

EU Kommission
Generaldirektion Wettbewerb

Via EU Survey / Have your say
Via E-Mail: COMP-VBER-REVIEW@ec.europa.eu

27. Mai 2019

Stellungnahme des GRUR Fachausschusses Kartellrecht

im Rahmen des Konsultationsverfahrens der Europäischen Kommission zur Bewertung der EU-Wettbewerbsregeln für vertikale Vereinbarungen

Die deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e. V. („GRUR“) ist eine als gemeinnützig anerkannte wissenschaftliche Vereinigung sämtlicher auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes und des Urheberrechts, einschließlich des Kartellrechts tätigen Mitglieder von Berufsgruppen und Organisationen; das sind insbesondere Hochschul-lehrer, Richter, Beamte, Rechtsanwälte, Patentanwälte sowie Vertreter von Verbänden und Unternehmen.

Der GRUR Fachausschuss für Kartellrecht setzt sich zusammen aus Kartellrechtsexperten aus der Wissenschaft, der Richterschaft und der Anwaltschaft. Sämtliche Mitglieder des Fachausschusses begrüßen das von der Europäischen Kommission eröffnete Konsultationsverfahren. Seit Inkrafttreten der Verordnung Nr. 330/2010 der Europäischen Kommission („Vertikal-GVO“) und seit Veröffentlichung ihrer Leitlinien für vertikale Beschränkungen („Vertikal-Leitlinien“) hat sich nicht nur der Vertrieb von Produkten und Dienstleistungen insbesondere durch die Digitalisierung und den zunehmenden Onlinehandel gewandelt und insofern neue Fragen aufgeworfen. Vielmehr hat auch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und die Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission sowie der nationalen

Wettbewerbsbehörden und Gerichte offene Fragen beantwortet und neue aufgeworfen. Die angestrebte Reform von Vertikal-GVO und Vertikal-Leitlinien wird daher von der GRUR sehr begrüßt.

1. Grundsätzliche Überlegungen

Insgesamt sollte die Europäische Kommission diese Reform zum Anlass nehmen, die Rechtssicherheit für die in der Europäischen Union tätigen Unternehmen zu erhöhen und die Rechtseinheit durch einheitliche Auslegung und Anwendung der EU-Wettbewerbsregeln zu fördern. Die Sektoruntersuchung E-Commerce der Europäischen Kommission hat gezeigt, dass gerade der Onlinehandel eine Vielzahl von neuen Vertriebskonstellationen und –formen begründet, die es zu bewerten gilt. Insofern sollte die Reform vor allem im Zeichen der „Modernisierung“ stehen.

Zugleich sollte vor dem Hintergrund der immer schnelleren Entwicklung gerade auch im Vertrieb von Produkten mit dem Auftreten neuer Geschäftsmodelle, Vertragskonstellationen und zwischengeschalteter Intermediäre die Möglichkeit für die Europäische Kommission geschaffen werden, flexibler auf diese Veränderungen reagieren zu können. Ein Intervall von 10 Jahren für eine Anpassung erscheint angesichts der jüngsten Erfahrungen zu lang. So könnten zumindest die Vertikal-Leitlinien in kürzeren Zeitabständen (z. B. 5 Jahre) überprüft und ggf. angepasst werden. Auch könnte die Europäische Kommission über weitere Instrumente nachdenken, flexibel auf neue Fragen zu reagieren (z. B. eine erhöhte Bereitschaft zu informellen Gesprächen bei neuen Fallkonstellationen oder die zwischenzeitliche Ausgabe von FAQs).

Im Folgenden führen wir einige Punkte auf, die aus Sicht der GRUR in jedem Fall zu einer Anpassung oder Ergänzung der Vertikal-GVO oder der Vertikal-Leitlinien führen sollten.

2. Rechtssicherheit bei der Anwendbarkeit der Vertikal-GVO („vertikale Vereinbarungen“, „dualer Vertrieb“)

Nach **Art. 2 Abs. 4 S. 1 Vertikal-GVO** ist die Freistellung von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern nach der Vertikal-GVO grundsätzlich ausgeschlossen. Die Digitalisierung des Vertriebs, die Zunahme der Komplexität der vertraglichen Beziehungen zwischen einzelnen Stakeholders innerhalb eines Vertriebssystems, die Einbindung von Intermediären, wie z. B. Online-Plattformen, haben in den letzten Jahren allerdings dazu geführt, dass es weniger klare Trennlinien zwischen den Handelsstufen gibt und der von der Vertikal-GVO vorausgesetzte

„Standardfall“ (Hersteller/(Großhändler)/Einzelhändler) nicht immer auf die tatsächlichen Beziehungen im Vertrieb passen.

- Dabei stellt sich immer umfangreicher das Problem des dualen Vertriebs. Zum einen nutzen vor allem Markenhersteller verstärkt den Online-Vertrieb auf Einzelhandelsebene, um selbst die Endverbraucher zu erreichen. Zum anderen treten Intermediäre auf, bei denen nicht immer klar ist, welches Verhältnis als „vertikales“ von der Vertikal-GVO erfasst wird. Darüber hinaus sollte die Europäische Kommission ihre Vertikal-Leitlinien auch insoweit ergänzen, als es beispielsweise um Online-Plattformen geht, die einerseits Handels- oder Werbeplattform für andere Händler sind, die andererseits aber selbst – im Wettbewerb zu den Händlern – dieselben oder substituierbare Produkte über die Online-Plattform auf eigene Rechnung vertreiben.
- In dem Zusammenhang wäre es aus Praxissicht auch wichtig, wenn die Europäische Kommission klarstellen könnte, ob im Fall eines unter die Vertikal-GVO fallenden dualen Vertriebs etwaige horizontale Auswirkungen von der Freistellung mit umfasst wären. Dies sollte aus Sicht der GRUR zumindest für solche Auswirkungen gelten, die dem zulässigen Vertikalverhältnis immanent sind, wie beispielsweise die Information an den Abnehmer über zukünftige Aktionen.
- In jedem Fall erscheint der Anwendungsbereich der Ausnahmeregelung des **Art. 2 Abs. 4 S. 2 lit. a Vertikal-GVO** zu eng. Sie sollte auch für solche Fälle greifen, in denen lediglich Handelsunternehmen in einem Vertikalverhältnis stehen, z. B. wenn ein Großhändler auch auf Einzelhandelsebene tätig ist. Bedient sich beispielsweise ein Hersteller in einem Land eines unabhängigen Importeurs, der für den Aufbau eines Einzelhandelsnetzes in dem Land zuständig ist, gilt die Ausnahmeregelung nicht, sofern der Importeur selbst auch auf Einzelhandelsebene tätig ist. Die darin liegende Diskriminierung gegenüber einem vertikal integrierten Hersteller erscheint nicht gerechtfertigt. Auch soll die Ausnahme nach Rn. 27 der Vertikal-Leitlinien nicht gelten, wenn sich ein Großhändler zur Herstellung der Waren eines Zulieferers bedient und die Waren dann unter seiner eigenen Handelsmarke vertreibt. Zumindest für diesen Fall sollte in den Vertikal-Leitlinien klargestellt werden, dass der Großhändler im Verhältnis zu seinen Abnehmern als „Hersteller“ im Sinne der Ausnahmeregelung des Art. 2 Abs. 4 S. 2 lit. a Vertikal-GVO gilt.

3. Online-Vertrieb und Kernbeschränkungen des Art. 4 Vertikal-GVO

Wie bereits allgemein ausgeführt geht die GRUR davon aus, dass die Europäische Kommission die Revision der Vertikal-GVO und der Vertikal-Leitlinien dazu nutzen wird, die in den Jahren seit Inkrafttreten beider Regelungen insbesondere in Bezug auf den Onlinevertrieb ergangenen Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs zu

berücksichtigen und zumindest in die Vertikal-Leitlinien einfließen zu lassen. Dies betrifft insbesondere die Entscheidungen *Pierre Fabre* zum Totalverbot des Internetvertriebs und *Coty* zum Online-Plattformverbot. Darüber hinaus regt die GRUR an, auch weitere Fragen des Online-Vertriebs, die teilweise ihren Niederschlag in den Entscheidungen nationaler Wettbewerbsbehörden oder Gerichte gefunden haben, wie etwa das Verbot der Nutzung von Preisvergleichsmaschinen (BGH, Beschluss v. 12.12.2017 – KVZ 41/17; NZKart 2018, 96 – Preisvergleichsmaschinenverbot II = ECLI:DE:BGH:2017:121217BKV) oder die Vereinbarung von Bestpreisklauseln zwischen Anbieter und Online-Vermittlungsplattform (vgl. zuletzt OLG Düsseldorf, Ur. v. 04.12.2017 – VI-U (Kart) 5/17, NZKart 2018, 54 – Expedia = ECLI:DE:OLGD:2017:1204.VI.U.KART5.17.00; anders zuvor OLG Düsseldorf, Beschluss v. 04.05.2016 – VI-Kart 1/16 (V), NZKart 2016, 291 – Enge Bestpreisklausel; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 09.01.2015 – VI-Kart 1/14 (V), NZKart 2015, 148 – Bestpreisklausel) in den Vertikal-Leitlinien zu beantworten.

Gerade im Bereich des Onlinevertriebs, der einen grenzüberschreitenden Bezug von Waren und Dienstleistungen ermöglicht, ist es aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtseinheitlichkeit erforderlich, das EU-Wettbewerbsrecht einheitlich anzuwenden. Daher sollte die Europäische Kommission die Gelegenheit nutzen, in ihren Vertikal-Leitlinien in stärkerem Maße Auslegungsregelungen und Anwendungsbeispiele vorzugeben. Auch wenn die Vertikal-Leitlinien letztlich nationale Gerichte und Wettbewerbsbehörden nicht binden, sind sie doch für die Rechtspraxis, einschließlich der Beratung von Unternehmen, eine wertvolle Hilfe.

a) Systematik der Kernbeschränkungen

Zunächst möchten wir aber ganz allgemein darauf hinweisen, dass die in Art. 4 Vertikal-GVO enthaltene Systematik der Kernbeschränkungen mit Ausnahmen und Rückausnahmen und teilweiser Geltung nur für spezifische Vertriebssysteme in der Praxis diverse Fragen zur Anwendung aufwirft. Unabhängig von einer inhaltlichen Änderung oder Klarstellung wäre aus Sicht der GRUR daher zu überlegen, ob Art. 4 nicht in einer Weise modifiziert werden kann, dass der letztlich zu beachtende Anwendungsbereich der jeweiligen Kernbeschränkungen klarer wird. Insoweit könnte es sich eventuell auch anbieten, die Kernbeschränkungen nach den einzelnen Vertriebssystemen (z. B. Selektivvertrieb, Exklusivvertrieb) zu differenzieren.

Zu den einzelnen Kernbeschränkungen könnte die Europäische Kommission zudem folgende Erläuterungen oder Klarstellungen in die Vertikal-Leitlinien mit aufnehmen:

b) Zu Art. 4 lit. a Vertikal-GVO

- Die wettbewerbliche Beurteilung von Bestpreisklauseln, *in concreto* bei Online-Hotelplattformen, ist in den letzten Jahren seitens der nationalen Wettbewerbsbehörden in den verschiedenen EU-Mitgliedstaaten unterschiedlich ausgefallen. Dies gilt vor allem für die sogenannten „engen Bestpreisklauseln“, bei denen der Plattformbetreiber den Anbietern vorschreibt, dass der Preis auf der anbietereigenen Website nicht niedriger sein darf als auf der Online-Plattform. Aber auch für die Bewertung „weiter Bestpreisklauseln“, wonach der Preis auf anderen Plattformen nicht niedriger sein darf als auf der Online-Plattform, stellt sich die Frage der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung. Im Hinblick auf eine möglichst EU-weite Gleichbehandlung in der Anwendung der EU-Wettbewerbsregeln regt die GRUR an, dass die Europäische Kommission ihre Auffassung zu den Bestpreisklauseln klarstellt. Dabei sollte sie zum einen die Frage beantworten, ob die Vertikal-GVO auf enge und weite Bestpreisklauseln von Online-Plattformen (als Intermediäre) gegenüber den Anbietern grundsätzlich Anwendung findet. Zum anderen sollte die Europäische Kommission klarstellen, welches die für die Beurteilung relevante Vertragsleistung ist, die Vermittlungsleistung seitens der Online-Plattform (als Anbieter) oder die über die Online-Plattform vermittelte Leistung (z. B. die Hotelbuchung), bei der der Plattformbetreiber der Vermittler und damit der „Abnehmer“ i. S. d. Vertikal-GVO wäre. Das deutsche Oberlandesgericht Düsseldorf hat sich in seiner Entscheidung *Expedia* vom 4.12.2017 (VI-U (Kart) 5/17) für Letzteres ausgesprochen, mit der Konsequenz, dass eine Bestpreisklausel keine Kernbeschränkung im Sinne des Art. 4 lit. a der Vertikal-GVO darstellt, da sie dann lediglich den Anbieter der Vertragsleistung in seiner Preissetzungsfreiheit einschränkt. Dann aber handelt es sich gerade nicht um eine Preisbindung der zweiten Hand, sondern um eine Preisbindung der ersten Hand. Diese wäre bei Marktanteilen der Parteien von unter 30% von der Vertikal-GVO freigestellt
- Unabhängig von der allgemeinen Beurteilung des Verbots von Preisbindungen der zweiten Hand sollte die Europäische Kommission die Überarbeitung der Vertikal-Leitlinien nutzen, um bestehende Rechtsanwendungsprobleme im Zusammenhang mit Art. 4 lit. a Vertikal-GVO zu klären. Dies gilt insbesondere für die rechtssichere Abgrenzung zwischen einer unbedenklichen – und im Übrigen einseitigen – Preisempfehlung und einer vereinbarten Preisbindung. So wäre es beispielsweise wünschenswert, wenn in den Vertikal-Leitlinien zukünftig Überlegungen z. B. zu der Behandlung von Gewinnspannen- und Margengarantien oder zur Planung von Sonderaktionen zwischen Hersteller und Händler enthalten wären. Dabei könnte sich die Europäische Kommission an den entsprechenden Leitlinien des deutschen Bundeskartellamts („Hinweise zum Preisbindungsverbot im Bereich des stationären Lebensmitteleinzelhandels“, 2017) und der österreichischen

Bundewettbewerbsbehörde („Standpunkt zu vertikalen Preisbindungen“, 2014) orientieren und zugleich die dortigen Divergenzen in der Beurteilung einzelner Maßnahmen auflösen.

- Im Bereich der Doppelpreisstrategie (*dual pricing*) gegenüber dem Online- und dem Offline-Vertrieb gehen die Vertikal-Leitlinien (Rn. 64) bislang von einer Kernbeschränkung aus. Diese Beurteilung soll unabhängig von dem Zweck der unterschiedlichen Preise gelten, unabhängig von der Höhe der Preisdifferenz und den unterschiedlichen Kosten des Abnehmers für Online- und Offline-Vertrieb. Die Praxis zeigt aber, dass z. B. die Kosten für den stationären Vertrieb, insbesondere für die Unterhaltung eines Ladenlokals, im allgemeinen höhere Kosten verursacht als der Online-Vertrieb. Dies gilt vor allem auch im Fall des selektiven Vertriebs, wenn in dem stationären Shop bestimmte qualitative Vorgaben einzuhalten sind. Nach Auffassung der GRUR ist eine pauschale Beurteilung einer Doppelpreisstrategie abzulehnen. Vielmehr sollte in den Vertikal-Leitlinien klargestellt werden, dass sie nicht *per se* unter die Kernbeschränkung des Art. 4 lit. a Vertikal-GVO fallen, wenn sie einen leistungsbezogenen Grund hat.

c) Zu Art. 4 lit. b und lit. c Vertikal-GVO

- Zur Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in Sachen *Coty* sollte die Europäische Kommission klarstellen, wie sie Drittplattformverbote wettbewerbsrechtlich beurteilt. Dabei wäre es wünschenswert, wenn sie dazu Stellung nimmt,
 - (i) ob Drittplattformverbote keine Kernbeschränkungen im Sinne des Art. 4 lit. b und lit. c Vertikal-GVO begründen, mit der Konsequenz, dass solche Verbote bei einer Anwendung der Vertikal-GVO, d. h. bei Marktanteilen der Parteien von maximal 30%, vom Kartellverbot freigestellt sind (vgl. Competition Policy Brief, April 2018, abrufbar unter: <http://ec.europa.eu/competition/publications/cpb/2018/kdak18001enn.pdf>, S. 4);
 - (ii) ob sich diese Bewertung nur auf Luxuswaren beschränkt oder grundsätzlich auf alle Produkte bezieht, die Gegenstand eines selektiven Vertriebssystems sind; und
 - (iii) ob Drittplattformverbote auch außerhalb selektiver Systeme nach der Vertikal-GVO freigestellt sein können, was zumindest ihrer Systematik entspräche.

In diesem Zusammenhang sollte die Kommission auch eine Klarstellung zu der sog. „Logoklausel“ (Rn. 54 letzter Satz der Vertikal-Leitlinien) vornehmen.

- Unabhängig von der Berücksichtigung der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs in Sachen *Coty* sollte die Europäische Kommission jedenfalls in Bezug auf die Anforderungen an den Begriff der Kundengruppe (Art. 4 lit. b) Klarstellungen vornehmen. Der Begriff der Kundengruppe ist in der Rechtspraxis unklar. So stellt sich etwa die Frage, ob

eine einzelne Handelsstufe eine Kundengruppe sein kann. Möglicherweise sollte in die Vertikal-GVO selbst (dort in Art. 1) oder zumindest in den Vertikal-Leitlinien (in Ergänzung zu den Regeln in den Rn. 168 ff.) eine Definition des Begriffs der Kundengruppe aufgenommen werden.

4. Selektiver Vertrieb

Die Entwicklung in den letzten Jahren hat zu einer Renaissance des Selektivvertriebs geführt. Dies ist zum einen auf die Entwicklung des Onlinevertriebs zurückzuführen, zum anderen aber auch auf die verstärkte Konkurrenz und Bedeutung von Markenwaren. Gerade auch in Bezug auf den selektiven Vertrieb gilt es, die sich aus den Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs in Sachen *Coty* oder *JaguarLandrover* ergebenden Fragen in die Vertikal-Leitlinien zu integrieren. Darüber hinaus hat sich in der Praxis aber auch gezeigt, dass einzelne Fragen im Zusammenhang mit dem selektiven Vertrieb umstritten sind bzw. uneinheitlich beantwortet werden. Auch insoweit sieht die GRUR Klarstellungsbedarf in den Vertikal-Leitlinien:

- In Bezug auf das Verhältnis von Art. 4 lit. c und lit. d zu Art. 4 lit. b scheint klar zu sein, dass erstere der allgemeinen Rückausnahme in lit. b (i) vorgehen. Tatsächlich dürfte allerdings der Wortlaut der Definition selektiver Vertriebssysteme wie auch die Ratio ihrer Freistellung es gebieten, Art. 4 lit. c und lit. d als *leges speciales* zu der gesamten Regelung über das Verbot der Beschränkung von Kundengruppen in lit. b zu verstehen. Nur so ist das Ergebnis eindeutig, dass in selektivem Vertrieb der Weiterverkauf – mit Ausnahme des Verkaufs an Endkunden und zugelassene Händler – beschränkt werden kann.
- Wichtig in der Rechtspraxis ist auch eine Klarstellung dahingehend, dass innerhalb des Gemeinsamen Marktes ein Hersteller in einem bestimmten Territorium ein selektives Vertriebssystem betreiben kann, in einem anderen Teil des gemeinsamen Marktes aber ein exklusives Vertriebssystem. Aus Art. 4 lit. c Vertikal-GVO ergibt sich allerdings ausdrücklich nur, dass ein selektives und ein exklusives Vertriebssystem nicht in demselben Gebiet parallel existieren können. Wenn aber beide Systeme in verschiedenen Gebieten des Gemeinsamen Marktes parallel bestehen können, müssen die Regelungen auch dafür sorgen bzw. so ausgelegt werden, dass beide Systeme nicht durch Lieferungen oder Rücklieferungen aus dem jeweiligen anderen Gebiet unterlaufen werden können.

So heißt es in Rn. 65 Vertikalleitlinien, dass Händlern in einem selektiven Vertriebssystem Beschränkungen auferlegt werden dürfen, wenn diese dem Schutz des in einem anderen Gebiet betriebenen exklusiven Vertriebssystems dient. Diese aus

Sicht der GRUR richtige Regelung sollte auch ihren Niederschlag in der Vertikal-GVO selbst finden. So sollte die **Rückausnahme in Art. 4 lit. b (iii) erweitert** werden. Derzeit betrifft sie lediglich Beschränkungen des Verkaufs an nicht zugelassene Händler durch die Mitglieder eines selektiven Vertriebssystems innerhalb des Gebiets dieses Systems; diese räumliche Beschränkung auf das Gebiet des selektiven Vertriebssystems sollte aufgehoben werden. Zum Schutz des selektiven Vertriebssystems ist es darüber hinaus erforderlich, dass ein Hersteller zugelassenen Händlern auch auferlegen darf, an nicht zugelassene Händler außerhalb des Selektivgebiets nicht zu vertreiben, um Rücklieferungen in das Selektivgebiet an nicht zugelassene Händler zu vermeiden.

Insgesamt sollten zugelassene Händler in Selektivsystemen vor Lieferungen von Händlern aus exklusiven Liefergebieten geschützt werden können. Dies gilt nicht nur in dem oben genannten Fall von Rücklieferungen. Es gilt insbesondere auch durch Lieferungen von Händlern aus Exklusivgebieten in das Selektivgebiet. Hier gilt es aus Sicht der GRUR in Rn. 55 der Vertikal-Leitlinien klarzustellen, dass mit dem Begriff des „Vertragshändlers“ dort auch ein Händler gemeint ist, der selbst nicht im Gebiet des selektiven Systems sitzt. Die derzeitige (deutsche) Formulierung, wonach *„ein Anbieter auf Märkten mit selektivem Vertriebssystem einem Vertragshändler aus allen Handelsstufen den Verkauf an nicht zugelassene Händler untersagen [kann], die in einem Gebiet angesiedelt sind, in dem das System betrieben wird“*, gibt ein solches Verständnis durchaus her, ist jedoch nicht eindeutig. Demgegenüber spricht beispielsweise die englische Fassung von *„appointed distributors in a selective distribution system“*, was das Verständnis des Vertragshändlers einengt. Von daher wäre es wünschenswert, wenn die Europäische Kommission in allen Sprachfassungen der Vertikal-Leitlinien eine Regelung aufnimmt, die das selektive System auch gegen Verkäufe von außerhalb des Selektivgebiets schützt.

- Klarstellen sollte die Europäische Kommission auch, wie das Unmittelbarkeitskriterium in den Rn. 175 f. der Vertikal-Leitlinien auszulegen ist, um den rein qualitativen Selektivvertrieb vom quantitativen Selektivvertrieb zu unterscheiden. Dies ist schon allein deshalb wichtig, weil nur beim rein qualitativen Selektivvertrieb der Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 1 AEUV unter Anwendung der *Metro*-Kriterien ausgeschlossen sein kann.
- Im Übrigen weist die GRUR darauf hin, dass die derzeitige Formulierung in Rn. 176 der Vertikalleitlinien missverständlich ist. Die Aussage, dass, sollte das erste *Metro*-Kriterium aufgrund der Beschaffenheit der Produkte nicht vorliegen, *„ein solches Vertriebssystem in der Regel keine effizienzsteigernde Wirkung“* hat, lässt sich nicht verifizieren. Es sollte vielmehr klargestellt werden, dass ein selektives System, das aufgrund des Nichtvorliegens der *Metro*-Kriterien in den Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 1 AEUV fällt, so

lange durch die Vertikal-GVO freigestellt ist, solange die Marktanteile der Parteien die Schwelle von 30% nicht übersteigen.

5. Handelsvertreterverträge

Hinsichtlich der Regelungen in Rn. 12 ff. der Vertikal-Leitlinien über Handelsvertreterverträge sollte die Kommission aus Sicht der GRUR ebenfalls die Gelegenheit der Reform nutzen, um einige der in der Praxis diskutierten Aspekte zu klären.

- Der Begriff der „unbedeutenden“ Risiken in Rn. 15 der Vertikal-Leitlinien ist zu präzisieren, damit Rechtsanwender besser einschätzen können, welche Kriterien für die Qualifizierung als unbedeutend herangezogen werden können. Die Frage, ob der Handelsvertreter nicht nur unbedeutende Risiken des für den Prinzipal (Anbieter) vermittelten oder abgeschlossenen Geschäfts trägt, ist entscheidend dafür, ob ein „echtes“ Handelsvertreterverhältnis vorliegt, bei dem beschränkende Vorgaben seitens des Prinzipals nicht unter das Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV fallen.
- Dabei sollten auch einige unklare Formulierungen korrigiert werden. Soweit es beispielsweise in Rn. 16 lit. f der Vertikal-Leitlinien zu den marktspezifischen Investitionen heißt, dass die damit verbundenen Kosten „*in vollem Umfang*“ übernommen werden müssen, passt dies nicht dazu, dass auch ein (echter) Handelsvertreter jedenfalls unbedeutende Risiken tragen kann, ohne seine Qualifizierung zu verlieren.
- Zudem sollte die wirtschaftliche Risikoverteilung unabhängig davon beurteilt werden, ob ein zwischenzeitlicher Eigentumserwerb seitens des Handelsvertreters vorliegt. Die Regelung in Rn. 16 der Vertikal-Leitlinien sollte zukünftig klarstellen, dass ein Eigentumserwerb des Handelsvertreters zwar ein Indiz, nicht aber eine hinreichende Bedingung dafür ist, dass nicht nur unbedeutende Risiken bei dem Handelsvertreter liegen. Jedenfalls in Konstellationen, in denen der Eigentumsübergang zwingend aus zivilrechtlichen Vorschriften folgt (z. B. in Deutschland Vermengung oder Vermischung), sollte dieser für die Einstufung als (echtes) Handelsvertreterverhältnis keine Rolle spielen. Zudem sollte die Europäische Kommission ergänzend klarstellen, dass Ausgestaltungen möglich sind, die dem Handelsvertreter die mit einem Eigentumsübergang typischerweise verbundenen Risiken vollumfänglich abnehmen oder ihm allenfalls nur unbedeutende Risiken überlassen, so dass trotz Eigentumserwerbs ein (echtes) Handelsvertreterverhältnis vorliegen kann.
- In der Praxis hat es sich für die Vertragsgestaltung als wichtig erwiesen, dass die wirtschaftlichen Risiken, die vom Handelsvertreter übernommen werden sollen, durch eine zu bestimmende „Risikodeckungsvergütung“ wirtschaftlich wieder auf den Prinzipal übertragen werden können. Dabei kann es, je nach Art und Umfang der Risiken, angemessen

sein, einen Pauschalbetrag festzulegen oder aber eine vom Umfang der vermittelten Waren oder Dienstleistungen abhängige Vergütung, z. B. in Form einer Zusatzprovision. Die Europäische Kommission sollte daher klarstellen, dass es zur hinreichenden Tragung der Risiken seitens des Prinzipals ausreicht, wenn diese Risikodeckungsvergütung *ex ante* angemessen festgelegt wird und es insoweit unerheblich ist, sollten im Nachhinein tatsächlich nicht sämtliche Risiken vollständig abgedeckt worden sein; der Handelsvertreter würde dadurch nicht sofort seine Stellung als „echter“ Handelsvertreter verlieren. Möglicherweise müsste dann in der Praxis regelmäßig eine (z. B. jährliche) Anpassung der Vergütung vorgesehen und auch umgesetzt werden.

- Ein Provisionsweitergabeverbot für einen solchen (unechten) Handelsvertreter ist nach den Rn. 49 der Vertikal-Leitlinien unzulässig. Unklar ist, ob dies auch bei einem echten Handelsvertreterverhältnis gilt; dies könnte die Europäische Kommission in den Vertikal-Richtlinien klarstellen.
- Die Formulierung in Rn. 16 lit. g der Vertikal-Leitlinien, wonach der Handelsvertreter *„keine anderen Tätigkeiten auf Verlangen des Auftraggebers auf demselben sachlich relevanten Markt wahrnehmen [darf], es sei denn, der Auftraggeber übernimmt die Kosten hierfür in vollem Umfang“*, wird in der juristischen Literatur zu Recht häufig als unklar bezeichnet. Daher gibt es in der Praxis auch immer wieder Abgrenzungsschwierigkeiten in den Fällen, in denen ein Abnehmer Handelsvertreter und zugleich Vertriebshändler ist. Dabei kann der Abnehmer Handelsvertreter für einen und Vertriebshändler für einen anderen Lieferanten sein. Möglich ist aber auch die parallele Tätigkeit als Handelsvertreter und Vertriebshändler für denselben Lieferanten. Die Europäische Kommission sollte für die Frage der Risikotragung eines Handelsvertreters hervorheben, dass diese jeweils nur in dem konkreten Handelsvertreterverhältnis zu betrachten sind.
- Auch wird aus Rn. 16 lit. g der Vertikal-Leitlinien teilweise geschlossen, dass ein Vertragspartner (schon) dann kein „echter“ Handelsvertreter mehr ist, wenn er zugleich als Vertriebshändler auf demselben sachlich relevanten Markt tätig ist. Dabei ist auch unklar, was *„andere Tätigkeiten für den Auftraggeber“* sind und ob dies z. B. auch die Tätigkeit als Vertriebshändler auf einem anderen geographisch relevanten Markt innerhalb der EU umfassen soll. Auch kann der Anbieter zwischen Teilen eines Sortiments im Vertrieb differenzieren wollen, z. B. kann der Anbieter sein Standardsortiment über Vertriebshändler auf den Markt bringen wollen, das Premiumsortiment aber im Wege der Handelsvertretung. Der Grund mag darin liegen, dass die Investition für das Premiumsegment (z. B. für Vorführware, Lagerbestand etc.) für den Abnehmer zu hoch ist, und der Anbieter deswegen die entsprechenden Risiken für das Sortiment übernimmt und dann auch den Vertrieb des Premiumsortiments (Preise, Kunden) steuern will. Dies dürfte auch dann grundsätzlich

legitim sein, wenn die beiden Sortimente nach herkömmlicher Abgrenzungspraxis zum selben sachlichen Markt gehören. Angesichts der strengen Rechtsfolgen eines Entzugs des Handelsvertreterprivilegs erscheint es erforderlich zu sein, klarzustellen, welche Konstellationen die Europäische Kommission mit den Risiken unter Rn. 16 lit. g tatsächlich erfassen will.

- In der Praxis relevant ist auch die Frage, inwieweit im Rahmen eines Handelsvertretervertrags dem Handelsvertreter ein Wettbewerbsverbot auferlegt werden kann. Hier sollte aus Sicht der GRUR eine grundsätzlich großzügige Behandlung greifen. Insofern könnte auf geltende zivilrechtliche Handelsvertreterregelungen (z. B. §§ 84 ff. HGB in Deutschland) zurückgegriffen werden und ein Wettbewerbsverbot nicht nur für fünf Jahre (vgl. Art. 5 Abs. 1 lit. a Vertikal-GVO) vereinbart werden. Vielmehr sollte die Europäische Kommission den Immanenzgedanken auch in Bezug auf Wettbewerbsverbote für die gesamte Laufzeit des Handelsvertretervertrages bejahen.

6. Nachvertragliche Wettbewerbsverbote

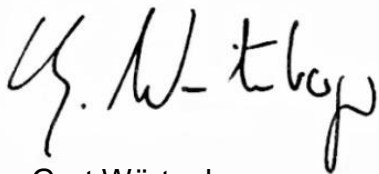
- Im Grundsatz sind nachvertragliche Herstellungs-, Bezugs- und Vertriebsverbote zulasten des Abnehmers nicht nach der Vertikal-GVO freigestellt (Art. 5 Abs. 1 lit. b). Eine Ausnahme ist lediglich dann vorgesehen, wenn die Voraussetzungen nach Art. 5 Abs. 3 lit. a-d kumulativ vorliegen. In der Praxis hat sich gezeigt, dass diese Ausnahme zu eng und letztlich nicht nutzbar ist. Dies liegt insbesondere an der Voraussetzung nach lit. b, wonach sich ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot *„auf die Räumlichkeiten und Grundstücke, von denen aus der Abnehmer während der Vertragslaufzeit seine Geschäfte betrieben hat“*, beschränken muss. Der ursprünglich beabsichtigte Schutz von Know-how und Geschäftsgeheimnissen kann aber aufgrund der räumlichen Begrenztheit des Wettbewerbsverbots nicht erreicht werden; der Abnehmer könnte unmittelbar nebenan Wettbewerb wieder aufnehmen und die Kunden an sich binden. Deshalb schlägt die GRUR vor, die Voraussetzung des lit. b gänzlich zu streichen. Alternativ müsste die Formulierung des lit. b zumindest so gefasst werden, dass sie sich räumlich auf das Tätigkeitsgebiet des Abnehmers während der Vertragslaufzeit bezieht. Dann aber sollte die Europäische Kommission auch die Frage beantworten, wie das berechtigte Interesse an einem nachvertraglichen Schutz von Know-how und Geschäftsgeheimnissen im Online-Vertrieb zu gewährleisten ist, wo es eine räumliche Begrenzung der Tätigkeit so kaum gibt.

7. Fazit

Vertikal-GVO und Vertikal-Leitlinien waren und sind wertvolle Werkzeuge, um im Bereich der vertikalen Vereinbarungen die auftretenden Wettbewerbsbeschränkungen

angemessen beurteilen zu können. Gleichwohl begrüßt die GRUR die anstehende Reform von Vertikal-GVO und Vertikal-Leitlinien. Allein die vorstehend aufgeführten Aspekte zeigen, dass es hinreichenden Bedarf gibt, einzelne sich in der Rechtspraxis ergebende Fragestellungen im Sinne der Rechtssicherheit und Rechtseinheit innerhalb der Europäischen Union seitens der Europäischen Kommission zu beantworten bzw. entsprechende Klarstellungen in den Vertikal-Leitlinien vorzunehmen. Zugleich könnte die Europäische Kommission die Gelegenheit nutzen, die Vertikal-GVO an einigen Stellen zu ergänzen bzw. – wie bei den Kernbeschränkungen – klarer zu strukturieren. In jedem Fall sollten einige klarstellende Definitionen ergänzt und Unklarheiten in den Vertikal-Leitlinien ausgeräumt werden.

* * *



Dr. Gert Würtenberger
Präsident



Stephan Freischem
Generalsekretär