

Johannes Peter Gruber, Wien

Drei Punkte, die mit der VV-GFVO 2022 verbessert werden sollten

Die aktuelle Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen 2010 (VV-GFVO 2010) gilt bis 31.05. 2022. Im Folgenden sollen drei Punkte erörtert werden, die aus rechtstechnischer Sicht in der – für 2022 zu erwartenden – neuen VV-GFVO verbessert werden sollten. Es ist noch etwas Zeit bis 2022 und vielleicht entsteht der eine oder andere Diskussionsbeitrag. Eine relativ aktuelle Entscheidung des OGH (unten Punkt III.) wäre hier ein ganz guter Ansatzpunkt.

I. Allgemeines

1. Nach Art 101 Abs 1 AEUV sind grundsätzlich alle Vereinbarungen verboten, die geeignet sind, den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Markts zu beschränken.¹ Solche wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen sind nach Art 101 Abs 3 AEUV aber ausnahmsweise zulässig, wenn – vereinfacht gesagt – die Vorteile für die Konsumenten größer sind als die Nachteile. In einer Gruppenfreistellungsverordnung ("GFVO") umschreiben der Rat oder, mit seiner Ermächtigung, die Europäische Kommission bestimmte "Gruppen von Vereinbarungen", die typischerweise die Ausnahme des Art 101 Abs 3 AEUV erfüllen.

2. Eine in der Praxis besonders wichtige GFVO ist die 2010 neu gefasste *GFVO für vertikale Vereinbarungen* (VV-GFVO 2010).² Vertikale Vereinbarungen sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen verschiedener Wirtschaftsstufen der Lieferkette ("Vertriebsverträge").³ Bei den einzelnen Wirtschaftsstufen unterscheidet man in der Regel zwischen dem Zulieferer, dem Hersteller, dem Großhändler und dem Einzelhändler; Endverbraucher gehören nicht dazu.⁴ Zur GFVO gibt es umfangreiche Leitlinien der Kommission,⁵ die zur Auslegung der VV-GFVO herangezogen werden können.⁶

3. Die Anwendung der VV-GFVO ist nur dann zu prüfen, wenn die beteiligten Parteien – Anbieter und Abnehmer⁷ – auf ihrem jeweils relevanten Markt einen Marktanteil bis 30% haben.⁸ Eine vertikale Vereinbarung, die der VV-GFVO entspricht, ist wettbe-

¹ Zum Begriff "Vereinbarung" vgl. J.P. Gruber, Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen, OZK 2010, 43 mwN.

² 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, ABI 2010 L 102, 1 (kurz: VV-GFVO 2010).

³ Art 1 Abs 1 lit a VV-GFVO 2010 (FN 2).

⁴ Leitlinien für vertikale Vereinbarungen, ABI 2010 C 130/01, 1 (kurz: VV-LL 2010), Rdn 25 lit b.

⁵ 229 Absätze.

⁶ VV-LL 2010 (FN 4).

⁷ Früher, VV-GFVO 1999: "Lieferant" und "Käufer".

⁸ Art 3 Abs 1 VV-GFVO; die Grenzen dürfen in beschränktem Umfang und für beschränkte Zeit überschritten werden, Art 7 VV-GFVO.

werksrechtlich unbedenklich. Sind die Voraussetzungen der VV-GFVO hingegen nicht erfüllt, ist im Einzelfall zu prüfen, ob nicht dennoch die Voraussetzungen des Art 101 Abs 3 AEUV erfüllt sind.⁹

II. Erster Punkt: Definitionen (Art 1 VV-GFVO)

1. Die VV-GFVO ist selbst für einen Juristen sprachlich schwer zu verstehen. In der Regel kann man nur mit Hilfe von Kommentaren feststellen, was überhaupt gemeint ist. Ob das daran liegt, dass (zu) viele Personen mitreden dürfen oder ob dafür einfach nur unzureichende Übersetzungen verantwortlich sind, bleibt offen. An diesem Ergebnis wird sich wahrscheinlich auch in der nächsten VV-GFVO nichts Wesentliches ändern.

2. Aus rechtstechnischer Sicht wäre zumindest eine kleine Verbesserung sehr leicht möglich: In der aktuellen Fassung werden Begriffe, die in der Verordnung nur einmal (oder nur in einem Artikel) vorkommen, nicht ebendort, sondern – aus dem Zusammenhang gerissen – in Art 1 VV-GFVO definiert. Das gilt für die Begriffe: "vertikale Beschränkung" (Art 2 VV-GFVO), "Wettbewerber" (Art 2 VV-GFVO), "Wettbewerbsverbot" (Art 5 VV-GFVO), "Rechte des geistigen Eigentums" (Art 2 VV-GFVO), "Know-how" (Art 5 VV-GFVO), "Kunde des Abnehmers" (Art 4 VV-GFVO). Wenn man alle Begriffe des Art 1 nicht auswendig kann, muss man in den folgenden Artikeln mehr oder weniger bei jedem Begriff prüfen, ob es dafür eine besondere Definition in Art 1 VV-GFVO gibt.

3. Das ist sehr mühsam. Zumindest für den, der nicht regelmäßig mit der VV-GFVO zu tun hat. Es wäre weit übersichtlicher und sehr leicht zu bewerkstelligen, die Begriffsdefinitionen in den betreffenden Artikel zu verschieben. Wenn man das nicht will, könnte man zumindest bei den betreffenden Begriffen auf die Definitionen in Art 1 VV-GFVO hinweisen, zB: "[...] Wettbewerbsverbote (vgl Art 1 Abs 1 lit d) [...]". Diese Vorschläge mögen banal erscheinen, sind aber aus meiner Sicht eine sehr einfache Möglichkeit, der VO mehr Struktur zu geben und würden sicher vielen – nicht auf Wettbewerbsrecht spezialisierten – Juristen das Arbeiten mit VO erleichtern.

4. Wirklich wichtige Verbesserungen – wie die Folgenden – werden sich ohnehin kaum durchsetzen lassen, mögen sie auch noch so notwendig sein.

III. Zweiter Punkt: Gebietsbeschränkungen (Art 4 VV-GFVO)

1. Die praktisch wichtigste Bestimmung der VV-GFVO ist Art 4 lit b Z i VV-GFVO: Der Anbieter (Hersteller, Großhändler) hat die Möglichkeit, jedem seiner Abnehmer (Großhändler, Einzelhändler) eine bestimmte Kundengruppe zuzuteilen, für die dieser dann

⁹ VV-LL 2010 (FN 4), Rdn 23 Satz 6.

ausschließlich zuständig ist. In der Praxis handelt es sich bei der "Kundengruppe" meist um die Kunden eines bestimmten geografischen Gebiets;¹⁰ der Hersteller kann so zB jeweils einen (Groß-) Händler für einen Mitgliedstaat der EU, eine bestimmte Region oder eine bestimmte Stadt festlegen.¹¹ Im Folgenden wird daher der Einfachheit halber der Begriff "Gebiet" verwendet. Es sind aber auch andere Aufteilungen, wie zB eine Aufteilung nach bestimmten Branchen oder sonstigen Tätigkeitsbereichen, denkbar.¹²

2. In der ursprünglichen Fassung der VV-GFVO, konnte der Anbieter (damals: "Lieferant") den "aktiven Verkauf"¹³ des Abnehmers (damals: "Käufer") ohne weitere Voraussetzungen auf ein bestimmtes "Vertragsgebiet" beschränken und ihm den aktiven Verkauf in alle anderen Gebiete verbieten.¹⁴ Das hat sich mit der VV-GFVO 1999 geändert.¹⁵ Der Anbieter darf dem Abnehmer seither nur mehr den aktiven Verkauf in Gebiete verbieten, die "*der Anbieter sich selbst vorbehalten oder ausschließlich einem anderen Abnehmer zugewiesen hat*".¹⁶ Alle verbleibenden Gebiete ("weiße Flecken") darf jeder Abnehmer jetzt – zusätzlich zu "seinem" Gebiet – ungehindert beliefern.

3. Diese neue Regelung wurde erst relativ spät in den Text der VV-GFVO aufgenommen¹⁷ und bildet den wesentlichsten Unterschied zur vorangegangenen Rechtslage.¹⁸ Sie hat zu zahlreichen Meinungsverschiedenheiten geführt und ist nach fast zwanzig Jahren ungelöst.

¹⁰ Art 4 lit b Z i der VV-GFVO (FN 2).

¹¹ Aber auch zB Regionen, Kreise, Städte, Stadtteile etc, Klotz in *Schröter / Jakob / Mederer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. (2014), Artikel 81 – Fallgruppen, Liefer- und Bezugsvereinbarungen, Rdn 779; vgl auch *Nolte in Langen / Bunte*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht II, 13. Aufl. (2018), Fallgruppen, Vertikale Kooperationsformen, Rdn 506; *Baron in Loewenheim / Meessen / Riesenkampff*, Kartellrecht, 3. Aufl. (2016), Vert-GVO, Rdn 286; *Ellger in Immenga / Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. (2016), Vertikal-VO, Rdn 505; *Bechtold / Bosch / Brinker*, EG-Kartellrecht, 3. Aufl. (2014), VO 330/2010, Art 4, Rdn 12; *Jestaedt / Zöttl in Bornkamm / Montag / Säcker*, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht (Münchener Kommentar), 2. Aufl. (2014), Art 4 GVO 330/2010, Rdn 62; *Schultze / Pautke / Wagener*, Vertikal-GVO, 3. Aufl. (2011), Rdn 639.

¹² ZB *Schultze / Pautke / Wagener* (FN 11), Rdn 639.

¹³ "Aktiver" und "passiver" Verkauf sind spezielle Begriffe der VV-GFVO, die in den VV-LL näher erläutert werden, vgl VV-LL (FN 4), Rdn 51.

¹⁴ Art 2 Abs 2 lit c Verordnung (EWG) Nr. 1983/83 der Kommission vom 22. Juni 1983 über die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Alleinvertriebsvereinbarungen (kurz: Alleinvertriebs-GFVO 1983), ABI L 173, 1.

¹⁵ *Bauer / de Bronett*, Die EU-Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, 1. Aufl. (2001) Rdn 90.

¹⁶ Art 4 lit b Z i VV-GFVO 2010; VV-LL 2010 (FN 4), Rdn 52 Satz 2; vgl ausführlich *J.P. Gruber*, Kunden- und Gebietsbeschränkungen in Vertriebsverträgen, ÖZK 2011, 132; ferner *J.P. Gruber*, Die neue Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen, RdW 2010/ 421, 379.

¹⁷ *Nolte* (FN 11) Rdn 510; *Bauer / de Bronett* (FN 14) Rdn 114; Sie war weder in der Mitteilung 1998 (Mitteilung der Kommission über die Anwendung der EG- Wettbewerbsregeln auf vertikale Beschränkungen - Vertikale Beschränkungen des Wettbewerbs: Konkrete Vorschläge im Anschluss an das Grünbuch, ABI 1998 C 365, 3) noch im Entwurf 1999 (Mitteilung nach Artikel 5 der Verordnung Nr. 19/65/EWG des Rates vom 2. März 1965 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, ABI 1999 C 270, 7) enthalten.

¹⁸ *Schultze / Pautke / Wagener* (FN 11) Rdn 628 ("Das Dramatische an dieser Regelung bei Inkrafttreten im Jahre 2000 war, dass sie das bis zur Vertikal-GVO für Alleinvertriebsverträge geltende Recht auf den Kopf stellte."); *Bauer / de Bronett* (FN 14) Rdn 114; *Semler / Bauer*, Die neue EU-

- a. Unbestritten ist, dass sich der Anbieter jede (beliebige) Kundengruppe vorbehalten kann, wenn er sie bei Vertragsabschluss bereits tatsächlich beliefert.¹⁹ Einigkeit besteht auch insoweit, als dass das bloße Vereinbaren eines Generalvorbehalts (also zB der Vorbehalt "aller übrigen Länder") nicht ausreicht.²⁰ Würde ein solcher Generalvorbehalt genügen, würde dadurch die durch die VV-GFVO 1999 geänderte Rechtslage obsolet werden und es würde die frühere Rechtslage gelten.²¹ Offen ist daher, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, wenn zwar ein Vorbehalt vereinbart ist, der Anbieter die betreffende Kundengruppe aber tatsächlich (noch) nicht beliefert.

- b. Diese Regelung sollte nach Auffassung der Kommission – wie *Bauer / de Bronett* berichten – dazu "dienen, den Aufbau von Vertriebssystemen zu ermöglichen".²² Wie dem Anbieter durch eine Einschränkung seiner Vertragsfreiheit beim Aufbau eines Vertriebssystems geholfen werden soll, ist aber eigentlich nicht erklärbar.²³ Text und Bedeutung dieser Voraussetzung sind unklar.²⁴ Meines Erachtens kann die Regelung nur den Sinn haben, die Versorgung der betroffenen Kundengruppen (Gebiete) mit den Produkten des Abnehmers über kurz oder lang (zu angemessenen Preisen) sicherzustellen und damit die Integration des Gemeinsamen Markts zu fördern. Wenn eine Kundengruppe nicht binnen "angemessener Zeit" vom Anbieter selbst oder von einem von ihm dazu eingesetzten Abnehmer²⁵ beliefert wird, soll die Belieferung durch alle anderen Abnehmer zumindest möglich sein.²⁶

Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen – Folgen für die Rechtspraxis, DB 2000, 193, 198.

¹⁹ *Nolte* (FN 11) Rdn 509.

²⁰ *Nolte* (FN 11) Rdn 511; *Baron* (FN 11) Rdn 288; *Ellger* (FN 11) Rdn 59; *Bauer / de Bronett* (FN 14) Rdn 115; *Semler / Bauer* (FN 17) 198.

²¹ *Nolte* (FN 11) Rdn 511 f und *Schultze / Pautke / Wager* (FN 11) Rdn 651 empfehlen, dass der Anbieter die vorbehaltenen und zugewiesenen Kundengruppen in einer Anlage zum Vertriebsvertrag auflistet und sich einseitige Änderungen dieser Kundengruppen vorbehält. *Nolte* (FN 11) Rdn 591 weist darauf hin, dass ein zugewiesenes Gebiet beim Wegfall des betreffenden Abnehmers "frei" für alle Abnehmer wird; es könne aber im Vertriebsvertrag vereinbart werden, dass solche Kundengruppen als dem Anbieter vorbehalten gelten; vgl dazu auch die von *Bauer / de Bronett* (FN 14) Rdn 111 empfohlene Vertragsbestimmung.

²² *Bauer / de Bronett* (FN 14) Rdn 114, die sich dazu auf "Informationen aus Kommissionkreisen" berufen; diesen folgend *Nolte* (FN 11) Rdn 510.

²³ Die Errichtung eines Vertriebssystems für den Anbieter ist jetzt insoweit schwieriger, als er – zumindest theoretisch – genauer planen muss. Er muss sich ernsthaft überlegen, welche Kundengruppen (Gebiete) er in Zukunft selbst (oder durch einen Händler) beliefern will. Er kann nicht mehr bestimmte Kundengruppen (Gebiete) bestimmten Händlern zuteilen und sich generell den "Rest der Welt" vorbehalten (egal ob er ihn beliefern will oder nicht).

²⁴ *Bauer / de Bronett* (FN 14) Rdn 114.

²⁵ Der Anbieter muss Kundengruppen, die er sich vorbehalten hat, nicht selbst beliefern, sondern kann sie auch einem anderen Abnehmer "zuweisen", *Nolte* (FN 11) Rdn 510 und *Bauer / de Bronett* (FN 14) Rdn 116 begründen das mit dem von ihnen angenommen Regelungszweck ("Ermöglichung des Aufbaus von Vertriebssystemen"), aber auch mit dem von mir angenommenen Regelungszweck ("ausreichende Versorgung der Verbraucher") kommt man zum selben Ergebnis.

²⁶ Die Regelung kann nicht – wie *Schultze / Pautke / Wager* (FN 11) Rdn 649 meinen – dem Schutz des Abnehmers dienen, weil kein Grund besteht, den Abnehmer besonders zu schützen, solange der Anbieter keine marktbeherrschende Stellung hat.

- c. Aus der GFVO und den VV-LL 2010 ergibt sich nicht, für wie lange der Anbieter einen Vorbehalt vereinbaren kann. Man ist sich einig, dass der Anbieter die betreffende Kundengruppe nicht bereits beim Vertragsabschluss mit dem Abnehmer beliefern muss.²⁷ Nach *Baron* muss der Anbieter eine Kundengruppe "tatsächlich beliefern" oder die Belieferung der Kundengruppe "ernsthaft anstreben".²⁸ *Schultze / Pautke / Wagener* befürworten eine "zumindest mittelfristige Strategie", die eine "Vorlaufzeit" von sechs Monaten bis zu zwei Jahren zulasse.²⁹ *Bauer / de Bronett* verlangen eine "konkrete und nachweisbare Absicht", die Belieferung in "absehbarer Zeit" aufzunehmen.³⁰ In eine andere Richtung tendiert nur *Ellger*, dem bereits reicht, dass eine Belieferung "in absehbarer Zeit [...] nicht ausgeschlossen ist".³¹
- d. Meines Erachtens ist ein "ernsthaftes Anstreben" oder eine "mittelfristige Strategie" weder erforderlich noch ausreichend. Ausschlaggebend muss der Schutzzweck der Norm sein:³² Wird die Kundengruppe innerhalb der Europäischen Union nicht binnen angemessener Zeit tatsächlich beliefert, dann soll dort freier Wettbewerb herrschen. Welche Zeit "angemessen" ist, ist im Einzelfall zu entscheiden. Die Angemessenheit wird insbesondere von der Art und dem Entwicklungsstand des Produkts, von den technischen und wirtschaftlichen Möglichkeiten und der Marktstellung der beteiligten Unternehmen und von der Marktstruktur abhängen.³³ Je mehr sich eine spürbare Unterversorgung der Kundengruppe durch mangelnden Wettbewerb zeigt, desto weniger wird ein Vorbehalt des Anbieters gerechtfertigt sein.
4. Ich kann mir nicht vorstellen, dass ein derart kompliziertes Konzept in der Praxis durchsetzbar ist. Mit der Regelung über "Vorbehalt" und "ausschließliche Zuweisung" wird eines der Hauptziele der GFVO, mehr Rechtssicherheit zu schaffen, in Frage gestellt. Das bestätigen indirekt auch die neuen VV-LL 2010, die trotz zahlreicher Bitten im Rahmen der öffentlichen Konsultation der Kommission³⁴ keine weiterführenden Angaben enthalten. Man gewinnt den Eindruck, dass selbst die Kommission ratlos ist. Es

²⁷ *Nolte* (FN 11) Rdn 510; *Baron* (FN 11) Rdn 288; *Schultze / Pautke / Wagener* (FN 11) Rdn 647; *Ellger* (FN 11) Rdn 60; *Bauer / de Bronett* (FN 14) Rdn 115.

²⁸ *Baron* (FN 11) Rdn 288.

²⁹ *Schultze / Pautke / Wagener* (FN 11) Rdn 650.

³⁰ *Bauer / de Bronett* (FN 14) Rdn 9.

³¹ *Ellger* (FN 11) Rdn 60.

³² Versorgung der Verbraucher, Marktintegration innerhalb der Europäischen Union, vgl. oben III.A.2.c.

³³ Bringt zB der Anbieter ein neues Produkt auf den Markt, dessen Massenproduktion hohe Investitionen des Anbieters erfordert, dann wird man ihm ausreichend Zeit geben müssen, das Produkt auf einem kleinen Markt zu erproben. Eine "Vorlaufzeit" von sechs Monaten bis zu zwei Jahren – wie sie *Schultze / Pautke / Wagener* (FN 11) Rdn 647 vorschlagen – könnte in solchen Fällen nicht ausreichend sein. Ein mittelgroßer Landwirt, der einen bestimmten Wein anbaut, wird weniger Zeit haben, wenn die Lebensmittelketten seinen Wein bereits in ganz Europa vertreiben könnten und das für ihn keine wesentlichen wirtschaftlichen Nachteile hätte.

³⁴ Kritisch auch die Stellungnahmen im Rahmen der öffentlichen Konsultationen der Kommission (FN 39), zB die Stellungnahmen der Rechtsanwaltskanzleien *Baker & McKenzie*, *CMS*, *Clifford Chance*, *Cuatrecasas / Gonçalves Pereira*, *Eversheds*, *Freshfields Bruckhaus Deringer*, *Herbert Smith / Gleiss Lutz / Stibbe*, *Van Bael & Bellis*.

spricht daher einiges dafür, zur Rechtslage vor 1999 zurückzukehren³⁵ oder zumindest eine einfachere und verständlichere Regelung zu finden. Die Kommission und die nationalen Wettbewerbsbehörden haben ohnehin genug Möglichkeiten, im Einzelfall korrigierend einzugreifen.³⁶ Hinzu kommt, dass der markeninterne Wettbewerb in der EU ohnehin bereits überdimensional gefördert wird und dass das Internet in den letzten Jahren einen erheblichen Beitrag zur Verbesserung dieser Form des Wettbewerbs geleistet hat.

IV. Dritter Punkt: Verträge für unbestimmte Dauer (Art 5 VV-GFVO)

1. Die Freistellung der VV-GFVO gilt nicht für vertikale Vereinbarungen, die "Wettbewerbsverbote" enthalten und die "für eine unbestimmte Dauer oder für eine Dauer von mehr als fünf Jahren vereinbart werden".³⁷ Wettbewerbsverbote, deren Dauer sich über den Zeitraum von fünf Jahren hinaus stillschweigend verlängert, gelten als für eine unbestimmte Dauer vereinbart.³⁸

- a. Mit dem Begriff "Wettbewerbsverbot" können sehr unterschiedliche Vereinbarungen gemeint sein. Ein Wettbewerbsverbot iSd VV-GFVO ist die Verpflichtung des Abnehmers, keine Waren oder Dienstleistungen zu vertreiben, die mit den Waren oder Dienstleistungen des Anbieters im Wettbewerb stehen. Kein Wettbewerbsverbot iSd VV-GFVO liegt hingegen vor, wenn der Abnehmer nur 80% (oder weniger) seines Gesamtbezugs mit Waren oder Dienstleistungen des Anbieters decken muss und 20% (oder mehr) davon für Waren und Dienstleistungen konkurrierender Unternehmen frei bleiben.
- b. Nach der VV-GFVO dürfen vertikale Vereinbarungen mit einem Wettbewerbsverbot nur für höchstens fünf Jahre abgeschlossen werden. Es muss sich dabei um ein Wettbewerbsverbot iSd der VV-GFVO handeln. Das bedeutet: Wenn 20% des Gesamtbezugs für Konkurrenzprodukte frei bleiben, dann gibt es keine zeitliche Beschränkung.³⁹ Diese Regelung gilt nur im Geltungsbereich der VV-GFVO (Stichwort: nicht mehr als 30% Marktanteil). Im *De-minimis*-Bereich (beide haben

³⁵ Es ist – wie *Schultze / Pautke / Wagener* (FN 11) Rdn 629 zutreffend meinen – schwer einzusehen, dass heute falsch sein soll, was gestern (Anm: mehr als 30 Jahre) noch richtig war.

³⁶ Entzug des Rechtsvorteils der GFVO in Einzelfällen", Art 29 VO 1/2003 (FN 26); Nichtanwendung der GFVO, Art 6 VV-GFVO 2010 (FN 7).

³⁷ Art 5 Abs 1 lit a VV-GFVO 2010; VV-LL (FN 4), Rdn 66-67; vgl dazu ausführlich *J.P. Gruber*, Wettbewerbsverbote nach Art 5 Abs 1 lit a VV-GFVO 2010, ÖZW 2011, 108; ferner *J.P. Gruber*, Die neue Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen, RdW 2010/421, 379.

³⁸ Art 5 Abs 1 letzter Absatz VV-GFVO 2010.

³⁹ ZB *Klotz* in *Schröter / Jakob / Mederer*, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. (2014), Artikel 101 AEUV, V. Fallgruppen, 4. Liefer- und Bezugsvereinbarungen, Rdn 805.

nicht mehr als 15% Marktanteil) sind solche Wettbewerbsverbote uneingeschränkt zulässig.⁴⁰

2. Vollkommen unverständlich ist, warum Verträge auf unbestimmte Dauer und Verträge für eine Dauer von mehr als fünf Jahren generell – und unabhängig von allfälligen Kündigungsmöglichkeiten – von der Freistellung ausgeschlossen sind. Die Grenze von fünf Jahren hat offensichtlich den Sinn, dem Anbieter und dem Abnehmer nach Ablauf der fünf Jahre zu ermöglichen, sich neu zu entscheiden und sich einen anderen Anbieter oder Abnehmer zu suchen. Mit anderen Worten: Es soll ein gewisser Mindestwettbewerb gesichert werden.
3. Dieses Ziel wird nicht nur erreicht, sondern sogar übertroffen, wenn Anbieter und Abnehmer die vertikale Vereinbarung jederzeit – sofort oder unter Einhaltung einer (wettbewerbsrechtlich) angemessenen Frist – kündigen kann. Es ist daher nicht einzu- sehen, warum ein Vertrag mit einer derartigen Kündigungsregelung nicht freigestellt sein soll.
- a. Das hat der OGH bereits zutreffend im Jahr 2013 bestätigt (wenn auch im Zu- sammenhang mit dem behaupteten Missbrauch einer marktbeherrschenden Stel- lung): Ausschließlichkeitsvereinbarungen, die kurzfristig und ohne Einschränkung kündbar sind (hier: einmonatige Kündigungsfrist zum Monatsletzten, keine nach- vertraglichen Konkurrenzklauseln), sind nicht geeignet, den Wechsel (hier: eines Taxibetreibers) zu einem Wettbewerber unmöglich zu machen oder zu erschwe- ren. Der Markt wird nicht abgeschottet.⁴¹ Der OGH "vermag" sich "einer die Bedeu- tung von Laufzeit und Kündigungsfrist für die Abschottungswirkung von Bezugs- bindungen zu sehr einschränkenden Ansicht [...] nicht anzuschließen."⁴²
- b. Eine Begründung für die Einschränkung der GFVO gibt es weder in den Erwä- gungsgründen der aktuellen GFVO und ihren Vorgängerregelungen noch in den jeweiligen VV-LL.⁴³ Sie war bereits in der Alleinbezugs-GFVO enthalten.⁴⁴ *Wiede- mann* meint, die Kommission sei fälschlicherweise davon ausgegangen, dass

⁴⁰ Punkt 8.b. der Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die im Sinne des Arti- kels 101 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union den Wettbewerb nicht spürbar beschränken (*De-minimis*-Bekanntmachung), ABl 2014 C 291, 1.

⁴¹ Die Antragstellerin hat nicht dargetan, dass die Antragsgegnerinnen in der Lage wären, Vertragspartner von der Kündigung abzuhalten. Eine beträchtliche Anzahl von Taxis ist darüber hinaus nicht gebunden. Die Exklusivitätsvereinbarung erfasst auch nur einzelne Taxis; Unternehmer mit mehreren Taxis sind da- mit nicht notwendigerweise mit ihrem gesamten Fuhrpark gebunden. OGH 27. 6. 2013, 16 Ok 7/12 – *Taxi- App*.

⁴² OGH 27.06.2013, 16 Ok 7/12 – *Taxi-App* uVa EuG 23.10.2003, T-5/98 – *Van den Bergh Foods / Kom- mission*, Rdn 105; EuG 01.04.1993, T-65/89 – *BPB Industries and British Gypsum / Kommission*, Rdn 73; Mitteilung der Kommission – Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unterneh- men, ABl 2009 C 45, 7, Rdn 36.

⁴³ Und zwar weder in den VV-LL 2010 (FN 4) noch in den VV-LL 2000 (FN 16).

⁴⁴ Art 3 lit d Alleinbezugs-GFVO (FN 46) "Artikel 1 ist nicht anwendbar, wenn [...] d) die Vereinbarung für einen unbestimmten oder für einen Zeitraum von mehr als fünf Jahren geschlossen wird."

"Verträge auf unbestimmte Zeit" nicht ordentlich gekündigt werden könnten und die Parteien "für immer" binden würden.⁴⁵ Das könnte nach wie vor zutreffen, weil die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung nicht erwähnt wird.⁴⁶ Wiedemann geht zu Recht davon aus, dass die aktuelle Regelung – wenn man sie wörtlich versteht – kontraproduktiv ist: Die Anbieter würden gerade dazu gedrängt werden, die Frist von fünf Jahren auszuschöpfen. Dies, obwohl sie unter anderen Umständen möglicherweise Verträge auf unbestimmte Zeit vereinbart hätten und diese Verträge (wegen der Möglichkeit zur vorzeitigen ordentlichen Kündigung die Abnehmer) weit weniger gebunden hätten.⁴⁷ Die hA, dass die Parteien zur "Neuentcheidung bzw. Neuverhandlung über die Vertragsverlängerung"⁴⁸ gezwungen werden sollen, überzeugt (mich) nicht.⁴⁹

- c. Wettbewerbsverbote, deren Dauer sich über den Zeitraum von fünf Jahren hinaus stillschweigend ("automatisch") verlängert, gelten als für eine unbestimmte Dauer vereinbart.⁵⁰ Die Parteien vereinbaren dabei, dass sich eine zunächst auf bestimmte Zeit abgeschlossene Vereinbarung um einen bestimmten Zeitraum (zB ein Jahr) "automatisch" verlängert,⁵¹ wenn sie nicht von einer Partei vor ihrem ursprünglichen Ablauf gekündigt wird.⁵² Solche Vereinbarungen werden zutreffend als "auf unbestimmte Zeit" abgeschlossen angesehen. Die im Grund gleiche Parteienabsicht wird hier nur anders formuliert: Es macht keinen Unterschied, ob ein Vertrag "auf unbestimmte Zeit abgeschlossen" wird oder er sich immer wieder "automatisch verlängert"; in beiden Fällen ist für die Beendigung eine Kündigung notwendig. Es besteht nicht nur "in der Praxis",⁵³ sondern auch rechtstheoretisch kein Unterschied.

4. Meines Erachtens ist offensichtlich, dass diese Beschränkung des Art 5 VV-GFVO auf einem Irrtum beruht. Das ist so offensichtlich, dass ich mir eigentlich kein sachli-

⁴⁵ Wiedemann, (FN 161) GVO 1984/83 Art 3 Rdn 14.

⁴⁶ Wie schon in Art 5 lit a VV-GFVO 1999 (FN 1) und in Art 3 lit d Alleinbezugs-GFVO (FN 46).

⁴⁷ Wiedemann (FN 161) GVO 1984/83 Art 3 Rdn 14.

⁴⁸ Schultze / Pautke / Wagener (FN 11) Rdn 859.

⁴⁹ Insoweit würde Art 5 VV-GFVO 2010 (FN 1) nicht dem Art 101 AEUV entsprechen, der ja nur ein Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen enthält, aber die Unternehmen nicht zu einem bestimmten aktiven Verhalten zwingt.

⁵⁰ Vgl auch VV-LL 2010 (FN 4), Rdn 66 Sätze 5 und 6. Diese bereits in der Bekanntmachung 1984, ABI 1984 C 101, 2 enthaltene Regel war im Entwurf 1999, ABI 1999 C 270, 7, noch nicht enthalten.

⁵¹ Die Bedingung, dass sich die Vereinbarung nur dann ausdrücklich verlängert, "wenn sie nicht vorher von einer Partei gekündigt wird", steht nicht ausdrücklich in Art 5 Abs 1 lit a VV-GFVO 2010 (FN 1); vgl aber EuG 08.06.1995 T-7/93 – *Langnese-Iglo / Kommission*, Rdn 137, allgemein bestätigt durch EuGH 01.10.1998 C-279/95 – *Langnese-Iglo / Kommission*; auch Schultze / Pautke / Wagener (FN 11) Rdn 858 ("Evergreen-Klauseln") erwähnen diese Bedingung nicht. Das gilt natürlich umso mehr, wenn er sich auf unbestimmte Zeit verlängert.

⁵² Beispiel: "Der Vertrag wird für fünf Jahre abgeschlossen. Er verlängert sich jeweils stillschweigend um ein weiteres Jahr wenn er nicht von einer Partei jeweils zum Jahresende unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von drei Monaten gekündigt wird."

⁵³ Das hat der EuGH ausdrücklich bestätigt, EuG 08.06.1995 T-7/93 – *Langnese-Iglo*, Rdn 137 f, insgesamt bestätigt durch EuGH 01.10.1998 C-279/95 P – *Langnese-Iglo*.

ches begründbares Gegenargument vorstellen kann. Es wäre nach mehr als 20 Jahren an der Zeit, diesen Irrtum in der VV-GFVO 2022 zu beseitigen.

V. Zusammenfassung

Die aktuelle Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen (VV-GFVO) gilt bis 31.05.2022. Für die darauffolgende VV-GFVO würde ich mir wünschen, dass folgende Themen überlegt und diskutiert werden:

1. Art 1 VV-GFVO. Die sprachliche Fassung und Struktur der aktuellen GFVO ist sicher weniger wichtig und hat vermutlich auch kaum Aussicht auf Erfolg. Da es zur aktuellen Fassung bereits umfangreiche Literatur gibt, würde eine größere sprachliche Neufassung die Rechtssicherheit beeinträchtigen. Die hier vorgeschlagenen (kleineren) Änderungen in der Struktur sollten aber sprachlich unbedenklich sein und das Arbeiten mit der – schwer verständlichen – VV-GFVO zumindest ein wenig erleichtern.
2. Art 4 VV-GFVO. Seit nunmehr fast zwanzig Jahren ist völlig unklar, was mit den "sich selbst vorbehaltenen" und "ausschließlich einem anderen Abnehmer zugewiesenen" Kundengruppen (Gebieten) gemeint ist.
 - a. In der Praxis muss hier das reinste vertragliche Chaos bestehen. Vermutlich gibt es ein Kaleidoskop an unterschiedlichen Vertragsklauseln. In Österreich und Deutschland gibt es dazu keine Rechtsprechung. Offensichtlich hat sich – in zwanzig Jahren – niemand um die bestehenden Verträge gekümmert.
 - b. Man sollte zur einfachen und klaren Regelung der VO 1983/83 zurückkehren oder sich zumindest bemühen, in den VV-LL klarere Richtlinien festzulegen. Dann wird man mit der Zeit von einer einheitlichen Vertragssituation ausgehen und schließlich empirisch überprüfen können, ob die aktuelle Regelung effektiv ist oder eine Änderung notwendig ist.
3. Art 5 VV-GFVO. Es ist schlicht ein offensichtlicher Fehler oder Irrtum der Kommission, dass Verträge auf unbestimmte Zeit, die jederzeit von beiden Parteien innerhalb einer angemessenen Frist gekündigt werden können, nicht freigestellt sind. Das hat inzwischen auch der OGH, wenn auch nur mittelbar, bestätigt. Ein Punkt, über den es eigentlich nichts zu diskutieren gibt – selbst für Juristen, die für jedes noch so weit hergeholte (Gegen-) Argument eine Begründung finden.