

EU-Kartellrecht:

**Die Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung 2790/1999
und ihre Nachfolgeverordnung**

A.

Allgemeine Vorbemerkung

I. Die Gruppenfreistellung als Konkretisierung des Kartellverbots

Wie alle EU-Gruppenfreistellungsverordnungen konkretisiert auch die Vertikalverordnung das in Art. 101 (1) des EU-Vertrages (kurz AEUV) normierte Kartellverbot und die in Art. 101 (3) des Vertrages vorgesehene Freistellung (im folgenden AEU = Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union).

Dabei normiert Art. 101 (1) AEUV die Grundfesten des Europäischen Kartellrechts, nämlich das Verbot und die Nichtigkeit von Vereinbarungen zwischen Unternehmen und Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen sowie abgestimmten Verhaltensweisen, die unter lit. a)-e) aufgeführt sind, nämlich Festsetzung von An- und Verkaufspreisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen, die Einschränkung oder Kontrolle der Erzeugung, des Absatzes, der technischen Entwicklung oder der Investitionen, die Aufteilung der Märkte und Versorgungsquellen sowie die Diskriminierung von Handelspartnern und das Koppelungsverbot.

Eine Freistellung nach Art. 101 (3) AEUV ist möglich, wenn die Vereinbarungen, Beschlüsse oder abgestimmten Verhaltensweisen unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn oder zur Verbesserung der Warenerzeugung und Verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne dass Beschränkungen für die beteiligten Unternehmen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, und die keine Möglichkeit der Ausschaltung eines wesentlichen Teils des Wettbewerbs eröffnen.

Art. 103 AEUV ermächtigt die Kommission zum Erlass allgemein verbindlicher Verordnungen, unter die auch die hier zu besprechende Vertikalverordnung fällt.

Während nach der ersten wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen betreffenden Verordnung Nr. 17/1962 die Kommission die Feststellung eines Verstoßes gegen Art. 101 (1) AEUV (vormals Art. 81 (1) EGV) traf und eine Freistellung nach Art. 101 (3) AEUV (vormals Art. 81 (3) EGV) im Wege einer Gruppen- oder Einzelfreistellung gewähren musste, ist durch die Neuregelung des Art. 1 der EG-Kartellverordnung 1/2003 das Erfordernis einer Feststellung oder Freistellung seitens der Kommission entfallen. Vielmehr ist nunmehr Art. 101 (1) und (3) AEUV self executing, d.h. die Feststellung, ob überhaupt eine Verletzung des Kartellverbots vorliegt und eventuell die Freistellungsvoraussetzungen des Art. 101 (3) AEUV gegeben sind, obliegt den Parteien nunmehr in eigener Verantwortung selbst. Es gilt für die Feststellung und die Freistellung das Prinzip der Selbstveranlagung.

Da bereits die Klassifizierung getroffener Vereinbarungen als gegen Art. 101 (1) AEUV verstoßend schwierig ist und das Vorliegen der Freistellungsvoraussetzungen nach Art. 101 (3) AEUV für die betroffenen Unternehmen noch schwieriger, wenn überhaupt in zuverlässiger Weise kaum ermittelbar ist, hat die Kommission zur Erleichterung der Feststellung der Kartellrechtswidrigkeit und des Vorliegens der Freistellungsvoraussetzungen von der Verordnungsermächtigung des Art. 103 AEUV Gebrauch gemacht und für wichtige Vereinbarungen Gruppenfreistellungsverordnungen erlassen, die den Unternehmen die Rechtssicherheit geben, dass bei Vorliegen der Voraussetzungen der jeweiligen Gruppenfreistellungsverordnung ein Kartellrechtsverstoß mit Sicherheit entfällt, egal, ob die Vereinbarung als solche schon gar nicht unter Art. 101 (1) AEUV fällt oder aber die Freistellungsvoraussetzungen des Art. 101 (3) AEUV erfüllt sind.

Die Gruppenfreistellungsverordnungen erfüllen im Interesse der Rechtssicherheit den essentiellen positiven Effekt, dass bei Vorliegen der Voraussetzungen einer Gruppenfreistellungsverordnung ein Kartellrechtsverstoß entfällt. Fehlt es aus irgendeinem Grund an der Erfüllung aller Voraussetzungen einer Gruppenfreistellungsverordnung, so verbleibt es bei der subsidiären Anwendung des Art. 101 (1) und (3) AEUV, wobei im Wege des Prinzips der Selbstveranlagung durchaus noch festgestellt werden könnte, dass Art. 101 (1) AEUV nicht verletzt ist oder

die Freistellungsvoraussetzungen des Art. 101 (3) AEUV vorliegen, wobei die Feststellung, dass ein Kartellrechtsverstoß nicht vorliegt oder die Freistellungsvoraussetzungen gegeben sind, voll im Risiko der Unternehmen liegt. Es sei darauf hinzuweisen, dass im Wege der unmittelbaren Anwendung des Art. 101 AEUV eine positive Prognose der fehlenden Kartellrechtswidrigkeit dann überhaupt nicht getroffen werden kann, wenn notwendige Erfordernisse einer Gruppenfreistellungsverordnung nicht erfüllt sind und durch die unmittelbare Anwendung des Art. 101 AEUV ersetzt werden sollen. Diese Prognose fällt umso deutlicher gegen eine Feststellung fehlender Kartellrechtswidrigkeit oder das Vorliegen von Freistellungsvoraussetzungen aus, als die Kommission selbst durch die Festlegung der Voraussetzungen für eine Gruppenfreistellung die Vereinbarungen klassifiziert hat, auf die das Kartellverbot des Art. 101 AEUV nicht anwendbar ist. Dies bedeutet im Umkehrschluss nichts anderes, als alle nicht freigestellten Bestimmungen deshalb im Zweifel nach direkter Anwendung des Art. 101 AEUV kartellrechtswidrig sind.

B.

Die praktische Bedeutung der Vertikal-VO 2790/1999 und ihrer Nachfolgeverordnung

I. Verhältnis der Gruppenfreistellungsverordnung 2790/1999 zu Art. 101 AEUV

Eine der wichtigsten Gruppenfreistellungsverordnungen ist die Vertikalverordnung 2790/1999, die am 31.5.2010 ausgelaufen ist, sodann aber durch eine Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen abgelöst wurde, die bis 31.5.2020 gilt und die Regelung der VO 2790/1999 mit kleinen Änderungen übernommen hat.

Für die praktische Handhabung der Unternehmen ist zweckmäßigerweise als erstes von der Untersuchung der Erfordernisse der möglicherweise zur Anwendung kommenden Gruppenfreistellungsverordnung auszugehen, da bei positivem Vorliegen aller Voraussetzungen der Gruppenfreistellungsverordnung eine Kartellrechtswidrigkeit positiv entfällt und weitere risikobehaftete Untersuchungen entbehrlich sind. Mit Vorsicht zu genießen ist der Grundsatz: „Alles was nicht ausdrücklich verboten ist, ist erlaubt.“

Nur bei Nichtvorliegen von Anwendungsvoraussetzungen einer Gruppenfreistellungsverordnung ist ein Rückgriff auf die unmittelbare Anwendung des Art. 101 AEUV erforderlich. Für diese Fälle kann im Zuge der Selbstveranlagung eine Konsultation mit der Kommission stattfinden, inwieweit sie auch die nicht die Gruppenfreistellungsverordnung erfüllende Vereinbarung für nicht kartellrechtswidrig hält. Möglich wäre auch noch die Beantragung einer Einzelfreistellung für derartige Vereinbarungen oder Klauseln, wobei allerdings darauf hinzuweisen ist, dass nach ständiger Praxis der Kommission eine Einzelfreistellung nie erfolgt für Vereinbarungen, welche die Kommission selbst vorher aus der in Frage kommenden Gruppenfreistellungsverordnung ausgenommen hat. Seit Inkrafttreten der Kartellverordnung 1/2003 am 1.5.2004 ist auch kein Einzelfreistellungsantrag bei der Kommission mehr gestellt worden.

II. Der Aufbau der Vertikalverordnung VO2790/1999 und der sie ablösenden Nachfolgeverordnung

Generell folgen alle Gruppenfreistellungsverordnungen dem bei der Kommission üblichen Schema:

Nach Voranstellung der verbindlichen Erwägungsgründe folgt die Bestimmung über die Anwendbarkeit der jeweiligen Gruppenfreistellungsverordnung, sodann folgen die Bestimmungen, bei deren Vorliegen eine Freistellung vom Kartellverbot aufgrund der Gruppenfreistellungsverordnung nicht in Frage kommt. Dies sind die sogenannten „schwarzen Klauseln“, wobei die hier zu erörternde Vertikalverordnung diese Klauseln in zwei Gruppen unterteilt, nämlich einmal in die „echten schwarzen Klauseln“, bei deren Vorliegen die Freistellung nach der Gruppenfreistellungsverordnung insgesamt entfällt und damit auch die im übrigen freigestellten Klauseln möglicherweise kartellrechtswidrig und nichtig bleiben, und in die sogenannten „grauen Klauseln“ (auch „rote Liste“ genannt), bei deren Vorliegen nicht die Gruppenfreistellungsverordnung im Ganzen entfällt, sondern nur die jeweils in der Aufzählung dieser Klauseln aufgeführte graue Klausel in der jeweiligen Vereinbarung nicht freigestellt ist.

C.

Der Inhalt der Vertikalverordnung

1. Die Anwendung der VertikalVO Art. 2:

Grundlegende Vorschrift für die Anwendbarkeit der Vertikalverordnung ist Art. 2 (1) der Verordnung, wonach Vereinbarungen oder abgestimmte Verhaltensweisen vom Kartellverbot freigestellt sind, wenn diese Vereinbarungen zwischen zwei oder mehr Unternehmen geschlossen werden, von denen das eine in der Vertriebskette (zumeist als Hersteller) oben steht (nach der Diktion der Vertikalverordnung als „Anbieter“, vormals als „Lieferant“ bezeichnet), während die andere Partei auf einer späteren Vertriebsstufe tätig wird (nach der Diktion der Vertikalverordnung als „Abnehmer“, vormals als „Käufer“ bezeichnet), und diese Vereinbarungen die Bedingungen betreffen, zu denen die Parteien bestimmte Waren oder Dienstleistungen beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen können.

Der wichtigste Fall derartiger vertikaler „Vertriebsvereinbarungen“ ist das selektive Vertriebssystem, welches unter die Anwendungsvorschrift des Art. 2 (1) der Vertikalverordnung fällt und welches gem. Art. 1, lit. c), vormals lit. d) der Vertikalverordnung wie folgt definiert ist:

Ein selektives Vertriebssystem liegt dann vor, wenn sich der Anbieter verpflichtet, die Vertragswaren oder Dienstleistungen unmittelbar oder mittelbar nur an Händler zu verkaufen, die aufgrund festgelegter Merkmale ausgewählt werden, und wobei sich diese Händler verpflichten, die betreffenden Waren oder Dienstleistungen nicht an Händler zu verkaufen, die nicht zum Vertrieb zugelassen sind. Mit anderen Worten, die Gruppe der Vertriebshändler des selektiven Vertriebssystems stellen quasi eine geschlossene Gesellschaft dar.

In der Praxis sind insbesondere die beiden folgenden Arten von selektiven Vertriebssystemen üblich:

a)

Selektive Vertriebssysteme, bei denen die Händler des Vertriebssystems nach qualitativen Merkmalen ausgewählt werden (etwa Schulungs- oder

Präsentationskapazitäten u. dgl.), und wobei diese Auswahlkriterien diskriminierungsfrei im Verhältnis zu allen Händlern angewandt werden müssen (OLG Karlsruhe, WRP 2010, 412 „Scout“).

Hier erhebt sich das Problem, ob eventuell interessierte Händler einen Anspruch auf Aufnahme in das selektive Vertriebssystem haben, wenn sie bereit und in der Lage sind, die objektiven Auswahlkriterien zu erfüllen.

Ein solcher Aufnahmezwang besteht für den Anbieter nur dann, wenn dieser im Sinne des Art. 102 AEUV oder im Sinne des § 20 GWB eine marktbeherrschende Stellung einnimmt, wobei für das Kriterium der Marktbeherrschung abzustellen ist auf den relevanten Markt, der gebildet wird aus allen Konkurrenz- oder Substitutionsprodukten, wobei eine Marktbeherrschung im allgemeinen erst dann anzunehmen ist, wenn der Marktanteil des Anbieters auf dem relevanten Markt 50% übersteigt.

Unter normalen Bedingungen aber besteht für außenstehende Händler kein durchsetzbarer Anspruch auf Aufnahme in ein selektives Vertriebssystem.

b)

Freigestellt nach Art. 2 (1) der Vertikalverordnung sind allerdings auch quantitative selektive Vertriebssysteme, d.h. solche Vertriebssysteme, bei denen die Auswahl der zugelassenen Händler durch den Anbieter allein numerisch danach erfolgt, in welcher Dichte er die Etablierung seines Vertriebssystems realisieren will, wobei für jeden selektiven Vertriebs Händler nach der Vorstellung des Anbieters ein hinreichend großes Vertriebsgebiet verbleiben muss, um seine wirtschaftliche Lebensfähigkeit sicher zu stellen.

Das Problem der diskriminierungsfreien Anwendung der selektiven Auswahl stellt sich bei dem quantitativ selektiven Vertriebssystem nicht, da bereits in der numerischen Beschränkung nach den Bedürfnissen des Marktes naturgemäß eine (hier allerdings zulässige) Diskriminierung liegt.

Wegen der Einfachheit in der Durchsetzung und Verteidigung eines selektiven Vertriebssystems ist daher zu empfehlen, stets eine quantitative Selektion vorzusehen,

die – wenn gewünscht – auch noch mit objektiven Auswahlkriterien kombiniert werden kann.

In jedem Fall aber müssen die Auswahlkriterien des selektiven Vertriebssystems überprüfbar festgelegt sein. Auch beim quantitativen selektiven Vertriebssystem müssen sich die selektiven Vertriebshändler verpflichten, die Vertragswaren oder Vertragsdienstleistungen nicht an Außenseiter zu vertreiben.

2. Erweiterung der Anwendung:

Die Anwendungsvorschrift für die Vertikalverordnung nach Art. 2 enthält folgende wichtige Erweiterungen:

a)

Die Freistellung nach Art. 2 der Vertikalverordnung gilt nach Abs. (2) auch für vertikale Vereinbarungen zwischen einer Unternehmensvereinigung, hier insbesondere einer Einkaufsgenossenschaft und ihren Lieferanten und ihren Mitgliedern, sofern die Mitglieder dieser Einkaufsgenossenschaft alle Wareneinzelhändler sind und keines der Mitglieder für sich allein oder mit ihm verbundenen Unternehmen einen jährlichen Gesamtumsatz von über EUR 50 Mio. erzielt.

b)

Während die Anwendung nach Art. 2 der Vertikalverordnung grundsätzlich nur für vertikale Vereinbarungen zwischen Nichtwettbewerbern, also zwischen Unternehmen auf unterschiedlicher Vertriebsstufe, gilt, enthält Art. 2 (4) eine wichtige Erweiterung der Anwendung für vertikale Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern, die keine wechselseitigen Vertriebsvereinbarungen geschlossen haben, sofern die folgende Voraussetzung erfüllt ist:

Nur der Anbieter ist zugleich Hersteller und Händler der Vertragswaren oder Vertragsdienstleistungen, der Abnehmer (Händler) ist dagegen nur Händler und kein Hersteller der Vertragswaren. Analog hierzu darf der Anbieter zugleich Erbringer und Bezieher von Vertragsdienstleistungen sein, der Abnehmer jedoch lediglich Bezieher dieser Vertragsdienstleistungen. Also im Fazit gesprochen ist eine Freistellung von Vertikalvereinbarungen zwischen Wettbewerbern auf der Handelsstufe nur dann

zulässig, wenn nur der Anbieter zugleich auf der Herstellerstufe tätig ist (Prinzip des Ausschlusses der Freistellung einer „Doppelstufigkeit“ des Abnehmers).

c)

Art. 2 (3) der Vertikalverordnung enthält des weiteren eine sehr wichtige Erweiterung der Freistellung für vertikale Vereinbarungen, die Bestimmungen über die Übertragung oder die Nutzung von geistigen Eigentumsrechten (gewerbliche Schutzrechte, know how, Urheberrechte und verwandte Schutzrechte) enthalten, sofern die Übertragung oder Nutzungsberechtigung zugunsten des Abnehmers die Nutzung, den Verkauf oder den Weiterverkauf von Waren oder Dienstleistungen durch den Abnehmer oder seine Kunden sicherstellen soll. Die Übertragung oder Einräumung einer Nutzungsberechtigung zugunsten des Abnehmers erfüllt mithin im Rahmen von Vertikalvereinbarungen die Hilfsfunktion, nämlich den Vertrieb des Abnehmers und die Nutzung durch seine Kunden gegen Angriffe Dritter aufgrund gewerblicher Schutzrechte abzusichern.

Nicht darf es sich bei Übertragung oder Nutzungseinräumung am geistigen Eigentum um echte Lizenzberechtigungen handeln, etwa im Sinne einer Herstellungs- und selbständigen Vertriebslizenz. Derartig verselbständigte Übertragungen oder Nutzungsberechtigungen am geistigen Eigentum unterfallen der Technologietransfer-Verordnung 772/2004 und sind daher gem. Art. 2 (5) der Vertikalverordnung nicht Gegenstand der Vertikalverordnung.

Der typische Anwendungsbereich der Vertikalvereinbarung mit der Einräumung von Nutzungsrechten im Interesse der Absicherung und Unterstützung des Vertriebs des Abnehmers ist das Franchising, welches sich dadurch auszeichnet, dass der Franchisenehmer nicht nur Waren oder Dienstleistungen weiter vertreibt, sondern zugleich im Interesse der Förderung des Vertriebs die Ausstattungen des Franchisegebers, u.a. natürlich auch die Marken und sonstigen gewerblichen Schutzrechte, mitbenutzen darf. Wichtiges Beispiel für ein derartiges Franchisesystem ist die Fast Food-Kette McDonald. Derartige Franchisesysteme unterlagen vormals einer gesonderten Gruppenfreistellungsverordnung, sie sind jedoch jetzt voll in die Vertikalverordnung integriert.

3. Marktanteilsschranke (Art. 3):

Eine wichtige Anwendungsvorschrift für die Vertikalverordnung ist Art. 3, gemäß welchem die Freistellung vom Kartellverbot nur dann gilt, wenn keines der an der Vertikalvereinbarung beteiligten Unternehmen einen Marktanteil von mehr als 30% am relevanten Markt innehat. Es soll mithin verhindert werden, dass marktstarke Anbieter oder Abnehmer den Vertriebsmarkt vor allem durch eine Vielzahl paralleler Alleinvertriebsvereinbarungen blockieren können. Diese Marktanteilsschwelle kann gem. Art. 8 bis zur Höhe von 35% für maximal 2 Jahre überschritten werden.

4. Die „schwarzen Klauseln“ („Kernbeschränkungen“ genannt):

Sofern man die Vereinbarung unter dem Anwendungsbereich der Vertikalverordnung abgesteckt hat, ist zu prüfen, ob die geplante Vereinbarung Klauseln enthält, welche die Anwendbarkeit der gesamten Freistellungsverordnung ausschließt oder aber einzelne Bestimmungen in der geplanten Vereinbarung von der Freistellung ausnimmt und daher möglicherweise der allgemeinen Nichtigkeitsregelung des Art. 101 (1) AEUV unterstellt. Hier sind folgende Bestimmungen zu unterscheiden:

a)

Die als echte „schwarze Klauseln“ bezeichneten Kernbeschränkungen, bei deren Vorhandensein die Freistellung der Vereinbarung nach der Vertikalverordnung insgesamt entfällt. Diese Kernbeschränkungen sind in Art. 4 der Vertikalverordnung aufgeführt. Es handelt sich hierbei um folgende:

Art. 4 a der VO:

Die vertikale Preisbindung, nämlich die Beschränkung der Möglichkeiten des Abnehmers, seinen Verkaufspreis selbst festzusetzen. Dies ist ein Ausfluss des geradezu „heiligen Verbots“ des Kartellrechts, nämlich der Preisbindung des Abnehmers. Dieses grundsätzliche Verbot unterliegt jedoch zwei Einschränkungen: Zulässig ist die Festsetzung von Höchstverkaufspreisen, die aus der Sicht des Verbrauchers als weniger problematisch angesehen werden als die Festsetzung von Mindestverkaufspreisen. Allerdings sollte die Festsetzung der Höchstverkaufspreise nicht in einer Weise erfolgen, dass diese sich praktisch wie Mindestverkaufspreise auswirken, etwa durch sehr niedrige Festlegung der Höchstverkaufspreise mit der Folge, dass eine auskömmliche Gewinnspanne für den Abnehmer nur dann gewährleistet ist, wenn er die Höchstpreise einhält, was sich dann praktisch wie eine

Mindestpreisfestsetzung auswirkt. Zulässig sind allerdings auch nach Art. 4 a) der Vertikalverordnung unverbindliche Preisempfehlungen, sofern nicht infolge der Ausübung von Druck oder der Gewährung von Anreizen durch eine der Vertragsparteien die Wirkung eines Fest- oder Mindestverkaufspreises erzielt wird. Vor allem die Gewährung höherer Einkaufsrabatte an den Abnehmer für den Fall, dass er die ausgesprochene Preisempfehlung des Anbieters einhält, ist ein klassisches Beispiel der Gewährung von Anreizen, welches auch die Preisempfehlung rechtswidrig macht und dann gem. Art. 4 a) die gesamte Freistellung der Vertikalvereinbarung zu Fall bringt.

Ein wichtiges Problem in diesem Zusammenhang ist die Behandlung von Handelsvertretern, welche die Vertragswaren oder Vertragsdienstleistungen nicht im eigenen Namen und auf eigene Rechnung, sondern im Namen und für Rechnung des Anbieters bzw. Herstellers vornehmen. Da der Handelsvertreter in der Ausübung seiner Vertretungstätigkeit den Weisungen des Herstellers oder Anbieters unterworfen ist, galt bisher das Prinzip, dass die Preisfestsetzung für Handelsvertreter nicht dem Preisbindungsverbot unterfalle, weil es sich hierbei um die Festsetzung des Preises des Herstellers oder Anbieters handelt und nicht um denjenigen des Abnehmers.

Diese auch noch der alten Handelsvertreterbekanntmachung entsprechende Auffassung kann für die Vertikalverordnung nicht mehr aufrecht erhalten werden, bezieht diese nach Art. 1 lit. f) als „Abnehmer“ auch Unternehmen ein, die auf der Grundlage einer unter Art. 101 AEUV fallenden Vereinbarung Waren oder Dienstleistungen für Rechnung eines anderen Unternehmens verkaufen. Dies bedeutet, auch Handelsvertretervereinbarungen gelten als Vertikalvereinbarungen im Sinne der Vertikalverordnung. Allerdings stellt die Rechtsprechung des EuGH für die Anwendung des Kartellverbots auf Handelsvertreterverträge darauf ab, ob der Handelsvertreter durch Übernahme der finanziellen oder geschäftlichen Risiken des Geschäfts einem Vertragshändler gleichzustellen ist. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn das Absatz- oder das Del-credere-Risiko für die Umsätze des Handelsvertreters beim Handelsvertreter liegt, oder etwa auch dann, wenn nicht abgesetzte Handelsware nicht vom Hersteller oder Anbieter zurückgenommen wird, sondern letztlich dann beim Handelsvertreter verbleibt. Die herrschende Lehre geht daher dahin, dass für die Behandlung der dem Handelsvertreter vorgeschriebenen Preise zu differenzieren ist in die Festsetzung der Verkaufspreise des Herstellers oder Anbieters, die vom

Handelsvertreter daher im Namen des Anbieters oder Herstellers mit dem Kunden zu vereinbaren sind. Diese Preise dürfen nach wie vor festgesetzt werden. Zu unterscheiden hiervon ist allerdings die Frage der Gewährung von Rabatten des Handelsvertreters auf diese Preise, sofern der Handelsvertreter diese Rabatte aus seiner Provisionsspanne zu finanzieren hat, wodurch die finanzielle Herrschaft über die Provision beim Handelsvertreter liegt, die ihm nicht durch eine Preisbindung genommen werden kann. Mithin erscheint bei Einhaltung eines gewünschten Preisniveaus die Etablierung eines Handelsvertreter-systems sicherer als die Etablierung eines Vertriebssystem-s über Vertragshändler mit der unsicheren Möglichkeit einer Durchsetzung von Preisempfehlungen.

Art. 4 b der VO:

Eine weitere schwarze Klausel ist in Art. 4 b) aufgeführt, nämlich Beschränkungen des Gebietes oder des Kundenkreises für den Abnehmer. Auch dies ist ein „heiliges Verbot“ des Kartellrechts. Allerdings unterliegt diese die Freistellung der Vereinbarung ausschließende derartige Bestimmung den folgenden Einschränkungen mit der Folge der Zulässigkeit einer solchen Beschränkung der Verkaufsmöglichkeit:

(1)

Beschränkungen des aktiven Verkaufs in Gebieten oder an Gruppen von Kunden, die der Anbieter sich selbst vorbehalten oder ausschließlich einem anderen Abnehmer zugewiesen hat. Diese Ausnahme ist die Ergänzung dafür, dass im Rahmen von Art. 2 der Vertikalverordnung exklusive Vertriebsverträge wirksam vereinbart werden können und daher auch gegen die Exklusivität beeinträchtigende Mehrlieferungen geschützt werden dürfen.

Nach Art. 4 b sind unzulässig alle Beschränkungen des „passiven Verkaufs“, d.h. des Verkaufs an Kunden aus anderen Gebieten, die nicht durch Verkaufsbemühungen des Abnehmers zu diesen gelangen (sogenannte „Komm-Kunden“). Verkauf über Internet gilt als passiver Verkauf.

(2)

Zulässig sind Beschränkungen des Verkaufs an Endbenutzer durch Abnehmer, die auf der Großhandelsstufe tätig sind. Auch dies ist eine Ausnahme zugunsten der

Exklusivität der Abnehmer auf der Einzelhandelsstufe, deren Verkaufserfolg nicht durch Billigliefierungen der eigenen Großhändler beeinträchtigt werden soll.

(3)

Zulässig sind bei Bestehen eines selektiven Vertriebssystems alle Beschränkungen des Verkaufs an nicht zu dem selektiven Vertriebssystem zugelassene Händler. Dies ist die Absicherung der Zulässigkeit selektiver Vertriebssysteme.

(4)

Zulässig sind Beschränkungen des Verkaufs an Kunden, welche die gelieferten Bestandteile in Erzeugnisse einfügen wollen, die mit den Erzeugnissen des Anbieters konkurrieren.

Dies ist eine zulässige Beschränkung des Ersatzteilverkaufs für konkurrierende Produkte.

Nach Art. 4 b sind unzulässig alle Beschränkungen des „passiven Verkaufs“, d.h. des Verkaufs an Kunden aus anderen Gebieten, die nicht durch Verkaufsbemühungen des Abnehmers zu diesen gelangen (sogenannte „Komm-Kunden“). Verkauf über Internet gilt als passiver Verkauf.

Art. 4 c der VO:

Die Freistellung entfällt, wenn den Mitgliedern eines selektiven Vertriebssystems, die auf der Einzelhandelsstufe tätig sind, Beschränkungen des aktiven oder passiven Verkaufs an Endverbraucher auferlegt werden, wobei allerdings das Verbot, derartige Verkäufe von nicht zugelassenen Niederlassungen zu tätigen, wirksam ist.

Art. 4 d der VO.

Unzulässig sind ferner alle Beschränkungen von Querlieferungen zwischen den Händlern innerhalb eines selektiven Vertriebssystems, auch wenn diese auf unterschiedlichen Handelsstufen tätig sind. Die Möglichkeit von Querlieferungen an zugelassene Händler ist eines der Grundprinzipien des EU-Kartellrechts.

Art. 4 e der VO:

Art. 4 e) handelt von einer weitergehenden Beschränkung des Abnehmers für den Fall, dass der Anbieter Bestandteile dem Abnehmer zwecks Erstellung eines eigenen Erzeugnisses liefert. Hier kann dem Abnehmer nicht verboten werden, derartige Bestandteile an Endverbraucher oder Reparaturwerkstätten zu liefern, die der Abnehmer nicht mit der Reparatur oder Wartung seiner eigenen Erzeugnisse betraut hat, was das Vertriebssystem des Anbieters im Ersatzteilgeschäft beeinträchtigen würde (Ersatzteilvertrieb für sogenannte „Ident-Teile“).

b) Art. 5 der Vertikalverordnung: „Graue Klauseln“ oder „rote Liste“:

Alle Bestimmungen in einer Vertikalvereinbarung, die eine graue Klausel beinhalten, sind von der Freistellung ausgenommen, sie lassen aber die Freistellung der Vertikalvereinbarung im übrigen unberührt (sogenannte „nicht freigestellte Beschränkungen“). Hierbei handelt es sich um folgende Klauseln:

Art. 5 a) nimmt jede Bestimmung von der Freistellung aus, die ein über die Dauer von 5 Jahre hinausgehendes oder ein für eine unbestimmte Dauer vereinbartes Wettbewerbsverbot enthalten. Die Nichteinhaltung dieser zeitlichen Begrenzung führt zur kartellrechtlichen Unwirksamkeit des Wettbewerbsverbots überhaupt, eine teleologische Reduktion auf den höchst zulässigen Zeitraum von 5 Jahren ist nicht möglich.

Die Begrenzung des Wettbewerbsverbots auf 5 Jahre gilt allerdings nicht für den Fall, dass der Abnehmer die Vertragswaren oder Vertragsdienstleistungen in Räumlichkeiten oder auf Grundstücken vertreibt, die entweder dem anderen Vertragspartner (dem Anbieter) gehören oder von diesem für die Zwecke des Vertriebs durch den Abnehmer gemietet wurden. Diese Ausnahmebestimmung betrifft vor allem Franchiseverträge, wo es sehr verbreitet ist, dass die Räumlichkeiten vom Franchisegeber zur Verfügung gestellt werden.

Art. 5 b der VO:

Nach Art. 5 b) sind von der Freistellung der Vertikalverordnung ausgenommen alle Verpflichtungen des Abnehmers, Waren oder Dienstleistungen nach Beendigung der Vereinbarung nicht herzustellen, zu erbringen, zu beziehen, zu verkaufen oder weiter zu

verkaufen, wobei auch für dieses Verbot wieder folgende Ausnahmebestimmungen gelten:

(1)

Das nachvertragliche Verbot bezieht sich auf Waren oder Dienstleistungen, die mit den Vertragswaren oder Vertragsdienstleistungen im Wettbewerb stehen,

(2)

das nachvertragliche Wettbewerbsverbot beschränkt sich auf Räumlichkeiten oder Grundstücke, von denen aus der Abnehmer während der Vertragsdauer seine Geschäfte betrieben hat (dies ist ein Schutz vor Übernahme erworbener Bekanntheit) sowie

(3)

das nachvertragliche Wettbewerbsverbot ist unerlässlich, um ein dem Abnehmer vom Anbieter übertragenes know how zu schützen. Alle drei Voraussetzungen gem. (1) bis (3) müssen kumulativ erfüllt sein. Außerdem muß das nachvertragliche Wettbewerbsverbot auf einen Zeitraum von höchstens einem Jahr nach Beendigung der Vereinbarung begrenzt sein. Allerdings gilt diese zeitliche Begrenzung nicht für die Möglichkeit, die Nutzung und Offenlegung von nicht allgemein bekannt gewordenem know how zeitlich unbegrenzten Beschränkungen zu unterwerfen.

Art. 5 c) nimmt alle Wettbewerbsverbote von der Freistellung aus, nach denen die Mitglieder eines selektiven Vertriebssystems keine Marken bestimmter konkurrierender Anbieter verkaufen dürfen. Dieses Verbot der Führung von Zweitmarken durch den Vertriebshändler hat seinen Ursprung in der Verordnung 1400/2002 für vertikale Vereinbarungen im Kraftfahrzeugsektor, sie wurde jedoch allgemein für alle Vertriebsvereinbarungen übernommen.

c)

Welche Auswirkungen die Nichtigkeit einer grauen Klausel auf die gesamte Vertikalvereinbarung hat, richtet sich nach nationalem Recht, d.h. in Deutschland nach § 139 BGB, wonach die gesamte Vereinbarung als nichtig anzusehen ist, wenn nicht anzunehmen ist, dass sie auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde.

D.

Zulieferverträge

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die Vertikalverordnung nach Art. 2 (1) auch auf Zulieferverträge Anwendung findet, bei denen die Zurverfügungstellung von geistigem Eigentum durch den Hersteller an das liefernde Unternehmen (outsourcing) von ganz besonderer Bedeutung ist. Üblicherweise werden in solchen Zulieferverträgen Exklusivbindungen in der Weise vereinbart, dass der Zulieferer sowohl die ihm vom Hersteller zur Verfügung gestellten Herstellungswerkzeuge, Entwürfe, Pläne oder sonstigen Unterlagen allein für die Herstellung der Zuliefergegenstände an den Hersteller verwenden darf. Außerdem muss sich der Hersteller dagegen schützen, dass der Zulieferer das ihm vom Hersteller mitgeteilte geistige Eigentum für die Herstellung der Zuliefergegenstände an Dritte oder für eine Eigenfertigung verwendet. Es kann dem Hersteller nicht zugemutet werden, eine Konkurrenz mit Hilfe seines geistigen Eigentums aufzubauen.

Aus diesem Grund sieht Art. 5 b) letzter Halbsatz der Vertikalverordnung vor, dass eine Wettbewerbsbeschränkung ohne zeitliche Begrenzung auch für den Abnehmer in einem Vertriebssystem in dem Sinne vereinbart werden kann, dass die Nutzung und Offenlegung von nicht allgemein bekanntgewordenem know how zeitlich unbegrenzt verboten werden kann.

Obgleich die Vertikalverordnung die Freistellung von bestimmten Wettbewerbsbeschränkungen, insbesondere der Vereinbarung der Eigenverwertung oder Weiterverwendung übertragenen oder zur Nutzung überlassenen geistigen Eigentums nur für den Abnehmer vorsieht, ist in der Literatur anerkannt, dass diese Freistellung ohne zeitliche Begrenzung auch für den Lieferanten, in diesem Falle für den Zulieferer im Rahmen einer Zuliefervereinbarung, zu gelten hat. Es gilt für die entsprechende Anwendung des Art. 2 Abs. 1 der Vertikalverordnung nach wie vor noch die Zulieferbekanntmachung der Kommission gem. ABl. 1979 C1/2. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass diese Bekanntmachung im Gegensatz zu einer Verordnung keine bindende Wirkung hat. Sie ist allerdings auch für den Fall eines vor Gericht ausgetragenen Rechtsstreits insofern von großer Bedeutung, als sie authentisch die

Auffassung der Kommission über die Kartellrechtswidrigkeit einer derartigen Zuliefervereinbarung darlegt.

Zusammengefasst betrachtet die Kommission alle nachfolgenden Vereinbarungen in Zuliefervereinbarungen für nicht kartellrechtswidrig:

1.

Die vom Auftraggeber stammenden Kenntnisse oder Betriebsmittel dürfen nur zum Zwecke der Vertragserfüllung (Zulieferung an den Hersteller) benutzt werden.

2.

Die vom Auftraggeber stammenden Kenntnisse oder Betriebsmittel dürfen Dritten nicht zur Verfügung gestellt werden.

3.

Die mit ihrer Hilfe hergestellten Erzeugnisse, erbrachten Dienstleistungen oder verrichteten Arbeiten sind nur für den Auftraggeber bestimmt oder dürfen nur für seine Rechnung ausgeführt werden.

Diese Beschränkungen sind unabhängig von jeder zeitlichen Begrenzung wirksam.