S. 25.

⁹³ *EuGH*, Urt. v. 6.12.2017, C-230/16, *Coty Germany ./. Parfümerie Akzente*, Rn. 58.

3. Verhältnismäßigkeit

Das Drittplattformverbot darf nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Privilegierung der Metro-Kriterien zu genießen. Hier erscheinen vor allem pauschale Verbote, die alle Online-Marktplätze per se ausschließen, bedenklich, da es eine schiere Masse an Online-Marktplätzen gibt, von denen einzelne selbst luxuriöser Natur sind.⁹⁴ Vereinzelt wurde vorgetragen, abstrakte Vorgaben bezüglich der Gestaltung des Vertriebs seien verhältnismäßiger und damit vorzugswürdig.⁹⁵ Das kann aber auch hinsichtlich der fehlenden vertraglichen Bindung zum Plattformbetreiber nicht überzeugen. Selbst bei luxuriösen Plattformen gibt es für den Hersteller keine Möglichkeit, vertraglich gegen den Betreiber vorzugehen, wenn er die Waren nicht mehr in einer luxuriös ansprechenden Weise präsentiert. Er ist dann dem Risiko ausgesetzt, dass der Betreiber seine Produktpräsentation ändert. Mit dem Argument der fehlenden vertraglichen Bindung erklärt auch der *EuGH* ein pauschales Verbot für verhältnismäßig.⁹⁶

4. Bezweckte Wettbewerbsbeschränkung

Fraglich bleibt noch, ob Drittplattformverbote, die nicht die Privilegierung der Metro-Kriterien genießen, bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen darstellen. In *Pierre Fabre* und *AEG* hatte der *Gerichtshof* festgestellt, dass selektive Vertriebssysteme, die nicht die Metro-Kriterien erfüllen, bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen seien.⁹⁷ Dies muss auch für Drittplattformverbote gelten. Zwar ging es in beiden Entscheidungen nicht um diese, die Aussagen haben aber allgemeine Geltung, da jeweils von „Vereinbarungen, die ein selektives Vertriebssystem begründen“ gesprochen wird.⁹⁸ Dies wird auch nicht durch *Coty Germany* revidiert, da der *Gerichtshof* hier feststellt, dass nur die Randnum-

⁹⁴ Bspw. das Portal Net-a-Porter, siehe unter: <https://www.net-a-porter.com/de/de/> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

⁹⁵ *Beil/Hobmann/Kullas* (Fn. 83), S. 37 f.; *Klauß/Scheidtmann*, Pauschales Verbot des Vertriebs über Internetplattformen und der Nutzung von Suchmaschinen in selektivem Vertriebssystem unzulässig, GWR 2014, 331 (331).

⁹⁶ *EuGH*, Urt. v. 6.12.2017, C-230/16, *Coty Germany* ././ *Parfümerie Akzente*, Rn. 55 f.

⁹⁷ *EuGH*, Urt. v. 13.10.2011, C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* ././ *Président de l’Autorité de la concurrence, Ministre de l’Économie, de l’Industrie et de l’Emploi*; *AEG*, Rn. 39; Urt. v. 25.10.1983, C-107/82, *AEG-Telefunken* ././ *Kommission der Europäischen Gesellschaften*, Rn. 33.

⁹⁸ *EuGH*, Urt. v. 13.10.2011, C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* ././ *Président de l’Autorité de la concurrence, Ministre de l’Économie, de l’Industrie et de l’Emploi*, Rn. 39; Urt. v. 25.10.1983, C-107/82, *AEG-Telefunken* ././ *Kommission der Europäischen Gesellschaften*, Rn. 33.

mer 46 von *Pierre Fabre* im Kontext der damaligen Entscheidung zu sehen ist; zur Frage der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung äußert er sich nicht.⁹⁹

Plattformverbote in selektiven Vertrieben sind damit richtigerweise als bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen einzuordnen.¹⁰⁰

Abschließend lässt sich festhalten, dass nach der hier vertretenen Ansicht Drittplattformverbote, die diskriminierend angewendet oder nicht zum Schutz des Luxusimages oder eines vergleichbaren Images eingesetzt werden, eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung darstellen.

II. Gruppenfreistellung

Für die Plattformverbote in selektiven Vertrieben, die eine Wettbewerbsbeschränkung darstellen, könnte eine Gruppenfreistellung nach Art. 2 Abs. 1 Vertikal-GVO bzw. § 2 Abs. 2 1 GWB, Art. 2 Abs. 1 Vertikal-GVO in Betracht kommen. Das gilt freilich nur für Vertikalvereinbarungen, deren Beteiligte unter der Marktanteilsschwelle des Art. 3 Abs. 1 Vertikal-GVO liegen. Auch bei bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen ist eine Gruppenfreistellung grundsätzlich möglich.¹⁰¹ Eine Gruppenfreistellung scheitert aber, wenn das Drittplattformverbot eine Kernbeschränkung darstellt. In Frage kommen Kernbeschränkungen nach Art. 4 lit. b Var. 2 und lit. c Vertikal-GVO.

1. Ansicht des *EuGH* in *Coty Germany*

Der *EuGH* sieht in einem Verbot zum Schutz des Luxusimages, sollte es doch eine Wettbewerbsbeschränkung sein, keine Kernbeschränkung nach Art. 4 lit. b Var. 2 oder lit. c Vertikal-GVO.¹⁰² In seiner kurzen Begründung argumentiert er, dass es den Wiederverkäufern nicht verwehrt sei, Werbung in Suchmaschinen zu betreiben und die Ware in ihren eigenen Online-Shops zu verkaufen.¹⁰³

Robrßen legt den *EuGH* dabei, entgegen der eindeutigen Formulierung, der nur von Luxuswaren spricht, so aus, dass jegliches Plattformverbot keine Kern-

⁹⁹ *EuGH*, Urt. v. 6.12.2017, C-230/16, *Coty Germany* ./ *Parfümerie Akzente*, Rn. 30, 59 ff.

¹⁰⁰ So auch *Bundeskartellamt* (Fn. 47), Rn. 250 f.; *Kumkar* (Fn. 15), S. 263; *Velte*, Verbot des Vertriebs von Produkten über das Internet als Wettbewerbsbeschränkung, *EuZW* 2012, 19 (21); a. A. *Robrßen* (Fn. 76), S. 41; *Spanner/Kiani*, Selektive Vertriebssysteme und Internetvertrieb – Der neue Prüfungsmaßstab des Bundeskartellamtes im ASICS-Verfahren, *NZKart* 2016, 208 (209).

¹⁰¹ *Grave/Nyberg*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann (Fn. 25), 6. Teil, D. 3. Rn. 272-273.

¹⁰² *EuGH*, Urt. v. 6.12.2017, C-230/16, *Coty Germany* ./ *Parfümerie Akzente*, Rn. 69.

¹⁰³ *Ebd.*, Rn. 67.

beschränkung sei.¹⁰⁴ Wäre der *EuGH* tatsächlich so zu verstehen, dass er sich nur auf Luxuswaren beziehe, irritierte die Aussage des *Gerichtshofs* sehr. Denn fernab davon, was das Verbot schützen soll, wirkt es doch in seiner Beschränkung von Kundengruppen oder Endverbrauchern gleich. Richtigerweise ist also die Schlussfolgerung so zu ziehen, dass der *EuGH* in einer Entscheidung zum Qualitätsimage genauso entscheiden würde.

Auch hier lässt die Begründung des *EuGH* zu wünschen übrig. Vor allem eine Klarstellung bezüglich der grammatikalischen Auslegung¹⁰⁵ von Art. 4 lit. b Var. 2 Vertikal-GVO wäre erwartbar gewesen. Eine dezidierte Auseinandersetzung mit beiden Normen ist deshalb vonnöten.

2. Beschränkung der Kundengruppe

Art. 4 lit. b Var. 2 Vertikal-GVO sieht keine Freistellung für vertikale Vereinbarungen vor, die eine Beschränkung der Kundengruppe, an die der Wiederverkäufer Vertragswaren verkaufen darf, bezwecken. Der Vorbehalt in Art. 4 lit. b Vertikal-GVO für nicht zugelassene Niederlassungen greift für Plattformverbote nicht, da nach Auslegung des *EuGH* nur Verkaufsstellen, in denen stationäre Verkäufe vorgenommen werden, Niederlassungen sind.¹⁰⁶ Ebenso scheidet die Rückausnahme in Art. 4 lit. b Ziff. i Vertikal-GVO, da eine Beschränkung des aktiven Vertriebs bei den selektiven Vertriebssystemen immer eine Kernbeschränkung nach Art. 4 lit. c Vertikal-GVO darstellt.¹⁰⁷

Die deutsche Rechtsprechung zu diesem Punkt war uneinheitlich: *KG* und *OLG Schleswig* bejahten eine Kernbeschränkung;¹⁰⁸ das *OLG München* verneinte eine solche.¹⁰⁹ Umstritten ist im Rahmen von Art. 4 lit. b Var. 2 Vertikal-GVO nicht nur, ob Plattformkunden eine Kundengruppe darstellen (*a*) sondern auch, wie schwerwiegend die Beschränkung sein muss (*b*).

a) Kundengruppe

Überwiegend wird die Einordnung von Plattformkunden als Kundengruppe abgelehnt.¹¹⁰ Normzweck des Art. 4 lit. b Vertikal-GVO sei es, eine Marktauf-

¹⁰⁴ *Rohrßen* (Fn. 76), S. 41.

¹⁰⁵ Siehe dazu unten **B. II. 2. a**).

¹⁰⁶ *EuGH*, Urt. v. 13.10.2011, C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* ./.. *Président de l'Autorité de la concurrence, Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi*, Rn. 56.

¹⁰⁷ *Europäische Kommission* (Fn. 13), Rn. 57.

¹⁰⁸ *KG*, WuW/E DE-R 4019 (4030); *OLG Schleswig*, NJW 2014, 3104 (3108 f.).

¹⁰⁹ *OLG München*, GRUR-RR 2009, 394 (395).

¹¹⁰ *OLG München*, GRUR-RR 2009, 394 (395); *OLG Schleswig*, NJW 2014, 3104 (3108); *Lubberger* (Fn. 47), S. 21; *Pichler/Hertfelder*, Verbot des Vertriebs über Internetplat-

teilung durch die Hersteller zu verhindern, womit es den Herstellern obliegen müsse, zu definieren, welche Kunden eine eigene Kundengruppe darstellen. Das ergebe sich auch aus einer systematischen Betrachtung des Art. 4 lit. b Vertikal-GVO: In der Rückausnahme i) ist die Möglichkeit für den Hersteller geregelt, sich den aktiven Verkauf an eigens von ihm definierte Kundengruppen vorzubehalten. Diese Rückausnahme ergebe nur Sinn, wenn man die Definition der Kundengruppe dem Hersteller überlasse.¹¹¹

Dagegen wird in der Literatur vertreten, Plattformkunden seien eine Kundengruppe.¹¹² Es dürfe an diesen Begriff keine hohe Anforderung gestellt werden. Dabei wird auf andere Sprachfassungen der Norm verwiesen, in denen nur von „Kunden“ die Rede ist.¹¹³

In der Tat ist die deutsche Fassung des Art. 4 lit. b Vertikal-GVO sprachlich missglückt. Das zeigt nicht nur ein Vergleich mit anderen Sprachfassungen sondern auch ein historischer Vergleich mit der Vertikal-GVO 1999. Die „Kundengruppe“ taucht zweimal im Art. 4 lit. b n.F. Vertikal-GVO auf: einmal im Grundtatbestand und einmal in der Rückausnahme i). In der alten GVO war im Grundtatbestand noch vom „Kundenkreis“ die Rede. Erst mit der Neufassung der GVO kam es zum Begriffswechsel.¹¹⁴ Dass mit der jetzigen „Kundengruppe“ im Grundtatbestand etwas anderes gemeint ist als mit jener in der Rückausnahme, zeigt wieder der Vergleich mit anderen Sprachfassungen: In der englischen und spanischen Variante ist im Grundtatbestand von „*Customers*“ und „*Clientelas*“ (Kunden) die Rede und in der Rückausnahme von „*Customer Group*“ und „*grupo de clientes*“ (Kundengruppe).¹¹⁵ Dementsprechend ist der Begriff „Kundengruppe“ im Grundtatbestand weit auszulegen. Auf die „Gruppen“-Eigenschaft kommt es im Grundtatbestand nicht an. Wie *Kumkar* richtig erkannt hat, ist dieser Punkt aber nicht relevant. Vielmehr ist der Fokus auf die

formen Dritter im Rahmen des qualitativ-selektiven Vertriebs – zugleich Anmerkungen zum Urteil des KG „Schulranzen“, NZKart 2014, 47 (50); *Seeliger*, in: Wiedemann (Fn. 6), § 11 Rn. 195.

¹¹¹ In diese Richtung argumentierend *Kuntze-Kaufbold* (Fn. 70), S. 478.

¹¹² *Dieselhorst/Lahn* (Fn. 14), S. 1310; *Mäger/v. Schreitter*, Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen und das Internet: Schutz des Verbrauchers oder Behinderung effizienter Vertriebsstrukturen?, NZKart 2015, 62 (66).

¹¹³ *Mäger/v. Schreitter* (Fn. 112), S. 66.

¹¹⁴ *Kumkar* (Fn. 16), S. 333 f.

¹¹⁵ *Schultze/Pautke/Wagener*, Vertikal-GVO, 3. Aufl. 2011, Art. 4 lit. b Rn. 591; *Schweda/Rudowicz*, Verkaufsverbote über Online-Handelsplattformen und Kartellrecht, WRP 2013, 590 (598).

andere Voraussetzung des Art. 4 lit. b Vertikal-GVO zu legen.¹¹⁶

b) Bezweckte Beschränkung

Hinsichtlich der bezweckten Beschränkung ist umstritten, ob bereits eine wesentliche Erschwerung der Kundenansprache¹¹⁷ oder die vollständige Nichterreichbarkeit¹¹⁸ eine Beschränkung darstellen.

Richtigerweise stellt nur eine vollständige Nichterreichbarkeit eine Beschränkung dar. Das zeigen Wortlaut, Systematik und Zweck der Norm. Die deutsche Fassung spricht von der „Beschränkung [...] der Kundengruppe [...] an die [der Wiederverkäufer] [...] verkaufen darf“, ebenso wie die englische¹¹⁹. Die Norm adressiert also das Verbot, an bestimmte Kunden überhaupt verkaufen zu dürfen.¹²⁰ Systematisch betreffen die Rückausnahmen i) – iv) ausschließlich Fälle, in denen der Hersteller versucht, den Weiterkauf an Kunden so weit wie möglich einzuschränken.¹²¹ Zuletzt ist es die *ratio legis* des Art. 4 lit. b Vertikal-GVO, eine Marktaufteilung nach Gebieten oder Kundengruppen zu verhindern; er soll die Kundenauswahlfreiheit der Wiederverkäufer schützen. Eine Beschränkung der Kundenauswahl kann aber nur angenommen werden, wenn Kunden gar nicht mehr erreichbar sind für die Händler.¹²² Wie der *EuGH* erkannt hat, sind die Internetkunden aber weiterhin über Preissuchmaschinen und eigene Online-Shops erreichbar.¹²³ Das wird auch durch das Ergebnis der Sektoruntersuchung unterstrichen: So betreiben 90 % der Online-Händler ihren eigenen Shop.¹²⁴

¹¹⁶ *Kumkar* (Fn. 15), S. 339.

¹¹⁷ *KG*, WuW/E DE-R 4019 (4030); *OLG Schleswig*, NJW 2014, 3104 (3108); *Dieselhorst/Luhn* (Fn. 14), S. 1310; *Ellger*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht I, 5. Aufl. 2012, Art. 4 Vertikal-GVO Rn. 43; *Mäger/v. Schreitter* (Fn. 112), S. 67; *Neubauer* (Fn. 43), S. 89 ff.; *Rudowicz* (Fn. 43), S. 259.

¹¹⁸ *OLG München*, GRUR-RR 2009, 394 (395); *Herrlinger*, Zur Auslegung der „Beschränkung der Kundengruppe“ in Art. 4 lit. b Vertikal-GVO, NZKart 2014, 92 (94); *Pahnke*, Anmerkung zu *OLG Schleswig*, Urt. v. 5.6.2014, 16 U (Kart) 154/13, NJW 2014, 3109 (3109); *Pichler/Hertfelder* (Fn. 110), S. 50.

¹¹⁹ „The restriction [...] of the customers to whom, a buyer party to the agreement [...] may sell the contract goods or services“ Art. 4 lit. b Vertikal-GVO EN.

¹²⁰ So auch *Pichler/Hertfelder* (Fn. 110), S. 50.

¹²¹ *Ebd.*, S. 50.

¹²² *Europäische Kommission* (Fn. 13), Rn. 50; so auch *Kumkar* (Fn. 15), S. 342 f.; *Pichler/Hertfelder* (Fn. 110), S. 50.

¹²³ *EuGH*, Urt. v. 6.12.2017, C-230/16, *Coty Germany ./ Parfümerie Akzente*, Rn. 67.

¹²⁴ *Europäische Kommission* (Fn. 7), Rn. 39.

Damit ist eine Kernbeschränkung nach Art.4 lit. b zu verneinen. Eine Bejahung wird auch dadurch erschwert, dass das Plattformverbot eine solche Beschränkung der Kunden nach dem Wortlaut der Norm bezwecken muss.

3. Beschränkung des Verkaufs an Endverbraucher

Auch eine Kernbeschränkung nach Art. 4 lit. c ist abzulehnen. Der Vorbehalt gemäß Art. 4 lit. c Halbs. 2 für nicht zugelassene Niederlassungen greift hier wieder nicht.¹²⁵ Art. 4 lit. c hat zwar einen strengeren Maßstab, da nur die Beschränkung des Verkaufs erforderlich ist und nicht die Beschränkung einer Kundengruppe an sich. Wie die Kommission ausführt, soll es den Wiederverkäufern freistehen, sowohl aktiv als auch passiv und mit Hilfe des Internets an alle Endverbraucher zu verkaufen.¹²⁶

Das heißt aber nicht, dass schon jede Einschränkung des Internetvertriebs eine Beschränkung darstellt. Das erkennt auch die Kommission an. Im Rahmen des Äquivalenztests darf der Hersteller qualitative Vorgaben machen, solange diese mit dem stationären Handel vergleichbar sind.¹²⁷ Im stationären Handel darf der Hersteller bereits anerkanntermaßen hohe qualitative Anforderungen stellen, weshalb ein Plattformverbot diesen Test in der Regel bestehen würde.¹²⁸ Dann kann es aber auch keine Beschränkung i. S. d. Art. 4 lit. c darstellen.¹²⁹

Da Plattformverbote im Ergebnis keine Kernbeschränkungen darstellen, ist eine Gruppenfreistellung für sie möglich.

III. Einzelfreistellung

Sofern die Voraussetzungen für eine Gruppenfreistellung nicht vorliegen, ist noch eine Einzelfreistellung nach Art.101 Abs. 3 AEUV bzw. §2 Abs. 1 GWB denkbar. Eine Begründung ist dabei insbesondere auch über den Schutz des Qualitätsimages möglich. Wurde nach *Pierre Fabre* vereinzelt vertreten, der Imageschutz sei nicht mehr berücksichtigungsfähig bei der Einzelfreistellung,¹³⁰ dürfte auch diese Ansicht nach *Coty Germany* kein Gehör mehr finden. Inwiefern eine Einzelfreistellung möglich ist, wird aber vom jeweiligen Einzelfall abhängen.

¹²⁵ Siehe dazu oben **B. II. 2.**

¹²⁶ *Europäische Kommission* (Fn. 13), Rn. 56.

¹²⁷ *Ebd.*

¹²⁸ Siehe dazu oben **B. I. 1. a)** und *c)*.

¹²⁹ So auch *Kumkar* (Fn. 15), S. 362.

¹³⁰ *Knibbe*, Selective distribution and the ECJ's judgment in *Pierre Fabre*, *European Competition Law Review* 2012, 450, (451); wohl auch *Bundeskartellamt* (Fn. 2), S. 25.

C. Nicht-selektiver Vertrieb

Nun soll die Rechtslage bei nicht selektiven Vertriebssystemen geklärt werden.

I. Wettbewerbsbeschränkung

Im nicht-selektiven Vertrieb ist das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung einfacher zu beantworten, da eine Privilegierung durch die Metro-Kriterien nicht möglich ist. Die vom *EuGH* entwickelten Kriterien sind nur auf qualitativ selektive Vertriebssysteme anwendbar.

Plattformverbote im nicht-selektiven Vertrieb stellen eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung dar, da sie den Wiederverkäufern den Zugang zum Vertriebskanal der Online-Plattformen verbieten und den Intra-brand-Wettbewerb beschränken.¹³¹

II. Gruppenfreistellung

Im nicht-selektiven Vertrieb findet Art. 4 lit. c keine Anwendung, womit sich die Frage einer Gruppenfreistellung an Art. 4 lit. b orientiert. Eine Zulässigkeit des Verbotes über die Rückausnahme in i) würde voraussetzen, dass es sich beim Plattformvertrieb um einen aktiven Verkauf handelt.

Die Kommission sieht die eigene Website jedoch als Form des passiven Verkaufs an.¹³² Für Angebotsseiten auf Plattformen muss dasselbe gelten. Das ist im Ergebnis auch richtig, da Verbraucher die Plattformen nutzen, um gezielt nach Angeboten zu suchen. Von ihnen geht die Initiative für den Kaufvorgang aus.¹³³ Damit ist der Plattformvertrieb als passiver Verkauf zu betrachten, womit die Rückausnahme in i) scheitert. Im Übrigen gilt das bereits beim selektiven Vertrieb Gesagte.¹³⁴

III. Einzelfreistellung

Hier gilt das bereits beim selektiven Vertrieb Gesagte.¹³⁵ Auch beim nicht-selektiven Vertrieb wird es auf den jeweiligen Einzelfall ankommen.

¹³¹ *OLG München*, GRUR-RR 2009, 394 (395); *OLG Schleswig*, NJW 2014, 3104 (3107); *Bundeskartellamt* (Fn. 47), Rn. 599 ff.; *Neubauer* (Fn. 43), S. 98; *Thyri*, Zum unbestimmten Qualitätsbegriff bei der Bewertung von Marktplatzverboten im Binnenmarkt, *EuZW* 2017, 424 (429).

¹³² *Europäische Kommission* (Fn. 13), Rn. 52.

¹³³ *Schweda/Rudowicz* (Fn. 115), S. 599.

¹³⁴ Siehe dazu oben **B. II.**

¹³⁵ Siehe dazu oben **B. III.**

D. Ergebnissicherung und Resümee

Drittplattformverbote in selektiven Vertrieben, die mehrheitlich zum Schutz des Luxusimages oder eines vergleichbaren Images diskriminierungsfrei eingesetzt werden, stellen keine Wettbewerbsbeschränkung dar.

Für die restlichen Verbote ist grundsätzlich eine Gruppenfreistellung möglich, falls der Marktanteil der Beteiligten jeweils unter 30 % liegt, sonst eine Einzel- freistellung.

Die nach *Pierre Fabre* herrschende Rechtsunsicherheit wurde in weiten Teilen durch *Coty Germany* beendet. Strittig ist weiterhin, wann eine Luxusware vorliegt und wieweit insbesondere eine Gruppenfreistellung möglich ist.

Richtigerweise ist eine Luxusware eine Ware, die ein Luxusimage hat. Ein Luxusimage liegt vor, wenn die Ware in exklusiver Weise vertrieben wird, hochpreisig und disponibel ist und ihr Konsum beobachtbar ist.

Im Rahmen des Art. 4 lit. b kommt es nicht auf die Frage an, ob Plattformkunden eine abgrenzbare Kundengruppe sind. Nach richtiger Lesart stellt nur die bezweckte Nichterreichbarkeit bestimmter Kunden eine Kernbeschränkung nach Art. 4 lit. b dar. Eine Kernbeschränkung nach Art. 4 lit. c scheitert am Äquivalenztest.

Die weitere Entwicklung dieser Thematik kann mit Spannung erwartet werden. Das Bundeskartellamt, das Plattformverboten kritisch gegenübersteht, hat in einer ersten Stellungnahme auf *Coty Germany* reagiert: Markenhersteller hätten nach wie vor keinen Freibrief und das Urteil nur begrenzte Auswirkung auf die Praxis des Bundeskartellamtes.¹³⁶ Demgegenüber steht der *EuGH*, aber auch die Kommission, die Plattformverbote für grundsätzlich zulässig erachtet.¹³⁷ Es wird wahrscheinlich eines zweiten Urteils bedürfen, um vollständige Rechtsicherheit zu schaffen.

¹³⁶ Siehe dazu den „Tweet“ des *Bundeskartellamtes*, Twitter 6.12.17, abrufbar unter: twitter.com/Kartellamt/status/938358382431555584 (zuletzt abgerufen am 17.12.18).

¹³⁷ Vgl. *Europäische Kommission* (Fn. 13), Rn. 54.