

Mitteilungen zum Deutsch-Schweizerischen Rechtsverkehr

5/2010

Herausgeber: Deutsch-Schweizerische Juristenvereinigung e.V. (DSJV), Postfach 1873, D-53008 Bonn, Tel: +49 (0)700 DSJV 1000, Fax: +49 (0)700 DSJV 2000, E-Mail: info@dsjv.de bzw. info@dsjv.ch, Internet: www.dsjv.de bzw. www.dsjv.ch.

Vorstand: RA/StB Dr. Marc P. Scheunemann LL.M. (Düsseldorf), Notar Dr. Kai Bischoff LL.M. (Köln), RA/StB Marc H. Kotyrba (Hamburg), RA Dr. Leonz Meyer LL.M. (Zürich), RA Dr. Alexander Ressos (Düsseldorf/Zürich), Avocat Dr. Bernd Ehle, LL.M. (Genève), RA Michael Schmidt (Bern).

Redaktion: RA Dr. Dirk Jestaedt, Düsseldorf / RA Dr. Berthold Schanze, LL.M., München (Zivil- und Wirtschaftsrecht), RA/StB Dr. Marc P. Scheunemann LL.M., Düsseldorf (Steuer- und Zollrecht), RAin Martina Ziffels, Hamburg (Arbeits- und Sozialrecht).

Neues zu Vertriebsvereinbarungen

Weko und EU-Kommission novellieren Regelungen zu vertikalen Absprachen

Dr. Berthold Schanze, LL.M., Rechtsanwalt bei Peters, Schönberger & Partner GbR, München

1. Einleitung

Liefer- und Vertriebsverträge müssen zu ihrer Wirksamkeit kartellrechtskonform sein, *d.h.* sie dürfen keine unzulässigen wettbewerbsbeschränkenden Abreden enthalten. Vertriebsverträge, die solche Klauseln enthalten, sind im Zweifel nichtig und damit nicht durchsetzbar.

Nicht jede wettbewerbsbeschränkende Abrede, wie *z.B.* ein Wettbewerbsverbot oder eine Exklusivvereinbarung, ist jedoch unzulässig. Um Unternehmen die Anwendbarkeit der kartellrechtlichen Regelungen zu erleichtern, hat die EU-Kommission verschiedene sogenannte Gruppenfreistellungsverordnungen ("GVO") erlassen. Wenn eine Vereinbarung die darin enthaltenen Regeln beachtet, ist sie vom Kartellverbot freigestellt, *d.h.* in jedem Fall wirksam. Für Vertriebsverträge gilt die Gruppenfreistellungsverordnung für Vertikalvereinbarungen (VO 330/2010) der EU-Kommission ("Vertikal-GVO"). Die Vertikal-

GVO wurde jüngst neu gefasst. Auch die Schweizerische Wettbewerbskommission (Weko) hat ihre Vertikalbekanntmachung überarbeitet und sie der Vertikal-GVO inhaltlich angepasst. Ziel der Weko ist, dass in der Schweiz die selben Regelungen wie in der EU zur Anwendung kommen. Die folgenden Ausführungen gelten somit analog auch für Vereinbarungen, die dem Schweizerischen Kartellgesetz unterfallen.

Der Beitrag soll die Regelungen der Vertikal-GVO, einschließlich ihrer Neuerungen, aufzeigen und deren praktische Bedeutung für Vertriebsverträge darlegen.

2. Welche Regelungen gelten für Vertriebsverträge?

Seit 1. Juni 2010 ist in der Europäischen Union die neue Vertikal-GVO in Kraft. Sie gilt für die nächsten zwölf Jahre bis zum 31. Mai 2022 und er-

setzt die „alte“ Vertikal-GVO vom 1. Januar 2000. Wichtigste Änderung ist die Einführung einer zweiten Marktanteilsschwelle (*siehe Abschnitt 4*). Zudem wurden die Bestimmungen über den Internetvertrieb präzisiert (*siehe Abschnitt 6*).

Praktisch hat die Vertikal-GVO eine enorme Bedeutung: Nahezu jeder Vertriebs- und/oder Liefervertrag enthält Wettbewerbsbeschränkungen; z.B. exklusive Belieferung, ausschließlicher Bezug, Gebietsschutz für den Händler, Wettbewerbsverbote während und nach der Vertragslaufzeit, etc.

Dabei gilt die Vertikal-GVO unmittelbar für grenzüberschreitende Sachverhalte innerhalb der EU. Kraft dynamischer Verweisung gilt sie aber auch für rein innerdeutsche Sachverhalte. Für rein die Schweiz betreffende Sachverhalte hat sie die schon erwähnte mittelbare Bedeutung: Die Weko strebt inhaltliche Kohärenz mit der EU-Regelung an. Die neue Vertikalbekanntmachung der Weko wird zum 1. August 2010 in Kraft treten.

Parallel hat die EU-Kommission auch neue „Leitlinien“ (Abl. 2010/C 130/1) veröffentlicht. Diese dienen als Auslegungshilfe für Vertikal-GVO (und Vertikalbekanntmachung), haben also eine Funktion vergleichbar mit den Richtlinien der Finanzverwaltung im Steuerrecht. Zudem vertiefen sie – oftmals anhand von Beispielfällen – wichtige Fallgruppen, die in der Vertikal-GVO nur rudimentär oder gar nicht angesprochen sind.

3. Welche Vereinbarungen sind erfasst von der Vertikal-GVO?

Grundsätzlich umfasst die Vertikal-GVO (wie ihre Vorgängerin) sämtliche Arten von Vertikalverträgen, d.h. Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die auf verschiedenen Stufen der Produktions- oder Vertriebskette tätig sind (z.B. Hersteller liefert Ware an Großhändler).

Ausgenommen von der Anwendbarkeit der Vertikal-GVO sind:

➤ **Bagatell-Vereinbarungen:** Haben beide Parteien einen Marktanteil von weniger als 15%, ist der Vertrag kartellrechtlich gemäß der „*de minimis*“-Regel unbedenklich, es sei denn, er enthält sog. Kernbeschränkungen (*siehe Abschnitt 5*). Verträge, die Kernbeschränkungen

enthalten, sind unabhängig von ihrer wirtschaftlichen Bedeutung grundsätzlich verboten.

- **Handelsvertreter:** Trägt ein Handelsvertreter kein eigenes wirtschaftliches Risiko (z.B. keine Lagerkosten, keine Haftung gegenüber Dritten, keine eigenen Marketingkosten), ist er kartellrechtlich kein eigenständiges „Unternehmen“. Kartellrechtliche Regelungen und damit die Vertikal-GVO sind nicht zu beachten.
- **Zulieferer:** Zulieferverträge, in denen der Zulieferer exklusiv für den Auftragnehmer produziert und dabei zwingend technologisches Wissen oder Equipment des Auftragnehmers nutzt („*verlängerte Werkbank*“), fallen unter eine andere Bekanntmachung der EU-Kommission.
- **KfZ-Vertrieb:** Sachlich ausgenommen und in einer eigenen (ebenfalls novellierten) GVO geregelt ist der Vertrieb und die Reparatur von Kraftfahrzeugen.
- **Geistiges Eigentum:** Die Übertragung von Gewerblichen Schutzrechten (Technologie-transfer) ist ebenfalls in einer separaten Gruppenfreistellungsverordnung geregelt. Die Vertikal-GVO erfasst lediglich Übertragungen/Lizenzierungen, die „Annex“ zu einem Vertriebsvertrag sind (z.B. die Lizenzierung einer Marke im Rahmen eines Franchisevertrags).

4. Was bedeutet die Einführung einer zweiten Marktanteilsschwelle?

Wichtig für die Praxis ist die nunmehr durch die neue Vertikal-GVO eingeführte zweite Marktanteilsschwelle.

Nach alter Rechtslage unterlag eine Vereinbarung der Vertikal-GVO nur, wenn der Marktanteil des Herstellers/Lieferanten die 30%-Schwelle nicht überschritt.

Nunmehr wird auch der Abnehmer in die Betrachtung mit einbezogen. Auf dem relevanten Markt, auf dem der Lieferant liefert und der Abnehmer kauft, dürfen beide Parteien keinen Marktanteil haben, der jeweils 30% überschreitet. Mit dieser Änderung soll die Vertragsgestaltung marktmächtiger Einzelhandelsketten stärker kontrolliert werden. Ist innerhalb einer Distributionskette eine Partei sowohl Abnehmer als auch Liefere-

rant, darf die 30%-Schwelle in keinem der beiden Märkten überschritten werden.

Überschreitet eine der Parteien auf dem jeweils relevanten Markt die 30%-Schwelle, ist die Vertikal-GVO nicht anwendbar. Die Parteien müssen dann ihre Vertriebsvereinbarung genau analysieren. In einem solchen Fall kann eine informelle Abklärung mit der EU-Kommission bzw. der nationalen Kartellbehörde hilfreich sein.

5. Was ist (weiterhin) verboten?

Entspricht ein Vertriebsvertrag der Vertikal-GVO, ist er rechtmäßig. Verstößt er gegen Bestimmungen der Vertikal-GVO, kann er – je nach Art des Verstoßes – ganz oder teilweise nichtig sein.

- Enthält der Vertrag nur eine einzige Kernbeschränkung, auch „schwarze Klausel“ genannt, entfällt die Freistellungswirkung der Vertikal-GVO für den gesamten Vertrag. Bestehen keine Anhaltspunkte, dass die Parteien den restlichen Inhalt auch ohne die nichtige Klausel gewollt hätten, ist der Vertrag grundsätzlich insgesamt nichtig.
- Andere Beschränkungen, wie bestimmte Wettbewerbsverbote zu Lasten des Vertriebshändlers, führen zur Unwirksamkeit dieses konkreten Wettbewerbsverbots.
- Grundsätzlich erlaubt sind hingegen Abreden, die den Hersteller beschränken.

Kernbeschränkungen sind:

- **Preisbindung der zweiten Hand (vertikale Preisbindung):** Kein Lieferant darf seinem Abnehmer Fest- oder Mindestpreise für den Weiterverkauf vorgeben. Zulässig sind hingegen Höchstverkaufspreise und unverbindliche Preisempfehlungen.
- **Beschränkungen des „passiven“ Verkaufs:** Der Lieferant (etwa der Hersteller) darf den „passiven“ Verkauf des Abnehmers außerhalb von dessen zugewiesenem Gebiet (grundsätzlich) nicht verbieten.
 - „Passiv“ bedeutet, dass ein Vertriebshändler etwa unaufgeforderte Bestellungen von

Kunden außerhalb des ihm zugewiesenen Gebiets erledigt oder allgemeine auch über das „eigene“ Vertriebsgebiet hinausgehende Marketingmaßnahmen durchführt.

- Im Gegensatz dazu steht die „aktive“ Ansprache von Kunden außerhalb des zugewiesenen Territoriums: Dies kann der Hersteller dem Händler verbieten, wenn der Hersteller sich dort die Belieferung selbst vorbehalten oder exklusiv einem dritten Händler zugewiesen hat.
- Nach der neuen Vertikal-GVO ist in engen Ausnahmefällen ein Verbot des „passiven“ Verkaufs für einen Zeitraum von maximal zwei Jahren zulässig, wenn etwa der Hersteller sehr hohe Anlaufinvestitionen hatte.

- Besondere Regelungen gelten in selektiven Vertriebssystemen, die im Bereich der Markenartikel verbreitet sind. Dort sind etwa Klauseln verboten, wonach den Vertriebshändlern „Querlieferungen“ innerhalb des Systems vom Hersteller untersagt werden.
- **Ersatzteile:** Verboten sind schließlich Vereinbarungen zwischen OEM's und Zulieferern, die den Zulieferern untersagen, sog. „Identteile“ (Ersatzteile, die mit Erstausrüstungsteilen identisch sind) an unabhängige Reparaturbetriebe oder Dienstleister zu vertreiben.

Sonstige verbotene Beschränkungen: Von den „Kernbeschränkungen“ zu trennen sind die „nicht freigestellten Beschränkungen“. Hierunter fallen insbesondere überlange Wettbewerbsverbote.

- Eine solche Klausel ist in jedem Fall unwirksam und kann auch nicht im Wege der geltungserhaltenden Reduktion auf ein (noch) zulässiges Maß (etwa eine angemessene Dauer) beschränkt und damit „gerettet“ werden. Ihre Unwirksamkeit berührt aber grundsätzlich die Wirksamkeit des übrigen Vertriebsvertrags nicht.
- Um Auswirkungen auf den restlichen Vertrag zu vermeiden, sollte dieser auf jeden Fall eine salvatorische Klausel enthalten. Möglich ist auch die Vereinbarung einer „Ersetzungsklausel“, die die Parteien verpflichtet, den Vertrag

so zu modifizieren, dass er kartellrechtskonform wird.

6. Was gilt für den Vertrieb über das Internet?

Die Bedeutung des E-Commerce ist seit dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der alten Vertikal-GVO im Jahre 2000 rapide gewachsen. Insoweit bestand Anpassungsbedarf. Die EU-Kommission hat sich entschieden, Fragen des Vertriebs über das Internet nicht in der Vertikal-GVO zu regeln, nimmt aber ausführlich in den Leitlinien Stellung.

- Wichtig ist zunächst, dass die EU-Kommission den Internetvertrieb als Form des „passiven“ Verkaufs qualifiziert. Damit sind Restriktionen, die ein Lieferant seinem Abnehmer für den Vertrieb über das Internet machen will, grundsätzlich als Kernbeschränkungen anzusehen und nur unter sehr engen Voraussetzungen zulässig. Der Lieferant/Hersteller kann einen zugelassenen Vertriebshändler nicht daran hindern, Produkte über das Internet zu verkaufen.
- Als Kernbeschränkung werden beim E-Commerce *u.a.* angesehen:
 - „Re-Routing“, *d.h.* ein Kunde aus einem dem Vertriebshändler nicht zugewiesenen Territorium wird auf dessen Homepage automatisch an den für diesen Kunden „zuständigen“ Händler weitergeleitet;
 - der Abbruch eines Verkaufsvorgangs, wenn die Kreditkartendaten des Kunden eine Adresse außerhalb des Territoriums des Händlers zeigen;
 - „Dual Pricing“, *d.h.* der Händler muss für Produkte, die er online weiterverkaufen will, an den Hersteller einen höheren Preis zahlen, als für Produkte, die er physisch weiterverkauft.
- Auf der anderen Seite darf ein Hersteller *z.B.* verlangen, dass ein Mitglied eines selektiven Vertriebssystems (a) Markenartikel nicht über eBay vertreibt, sondern nur über eine Homepage, die den vom Hersteller vorgegebenen Qualitätsstandards entspricht, und (b) (weiterhin) über einen physischen Verkaufspunkt verfügt.

- Hat der Händler ein Exklusivvertriebsrecht, kann der Hersteller dem Exklusivhändler verbieten, aktiv online Kunden in Gebieten anzusprechen, die ausschließlich anderen Vertriebshändlern zugewiesen sind (etwa durch gebietspezifische Banner auf der Homepage).

7. Was ist praktisch wichtig?

Übergangsphase: Die neue Vertikal-GVO gilt ab dem 1. Juni 2010. Vorgesehen ist eine Übergangsphase von einem Jahr, die es den Unternehmen erlaubt, ihre Verträge zu überprüfen und *ggf.* anzupassen. In dieser Phase sind Verträge, die zwar mit der „alten“ Vertikal-GVO vereinbar waren, nicht (mehr) aber mit der neuen Vertikal-GVO, noch vom Kartellverbot freigestellt; ab dem 1. Juni 2011 ist aber ausschließlich die neue Vertikal-GVO maßgeblich. Eine einjährige Übergangsphase – bis 31. Juli 2011 – sieht auch die Vertikalbekanntmachung der Weko vor.

Formulierung des Vertrags: Aus Sicht des Herstellers ist es wichtig, den von der Vertikal-GVO vorgegebenen Rahmen möglichst auszuschöpfen. Hier ist bei der Formulierung darauf zu achten, dass der Vertrag nicht „kippt“ (*d.h.* Nichtigkeit droht), weil er eine Kernbeschränkung enthält. In der Praxis ist es zudem regelmäßig schwierig, die genauen Marktanteile zu bestimmen. Auch aus diesem Grund ist dringend zu raten, dass auch Bagatellverträge „GVO-konform“ gestaltet werden.

Beweislast: Prozessual ist zu beachten, dass im Zivilprozess diejenige Partei die Darlegungs- und Beweislast trägt, die sich auf das Vorliegen der Voraussetzungen der Vertikal-GVO und damit auf die Freistellung vom Kartellverbot beruft.

8. Fazit

Es zeigt sich, dass bei jedem Liefer- und/oder Vertriebsvertrag genau hingeschaut werden muss. Trotz der umfassenden Leitlinien (46 Seiten „Interpretationshilfe“ der EU-Kommission) bleiben viele Zweifelsfälle.

* * * * *