



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

KVZ 41/17

vom

12. Dezember 2017

in der Kartellverwaltungssache

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat am 12. Dezember 2017 durch die Präsidentin des Bundesgerichtshofs Limperg, die Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Meier-Beck und Dr. Raum sowie die Richter Sunder und Dr. Deichfuß

beschlossen:

Die Beschwerde der Betroffenen gegen die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde in dem Beschluss des 1. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 5. April 2017 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten des Bundeskartellamts trägt die Betroffene.

Der Streitwert für das Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren wird auf 3 Millionen Euro festgesetzt.

Gründe:

- 1 I. Die Betroffene ist die deutsche Vertriebsgesellschaft der ASICS-Gruppe. Sie beabsichtigte, einen Selektivvertrieb einzuführen. Die dafür vorgesehenen Verträge, die einerseits für "konventionelle Händler", andererseits für "Internethändler" gelten sollten und als "Vertriebssystem 1.0" bezeichnet wurden, sahen verschiedene Beschränkungen beim Vertrieb über das Internet vor. Den Händlern war untersagt, einem Dritten zu erlauben, Markenzeichen von ASICS in jeglicher Form auf der Internetseite des Dritten zu verwenden, um Kunden auf die Internetseite des autorisierten ASICS-Händlers zu leiten. Der Vertrag sah ferner ein Verbot vor, die Funktionalität von Preisvergleichsmaschinen zu unterstützen. Darüber hinaus war den Händlern verboten, Vertragswaren über den Internetauftritt eines Dritten zu bewerben oder zu verkaufen, es sei denn, der Name oder das Logo der Plattform des Dritten würde nicht abgebildet.
- 2 Das Bundeskartellamt leitete im September 2011 gegen die Betroffene ein Verfahren nach § 32 GWB wegen des Verdachts des Verstoßes gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV und § 20 Abs. 1, 2 GWB aF ein. Noch vor Abschluss des Verwaltungsverfahrens gab die Betroffene die Durchführung der bisherigen Verträge auf. Sie wendet seitdem ein geändertes selektives Vertriebssystem an.
- 3 Mit Beschluss vom 26. August 2015 stellte das Bundeskartellamt nach § 32 Abs. 3 GWB fest, dass die Anwendung des "Vertriebssystems 1.0" durch die Betroffene gegenüber ihren in Deutschland ansässigen Händlern rechtswidrig war.

4 Die Beschwerde der Betroffenen hat das Beschwerdegericht zurückgewiesen (OLG Düsseldorf NZKart 2017, 316 = WuW 2017, 406). Die Rechtsbeschwerde wurde nicht zugelassen. Hiergegen wendet sich die Betroffene mit der Nichtzulassungsbeschwerde.

5 II. Die Nichtzulassungsbeschwerde hat keinen Erfolg. Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Rechtsbeschwerde nach § 74 Abs. 2, § 75 Abs. 1 GWB liegen nicht vor.

6 1. Das Beschwerdegericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen damit begründet, dass das Verbot, Preisvergleichsportale zu nutzen, gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV und § 1 GWB verstoße und nicht freigestellt sei.

7 Die betreffende Klausel im "Vertriebssystem 1.0" der Betroffenen sieht vor, dass den Einzelhändlern eine Unterstützung von Preisvergleichsmaschinen generell untersagt ist. Damit handelt es sich um ein Per-se-Verbot, das unabhängig von der Ausgestaltung der konkreten Preissuchmaschine greift.

8 Entgegen der Auffassung der Betroffenen kommt der Frage, ob ein solches generelles Verbot der Unterstützung von Preisvergleichsmaschinen eine Kernbeschränkung im Sinne von Art. 4 Buchst. c Vertikal-GVO darstellt, keine grundsätzliche Bedeutung zu.

9 Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat eine Rechtssache grundsätzliche Bedeutung, wenn sie eine entscheidungserhebliche, klärungsbedürftige und klärungsfähige Rechtsfrage aufwirft, die sich in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen stellen kann und deswegen das abstrakte Interesse der Allgemeinheit an der einheitlichen Entwicklung und Handhabung des Rechts berührt (BGH, Beschluss vom 15. Mai 2012 - KVR 34/11 Rn. 14

mwN). Grundsätzliche Bedeutung kommt einer Rechtssache überdies dann zu, wenn sie eine Rechtsfrage aufwirft, die den Bundesgerichtshof nach Art. 267 Abs. 3 AEUV zu einer Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union verpflichtete (BGH, Beschluss vom 6. März 2001 - KVZ 20/00, ZIP 2001, 807 Rn. 6 mwN). Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor.

10 a) Die Frage, ob ein Per-se-Verbot der Unterstützung von Preisvergleichsmaschinen eine Kernbeschränkung im Sinne von Artikel 4 Buchstabe c der Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 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 (Vertikal-GVO) darstellt, ist nicht klärungsbedürftig.

11 aa) Die Betroffene nimmt die Beurteilung des Beschwerdegerichts hin, das "Vertriebssystem 1.0" unterfalle dem Anwendungsbereich von Art. 101 Abs. 1 AEUV.

12 bb) Nach Art. 4 Buchst. c Vertikal-GVO gilt die Freistellung nach Art. 2 nicht für vertikale Vereinbarungen, die die Beschränkung des aktiven oder passiven Verkaufs an Endverbraucher durch auf der Einzelhandelsstufe tätige Mitglieder eines selektiven Vertriebssystems bezwecken.

13 cc) Die Frage, ob ein pauschales Verbot der Unterstützung von Preisvergleichsmaschinen die Beschränkung des passiven Verkaufs an Endverbraucher durch den Einzelhändler bezweckt, ist bislang höchstrichterlich nicht entschieden. Sie ist gleichwohl nicht klärungsbedürftig, weil ihre Beantwortung nicht zweifelhaft ist und hierzu keine unterschiedlichen Auffassungen vertreten werden.

- 14 (1) Nach Auffassung des Bundeskartellamts stellt eine Klausel, wonach es dem Einzelhändler generell, also unabhängig von der konkreten Ausgestaltung der Preisvergleichsmaschine, untersagt ist, eine solche durch Bereitstellung entsprechender Schnittstellen zu unterstützen, eine Regelung dar, die eine Beschränkung zumindest passiver Verkäufe an Endverbraucher durch die zum selektiven Vertriebssystem zugelassenen Einzelhändler bezweckt. Es handele sich damit um eine Kernbeschränkung gemäß Art. 4 Buchst. c Vertikal GVO. Das Beschwerdegericht hat sich dieser Einschätzung angeschlossen.
- 15 (2) Die Auffassung der Betroffenen, die Kommission vertrete im Abschlussbericht zur Sektoruntersuchung E-commerce (Commission Staff Working Document vom 10. Mai 2017, Com[2017]229 final) eine abweichende Ansicht, trifft nicht zu.
- 16 Die Kommission führt in ihrem Abschlussbericht zunächst aus, sie habe zu der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Beschränkungen bei der Verwendung von Preissuchmaschinen als Verstoß gegen Art. 101 AEUV anzusehen seien, bislang noch nicht Stellung genommen. Die Vertikal-Leitlinien (Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2010/C 130/01) enthielten hierzu keine konkrete Beurteilung (Rn. 542).
- 17 Nach einer Erläuterung der Unterschiede zwischen einem Online-Marktplatz und einer Preissuchmaschine (Rn. 543 bis 550) heißt es weiter, dass Beschränkungen in der Möglichkeit zur Nutzung von Preissuchmaschinen, die nicht an Qualitätskriterien anknüpfen, die effektive Nutzung des Internets als Vertriebskanal beschränkten. Danach sei ein Verbot der Nutzung solcher Instrumente ohne Anknüpfung an Qualitätskriterien eine potentielle Einschrän-

kung der Möglichkeiten, die das Internet biete, und könne auf eine Beschränkung des passiven Verkaufs nach Art. 4 Buchst. b oder c Vertikal-GVO hinauslaufen (Rn. 552). Demgegenüber könnten Beschränkungen, die auf qualitative Kriterien gestützt seien, von der Vertikal-GVO gedeckt sein (Rn. 553).

18 Diesen Ausführungen kann nicht entnommen werden, dass die Kommission ein Per-se-Verbot der Unterstützung von Preissuchmaschinen durch den Einzelhändler nicht als Kernbeschränkung im Sinne von Art. 4 Buchst. c Vertikal-GVO ansieht.

19 (3) Die Betroffene zeigt auch nicht auf, dass in Rechtsprechung oder Literatur eine andere Auffassung vertreten wird.

20 b) Die Zulassung der Rechtsbeschwerde ist auch nicht im Hinblick auf die Notwendigkeit einer Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union veranlasst.

21 aa) Der Gerichtshof hat die Frage, ob ein pauschales Verbot der Unterstützung von Preisvergleichsmaschinen in einem selektiven Vertriebssystem eine Kernbeschränkung im Sinne von Art. 4 Buchst. c Vertikal-GVO darstellt, bislang nicht entschieden.

22 Anders als die Klausel, um die es in der Entscheidung "Pierre Fabre" (EuGH, Slg. 2011, I-9447) ging, führt die hier in Rede stehende Klausel nicht dazu, dass dem Einzelhändler der Verkauf über das Internet de facto unmöglich gemacht wird, sondern beschränkt sie lediglich die Möglichkeiten, die dieser Vertriebsweg bietet. In der Entscheidung "Coty Germany GmbH" (Urteil vom 6. Dezember 2017 - C-230/16) ging es um eine Klausel, die es den autorisierten Einzelhändlern eines selektiven Vertriebssystems für Luxusartikel verbot, beim

Verkauf der Vertragswaren im Internet nach außen erkennbar nicht autorisierte Drittunternehmen einzuschalten.

23 bb) Es ist nicht zweifelhaft, dass unter den hier vorliegenden Umständen ein solches Per-se-Verbot als Beschränkung zumindest des passiven Verkaufs an Endverbraucher durch die Einzelhändler zu qualifizieren ist und damit eine Kernbeschränkung im Sinne von Art. 4 Buchst. c Vertikal-GVO darstellt.

24 (1) Durch dieses Verbot ist es den Einzelhändlern unabhängig davon, wie die jeweilige Preisvergleichsmaschine konkret ausgestaltet ist, untersagt, Preisvergleichsmaschinen durch die Bereitstellung entsprechender Schnittstellen zu unterstützen. Dies hat zur Folge, dass das Online-Angebot des Einzelhändlers über eine solche Preisvergleichsmaschine nicht aufgefunden werden kann.

25 Ein solches Verbot führt zu einer wesentlichen Beschränkung des Einzelhändlers im Online-Handel. Im Hinblick auf das große Produktangebot im Internet und die Vielzahl der dort tätigen Anbieter kommt Preissuchmaschinen eine erhebliche Bedeutung zu. Sie ermöglichen es den Internetnutzern, die sich bereits für ein konkretes Produkt entschieden haben und dieses erwerben wollen, gezielt danach zu suchen, welcher Händler es zu welchen Konditionen anbietet. Ein Einzelhändler kann danach durch ein preislich günstiges Angebot und die Verknüpfung mit einer Preissuchmaschine die Chance deutlich verbessern, dass Internetnutzer, die sich für das betreffende Produkt interessieren, sein Online-Angebot wahrnehmen.

26 (2) Das Bundeskartellamt und das Beschwerdegericht haben angenommen, dass eine solches Verbot jedenfalls dann, wenn es - wie hier - unab-

hängig von der konkreten Ausgestaltung der Preisvergleichsmaschine gelten soll, also nicht etwa an Qualitätsanforderungen anknüpft, als Kernbeschränkung im Sinne von Art. 4 Buchst. c Vertikal-GVO einzuordnen ist.

27 (3) Die Auffassung der Betroffenen, die Kommission sei in ihrem Abschlussbericht zur Sektoruntersuchung E-commerce zu einer anderen Einschätzung gelangt, trifft, wie bereits ausgeführt, nicht zu. Die Betroffene zeigt auch sonst nicht auf, dass in Rechtsprechung oder Literatur der von ihr vertretene Standpunkt geteilt wird.

28 (4) Auch aus der bereits erwähnten Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 6. Dezember 2017 (C-230/16 "Coty Germany GmbH") ergeben sich keine Zweifel an dieser Beurteilung.

29 Der Gerichtshof hat in dieser Entscheidung ausgesprochen, dass ein den Händlern in einem selektiven Vertriebssystem für Luxuswaren auferlegtes Verbot, beim Verkauf der Vertragswaren im Internet nach außen erkennbar nicht autorisierte Drittunternehmen einzuschalten, unter den dort vorliegenden Umständen keine Kernbeschränkung i.S. von Art. 4 Buchst. b oder c Vertikal-GVO darstelle. Zur Begründung hat er darauf hingewiesen, dass den Händlern nach den vertraglichen Bestimmungen unter bestimmten Bedingungen gestattet war, über das Internet auf Drittplattformen und mittels Online-Suchmaschinen Werbung zu betreiben, was es den Kunden ermögliche, mittels solcher Suchmaschinen Zugang zum Internet-Angebot der Händler zu erlangen (Rn. 67).

30 Abgesehen davon, dass das "Vertriebssystem 1.0" keine Luxuswaren betrifft, war den betroffenen Händlern nach diesem Vertrag nicht nur die Unterstützung der Funktionalität von Preissuchmaschinen verboten. Ihnen war dar-

über hinaus untersagt, einem Dritten zu gestatten, Markenzeichen von ASICS auf der Internetseite eines Dritten zu verwenden, um Kunden auf die Internetseite des Händlers zu leiten. Schließlich war es ihnen verboten, Vertragswaren über den Internetauftritt eines Dritten zu bewerben oder zu verkaufen, es sei denn, der Name oder das Logo der Plattform des Dritten würden nicht abgebildet. Bei einer solchen Kombination von Beschränkungen war - anders als in dem vom Gerichtshof der Europäischen Union zu beurteilenden Fall - nicht gewährleistet, dass die Kunden, die sich für Produkte der Betroffenen interessieren, in praktisch erheblichem Umfang Zugang zum Internet-Angebot der Vertragshändler haben.

31 2. Auch die von der Betroffenen aufgeworfene Frage nach der Reichweite der Bindungswirkung nach Art. 33 Abs. 4 Satz 1 GWB in der bis zur 9. GWB-Novelle geltenden Fassung rechtfertigt die Zulassung der Rechtsbeschwerde nicht.

32 a) Das Bundeskartellamt hat festgestellt, dass die Anwendung des "Vertriebssystems 1.0" durch die Betroffene gegenüber ihren in Deutschland ansässigen Händlern rechtswidrig war. Es hat diese Feststellung damit begründet, dass der betreffende Vertrag gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV und § 1 GWB verstoße, eine Gruppenfreistellung ausscheide, weil der Vertrag Kernbeschränkungen im Sinne von Art. 4 Buchst. c Vertikal-GVO enthalte, und die Voraussetzungen für eine Einzelfreistellung nicht erfüllt seien.

33 Kernbeschränkungen sieht das Bundeskartellamt zum einen im Verbot, einem Dritten zu erlauben, Markenzeichen von ASICS in jeglicher Form auf der Internetseite des Dritten zu verwenden, um Kunden auf die Internetseite des

autorisierten Händlers zu leiten, zum anderen in dem Per-se-Verbot der Unterstützung von Preisvergleichsmaschinen durch die Bereitstellung entsprechender Schnittstellen.

34 b) Das Beschwerdegericht hat diesen Beschluss zutreffend dahin verstanden, dass er die Anwendung des "Vertriebssystems 1.0" als solches für rechtswidrig erklärt, mithin die Bewertung, dass beide Klauseln je für sich als Kernbeschränkung im Sinne von Art. 4 Buchst. c Vertikal-GVO anzusehen sind, nur der Begründung dieser Feststellung dient.

35 Danach war das Beschwerdegericht nicht daran gehindert, die Zurückweisung der Beschwerde damit zu begründen, dass die Auffassung des Bundeskartellamts hinsichtlich des generellen Verbots der Unterstützung von Preisvergleichsmaschinen zutrefte, und die Frage, ob auch die weitere Klausel als Kernbeschränkung einzuordnen sei, offen zu lassen. Denn die Feststellung, dass die Anwendung des "Vertriebssystems 1.0" rechtswidrig war, ist bereits dann gerechtfertigt, wenn diese Vereinbarung eine Klausel enthält, die als Kernbeschränkung zu qualifizieren ist und die Voraussetzungen für eine Einzelfreistellung nicht vorliegen.

36 c) Die Frage, ob ein Vertrag, der eine Regelung enthält, die eine Kernbeschränkung i.S. von Art. 4 Buchst. c Vertikal-GVO darstellt, deshalb stets insgesamt nichtig ist oder nicht, wird unterschiedlich beurteilt (für Gesamtnichtigkeit Vertikal-Leitlinien Rn. 70; Ellger in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Auflage, Art. 4 Vertikal-VO Rn. 111 mwN; Nolte in Langen/Bunte, Europäisches Kartellrecht, 12. Auflage, nach Art. 101 AEUV Rn. 406; anders etwa Krauß in Langen/Bunte, Deutsches Kartellrecht, 12. Auflage, § 1 GWB Rn. 321

mwN.). Diese Frage stellt sich jedoch im Streitfall nicht. Sie ist gegebenenfalls in einem nachfolgenden Rechtsstreit zu beantworten.

Limperg

Meier-Beck

Raum

Sunder

Deichfuß

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 05.04.2017 - VI-Kart 13/15 (V) -