

ZVertriebsR

Zeitschrift für Vertriebsrecht

24878

www.ZVertriebsR.de

Handelsvertreterrecht
Vertragshändlerrecht
Vertriebskartellrecht
Franchiserecht
Online-Vertriebsrecht

Herausgeber:

Eckhard Flohr
Michael Martinek
Karsten Metzlaß
Franz-Jörg Semler
Ulf Wauschkuhn

Aus dem Inhalt

Univ.-Prof. i. R. Dr. Ludwig Gramlich
Gesetzliche Regelung vs. richterliche Intervention bei Zuliefer-
beziehungen – Notwendigkeit verstärkter Inhaltsbestimmung
der Privatautonomie durch mehr Vertragstypologie? 276

Prof. Dr. Karsten Metzlaß/Markus Brösamle
§ 6 Abs. 3 BuchPrG – Zwischen Buchvertrieb und Wettbewerb 286

Dr. Benedikt Rohrßen
Online-Vertrieb in der EU – Vertriebskartellrecht:
Die neue Vertikal-GVO 2022 293

Lilian Köberlein
Mehr Rechtssicherheit für Influencer? – Das Gesetz zur Stärkung
des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht 299

OLG Hamm
Angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen nach dem
GeschGehG 302

OLG Köln
Zur Zulässigkeit unterschiedlicher Widerrufsbelehrungen für
unterschiedlichen Versand 306

BGH
Zur Anwendung von § 87 a Abs. 3 HGB auf den Versicherungs-
makler 315

OGH
Voraussetzungen und Folgen des Missbrauchs einer markt-
starken Stellung im Automobilvertrieb 334



5/2021

S. 273–340, 10. September 2021
10. Jahrgang



Dr. Benedikt Rohrßen*

Online-Vertrieb in der EU – Vertriebskartellrecht: Die neue Vertikal-GVO 2022¹

Die Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung („Vertikal-GVO“) dient Vertriebsvereinbarungen als sicherer Hafen („safe harbour“) in der offenen See des Vertriebskartellrechts. Unterhalb des weiten Kartellverbots bezweckt die Vertikal-GVO eine rechtssichere Handhabe vertikaler Vereinbarungen, indem sie abstrakt Vereinbarungen („Gruppen“) freistellt und dadurch das Regel-Ausnahme-Prinzip des Art. 101 AEUV² um ein weiteres Regel-Ausnahme-

Prinzip³ erweitert. In der Praxis hat die Vertikal-GVO – die erste Gruppenfreistellungsverordnung trat am 1. Mai 1967 in Kraft⁴ – enorme Bedeutung erlangt⁵. Sie ist das „Herzstück“⁶ des Vertriebskartellrechts und der neue Entwurf *„ein wichtiges politisches Vorhaben, weil vertikale Vereinbarungen etwa zwischen Anbietern von Waren und*

* Der Verfasser ist Rechtsanwalt und Partner bei Taylor Wessing, Commercial Agreements & Distribution, München und President der T.R.A.D.E. Commission der AIJA.

¹ Dieser Beitrag schließt an die Beiträge zum Online-Vertrieb seit 2016 an, zuletzt Rohrßen, ZVertriebsR 2021, 71 ff.

² Vgl. etwa Hopt, Handelsvertreterrecht, 6. Aufl. 2019, XII.3; MüKo-Wettbewerbsrecht/Wolf, 3. Aufl. 2020, Art. 101 AEUV Rn. 1020 f., auch zur Gesamttatbestandstheorie des EuGH, wonach Art. 101 Abs. 3 das Verbot des Abs. 1 ergänzt.

³ Siehe die Verbote und Rückausnahmen des Art. 4 Vertikal-GVO.

⁴ VO Nr. 67/67/EWG über Alleinvertriebsvereinbarungen, ersetzt 1983 durch VO 83/83 zu Alleinvertriebs- und VO 84/83 zu Alleinbezugsvereinbarungen, ergänzt durch VO 4987/88 für Franchisevereinbarungen. Ab 2000 galt die namentlich erste „Vertikal-GVO“ VO 2790/99, ersetzt durch die VO 330/2010.

⁵ Vgl. Martinek, in: Martinek/Semler/Flohr, Handbuch des Vertriebsrechts, 4. Aufl. 2016, § 31 Rn. 23; Rohrßen, ZVertriebsR 2019, 341, 342 Fn. 7 m. w. N.

⁶ Bauer/Rahlmeyer/Schöner, Handbuch Vertriebskartellrecht, 2020, Vorwort.

Dienstleistungen und ihren Vertriebshändlern in allen Wirtschaftszweigen der EU allgegenwärtig sind⁷. Die Vertikal-GVO samt den von der Europäischen Kommission dazu veröffentlichten Leitlinien haben gute Dienste geleistet und Einiges an Vereinfachung und Rechtsicherheit für Liefer- und Vertriebsvereinbarungen gebracht.

Zum 1.6.2022 wird der Hafen der technischen Entwicklung – der Digitalisierung des Vertriebs – angepasst und die geltende Vertikal-GVO durch eine neue, umgestaltete Vertikal-GVO ersetzt. Gesetzestechischer Auslöser ist, dass die Vertikal-GVO bis 31.5.2022 befristet ist⁸. Soeben hat die Europäische Kommission ihren ersten Entwurf („Vertikal-GVO-E“ bzw. „Vertikal-GVO 2022“) vorgestellt. Ein Update der Vertikal-GVO bzw. ein „Reboot“, wie es EU-Kommissarin Vestager angekündigt hat:

“What we need is not so much a reset – it’s more what, in Hollywood, they call a “reboot”. When they reboot old movies and TV shows, they bring back the characters we know, but with the details refreshed and updated for a new era. And that’s pretty much what competition policy needs. Not to change what our policy is about – but to make sure that the tools we have to achieve those goals are up to date.”⁹

So soll die Vertikal-GVO 2022 den Marktentwicklungen, insbesondere „dem stark wachsenden elektronischen Handel“ Rechnung tragen¹⁰. Was ist neu (I.)? Was bedeutet der Entwurf für Hersteller und Händler, wie wirkt er sich – sollte er so in Kraft treten – insbesondere auf den Online-Vertrieb aus? (II.) Müssen bzw. dürfen existierende Verträge bzw. Muster für künftige Verträge überarbeitet werden? (III.) Und wenn ja, zu wann? Was kann der Gesetzgeber noch optimieren? (IV.)

I. Die Vertikal-GVO-Änderungen im Überblick

Die drei Freistellungsvoraussetzungen und damit das grundsätzliche Prüfschema bleiben. Freigestellt vom Kartellverbot des Art. 101 AEUV sind auch künftig (i) vertikale Vereinbarungen zwischen Unternehmen (ii) mit Marktanteilen bis maximal 30 %, die (iii) keine Kernbeschränkungen enthalten – Art. 2–4 Vertikal-GVO-E. Auch bleiben die vertraglichen Regelungen zu Handelsvertretern vom Kartellrecht frei¹¹.

Gleichwohl wird es Änderungen geben, insbesondere in Art. 1 (Begriffsbestimmungen), Art. 2 (Freistellung des Dualvertriebs), Art. 4 (Kernbeschränkungen) und Art. 5 (Wettbewerbsverbote bzw. Paritätsverpflichtungen). So enthält der Vertikal-GVO-E neue Definitionen bzw. Regelbeispiele für folgende fünf Begriffe:

- „Anbieter“ (Art. 1 Abs. 1 lit. d Vertikal-GVO-E)¹²,
- Alleinvertriebssysteme (Art. 1 Abs. 1 lit. g Vertikal-GVO-E),

- Aktiver Verkauf (Art. 1 Abs. 1 lit. l Vertikal-GVO-E)
- Passiver Verkauf (Art. 1 Abs. 1 lit. m Vertikal-GVO-E)
- Beschränkung des aktiven oder passiven Verkaufs (Art. 1 Abs. 1 lit. n Vertikal-GVO-E).

Die deutlichsten, weil meisten Änderungen erfahren die schwarzen Klauseln¹³ bzw. Kernbeschränkungen. Denn sie sind nun viel breiter aufgefächert¹⁴, wie durchaus erwartet¹⁵. Etwa können Hersteller künftig ihr Alleinvertriebssystem stärker schützen und Grauiporte stärker verhindern, indem sie die Exklusivbindung an nachgelagerte Handelsstufen weiterreichen. Ferner werden die „grauen Klauseln“¹⁶ / Wettbewerbsverbote um eine Regelung zu Paritätsverpflichtungen von Online-Plattformen ergänzt. Darüber hinaus enthält der Entwurf der Vertikal-Leitlinien („Vertikal-LL-E“) zahlreiche neue Auslegungshinweise der Europäischen Kommission.

Vorab lässt sich feststellen: Teils wird der sichere Hafen der künftige Vertikal-GVO breiter bzw. tiefer, teils indes wird er verengt und erhält deutlich ausdifferenziertere Regelungen als bislang – ob letzteres nötig ist oder die Handhabung eher unnötig schematisiert, ist sehr fraglich. Jedenfalls wird sich für einige Anbieter (Hersteller, Lieferanten) die Chance, teilweise aber auch die Pflicht ergeben, ihre Vertriebsverträge auf die künftige Rechtslage anzupassen.

II. Wesentliche Folgen der Vertikal-GVO-E, insbesondere für den Onlinevertrieb

1. Online-Vertrieb¹⁷

a) Plattformverbote

Verbote von Online-Marktplätzen („Plattformverbote“) sind seit dem Coty-Urteil zumindest für Luxusprodukte freigestellt; für Produkte unterhalb der Luxusschwelle ist die Frage indes weiterhin offen¹⁸. Auch die Vertikal-GVO 2022 gibt darauf keine unmittelbare Antwort. Allerdings enthalten die künftigen Leitlinien Erläuterungen. Danach sind Plattformverbote grundsätzlich freigestellt¹⁹.

b) Preisvergleichsmaschinen-Verbote

Verbote, dass Abnehmer die Funktionalitäten von Preisvergleichsmaschinen nutzen bzw. Informationen an sie weitergeben, sind laut den künftigen Leitlinien offenbar weitgehend unzulässig, da sie nach Auffassung der Kommission den passiven Verkauf beschränken²⁰. Das wird weitgehend auch für selektive Vertriebssysteme gelten, jedenfalls dann, wenn sie „Vergleiche oder Bewertungen im Zusammenhang mit der Qualität der betreffenden Waren oder Dienstleistungen, dem Kundenservice, der Vertrauenswürdigkeit des Händlers oder anderen Merkmalen

7 Pressemitteilung der Europäischen Kommission IP/21/3561 vom 9.7.2021.

8 Art. 10 Vertikal-GVO. Auch die frühere Vertikal-GVO Nr. 2790/1999 war befristet, ebenso VO (EWG) Nr. 1983/83 bzgl. Alleinvertriebsvereinbarungen und Nr. 1984/83 bzgl. Alleinbezugsvereinbarungen.

9 Vestager, „Competition policy: time for a reset?“, Rede auf OECD Global Forum on Competition, 7.12.2020, https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/speech-evp-margrethe-vestager-oecd-global-forum-competition-competition-policy-time-reset_en.

10 Vertikal-GVO-E, Erwägungsgrund 2.

11 Vertikal-LL-E, Rn. 27 ff., dem „Working paper: Distributors that also act as agents for certain products for the same supplier“ der Kommission vom Februar 2021 folgend. Zu Plattformen als Handelsvertretern vgl. Rohrßen, ZVertriebsR 2019, 153, 159.

12 Keine Definition, sondern Regelbeispiel

13 Zum Begriff Ellger, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Auflage 2019, Art. 4 Vertikal-GVO Rn. 1.

14 Art. 4 besteht nun aus über 800, bislang nur aus rund 340 Wörtern (inkl. Überschrift).

15 Vgl. Rohrßen, ZVertriebsR 2017, 274, 281 bei Fn. 87.

16 „Gru“, weil nur die jeweilige Regelung selbst nicht freigestellt ist (der Vertrag im Übrigen schon (sofern nicht nach § 139 BGB anderes gelten soll), im Gegensatz zu „schwarzen“ Klauseln / Kernbeschränkungen nach Art. 4, vgl. Bechtold/Bosch/Brinker, EU-Kartellrecht, 3. Aufl. 2014, Art. 2 Vertikal-GVO Rn. 2; MüKo/Zöttl, Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2020, Art. 5 Rn. 2 Fn. 5).

17 Vgl. die Übersicht mit Praxisbeispielen der wesentlichen Vorgaben zum Online-Vertrieb bei Rohrßen, GRUR-Prax 2018, 39 ff.

18 Vgl. Rohrßen, ZVertriebsR 2019, 341, 342; ders., GRUR-Prax 2018, 39, 40 bei II.

19 Vertikal-LL-E, Rn. 316.

20 Vertikal-LL-E, Rn. 323 ff., 327.

der Angebote der Händler“ erlauben²¹. Zulässig wären solche Verbote hingegen in Alleinvertriebssystemen, dass Händler über die Preisvergleichsmaschinen nicht aktiv in exklusiv dem Hersteller oder Dritten vorbehaltene Gebiete / an exklusive Kunden verkaufen.

c) „Dual pricing“ / Doppelpreise für Off- und Onlineverkäufe

Bislang nur sehr ausnahmsweise zulässig²², können Doppelpreissysteme – also unterschiedliche Preise für den Verkauf von Produkten, die Abnehmer off- oder online verkaufen – nach der künftigen Vertikal-GVO zulässig sein. So können sie gemäß den künftigen Vertikal-Leitlinien freigestellt sein, wenn sie darauf zielen, Anreize für Investitionen im jeweiligen Bereich zu fördern²³.

d) Online-Plattformen

Neu ist auch, dass sog. Online-Vermittlungsdienste nun – bislang umstritten²⁴ – der Vertikal-GVO unterfallen. Denn sie werden dort als „Anbieter“ qualifiziert (Art. 1 Abs. 1 lit. d Vertikal-GVO-E). Online-Vermittlungsdienste gemäß Vertikal-GVO 2022 meint dieselben Dienste wie die P2B-VO²⁵, insbesondere Online-Marktplätze, Preisvergleichsinstrumente²⁶, App Stores, Hotel- und sonstige Reisebuchungsportale, Social Media. Für diese Online-Vermittlungsdienste sollen weite Bestpreisklauseln²⁷ unzulässig sein: „Verpflichtungen, ... Waren oder Dienstleistungen Endverbrauchern nicht unter Inanspruchnahme konkurrierender Online-Vermittlungsdienste zu günstigeren Bedingungen anzubieten“²⁸. Damit geht die Vertikal-GVO über die Vorgaben des Digital Markets Act-Entwurfs hinaus, der ausschließlich für Gatekeeper, also die ganz großen Online-Vermittlungsdienste erfasst und Preis- oder Konditionenparität gegenüber anderen Online-Vermittlungsdiensten verbieten soll²⁹.

2. Preisbindung – keine Lockerung in Sicht

Preisbindungen zweiter Hand bleiben grundsätzlich verboten, allen Anregungen zur Lockerung³⁰ zum Trotz. Sie bleiben eine Kernbeschränkung, die allein ausnahmsweise per Legalausnahme zulässig sein mag³¹. Dazu listen die Vertikal-Leitlinien 2022 die drei bereits aus der geltenden Leitlinien bekannten³² Beispiele möglicher Ausnahmen auf: (i) Kurzfristige Werbeaktionen zwecks Markteinführung neuer Produkte, (ii) koordinierte kurzfristige Sonderangebotskampagne von 2 bis 6 Wochen (insbesondere bei

einheitlichen Vertriebsformaten wie dem Franchising) und (iii) das Ermöglichen von Kundenberatung vor dem Verkauf, insbesondere bei Erfahrungsgütern oder komplizierten Produkten³³. Wie selten solche Ausnahmen zulässig sind, zeigen aktuelle Beispiele. So bebußt das Bundeskartellamt alleine im August 2021 mehrere Fälle von Preisabsprachen bei Herstellern und Händlern von Musikinstrumenten sowie, passend zum Schulanfang, von Schulrucksäcken und Schultaschen³⁴.

Da Preisvorgaben nur per Legalausnahme, nicht per Gruppenfreistellung zulässig sind, empfiehlt sich eine Klarstellung in den künftigen Vertikal-Leitlinien bzgl. der Einzelhandels-Paritätsverpflichtungen. Denn gemäß dem Leitlinien-Entwurf „fallen die Verpflichtungen unter die Gruppenfreistellung“, wenn „Unternehmen in der Lage sind, solche Einzelhandels-Paritätsverpflichtungen gemäß den Vorschriften über eine Mindestpreisbindung der zweiten Hand zu erfüllen“³⁵. Wann das der Fall sein soll, erläutern die Leitlinien indes nicht.

Der Einsatz von Preisüberwachungssoftware als solcher wird weiterhin unbedenklich sein³⁶. Denn die Preisüberwachung alleine stellt grundsätzlich keine Preisbindung der zweiten Hand dar. Der schmale Grat zur verbotenen Preisabsprache kann allerdings schnell überschritten sein, wenn Hersteller nicht nur die Weiterverkaufspreise in ihrem Vertriebsnetz verfolgen, sondern bei Preissenkungen eingreifen³⁷. Preisalgorithmen, die die Preise überwachen und automatisch anpassen, reguliert der Vertikal-GVO-E nicht; dazu gibt es in der Vertikal-GVO wohl kaum Bedarf³⁸, zumal der künftige Digital Services Act hierzu voraussichtlich Informationspflichten aufstellen wird³⁹.

3. Alleinvertriebssysteme

a) Online stärkere Abgrenzung von Gebieten / Kundengruppen

Hersteller können ihre Alleinvertriebssysteme und die darin tätigen Händler gemäß Vertikal-GVO-E besser auf ihre jeweiligen Gebiete abgrenzen. Denn künftig können sie Händlern Vorgaben bzgl. der von ihnen verwendeten Website-Sprachoptionen machen. Bislang änderten laut Auffassung der Europäischen Kommission „die auf der Website oder in der Korrespondenz wählbaren Sprachen nichts am passiven Charakter des Verkaufs“⁴⁰. Künftig indes soll der Einsatz von Fremdsprachen, jenseits der Weltsprache Englisch, bereits gemäß Vertikal-GVO 2022 als aktiver Verkauf gelten⁴¹, der sich beschränken lässt.

b) „Shared exclusivity“⁴² / Geteilter Alleinvertrieb

Zudem können Hersteller künftig Alleinvertriebsgebiete auch mehr als einem Abnehmer (insbesondere: „Alleinvertriebshändler“) zuweisen. Denn Gebiets- bzw. Kundengruppenbeschränkungen sollen künftig auch zulässig sein

21 Vertikal-LL-E, Rn. 332.

22 Vgl. Rohrßen, GRUR-Prax 2018, 39, 40 bei Ziff. 7.

23 Vertikal-LL-E, Rn. 195.

24 Die Europäische Kommission erkennt an, dass deren Einordnung „nicht immer einfach“ ist, Vertikal-GVO-E, Erwägungsgrund 10.

25 Zu engen versus weiten Bestpreisklauseln Rohrßen, ZVertriebsR 2019, 341, 344 ff.; zu engen Bestpreisklauseln zuletzt BGH, Beschluss vom 18.5.2021, Az. KVR 54/20 („booking.com“).

26 Die ersten beiden zählen Vertikal-GVO-E-LL, Rn. 334 als Beispiele auf.

27 Zu engen und weiten Bestpreisklauseln Rohrßen, ZVertriebsR 2019, 341, 343.

28 Art. 5 Abs. 1 lit. d Vertikal-GVO-E; Entwurf der Leitlinien, Rn. 333 ff.

29 Vgl. DMA-E, Erwägungsgrund Nr. 37 sowie Art. 5 DMA-E; Rohrßen, ZVertriebsR 2021, 71, 77. Bislang ist der DMA indes noch im EU-Gesetzgebungsverfahren und ein Inkrafttreten nicht vor 2022 / 2023 zu erwarten.

30 Rohrßen, ZVertriebsR 2017, 274, 281 bei Fn. 90-92.

31 Vgl. Art. 4 lit. a Vertikal-GVO-E sowie die Vertikal-LL-E, Rn. 152 bzgl. Franchiseverträgen sowie allgemein Rn. 180.

32 Keine Preisbindung zweiter Hand, d. h.: Grundsätzlich keine Mindestpreise, keine Fixpreise, nur Höchstpreise, vgl. Art. 101 AEUV, Art. 4 lit. a Vertikal-GVO und Vertikal-LL Rn. 223.

33 Vertikal-LL-E, Rn. 182 lit. b.

34 Vgl. BKartA, Pressemitteilungen vom 5.8. und 17.8.2021.

35 Vertikal-LL-E, Rn. 345 Satz 4.

36 Vertikal-LL-E, Rn. 176.

37 Zum schmalen Grat zwischen zulässigem Meinungs austausch und verbotener Preisabsprache vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 8.7.2020, Az. U (Kart) 3/20 m. Anm. Rohrßen, ZVertriebsR 2020, 406-408.

38 Vgl. Künstner, GRUR 2019, 36, 41.

39 Hierzu und zum „Digital Services Paket“ der EU Rohrßen, ZVertriebsR 2021, 71, 74.

40 Vertikal-Leitlinien 2010, Rn. 52.

41 Art. 1 Abs. 1 lit. 1 Vertikal-GVO-E.

42 Zu den Begriffen vgl. die englische und deutsche Version des Vertikal-LL-E, Rn. 102.

für Gebiete bzw. Kundengruppen, die der Anbieter „*ausschließlich einem oder einer begrenzten Zahl anderer Abnehmer exklusiv zugewiesen hat*“⁴³.

c) „Pass on the active sales restriction“ / Beschränken weiterer Handelsstufen

Hersteller können künftig das Verbot aktiven Verkaufs in exklusiv sich selbst vorbehaltene oder Händlern exklusiv zugewiesene Vertriebsgebiete weitergeben lassen. So erlaubt es Art. 4 lit. b (i) Vertikal-GVO-E, die „Beschränkung des aktiven Verkaufs durch den Alleinvertriebshändler oder den Alleinvertriebshändler und seine Kunden, die eine Vertriebsvereinbarung mit dem Anbieter oder mit einem beteiligten Unternehmen geschlossen haben, dem der Anbieter Vertriebsrechte gewährt hat, in ein Gebiet oder an eine Kundengruppe ...“. Die Europäische Kommission begründet das künftig zulässige Weiterleiten damit, dass Verkäufe von Kunden eines Alleinvertriebshändlers in Alleinvertriebsgebiete die dortigen Alleinvertriebshändler demotivierten, in Qualität oder nachfragesteigernde Dienste zu investieren⁴⁴. Bislang hingegen durften Hersteller den „Verkauf durch die Kunden des Abnehmers nicht beschränkt(en)“ (Art. 4 lit. b (i) Vertikal-GVO), also keine Vorgaben für nachgelagerte Handelsstufen treffen. Demnach können Hersteller aktuell allenfalls – in der Praxis wohl kaum beachtet⁴⁵ – mit den weiteren Handelsstufen entsprechende Vereinbarungen schließen (ggf. als Mehrparteienvereinbarung⁴⁶).

4. Selektivvertriebsysteme

Für den Selektivvertrieb ergeben sich keine Änderungen. Ihre Legaldefinition in Art. 1 Abs. 1 lit. f Vertikal-GVO-E ist mit dem aktuell geltenden Art. 1 Abs. 1 lit. e Vertikal-GVO identisch; die deutsche (nicht die englische) Fassung weist bloß eine rein grammatikalische Anpassung auf⁴⁷. Weiterhin gilt, wie der Entwurf der Vertikal-Leitlinien bestätigt: Wenn selektive Vertriebssysteme die sog. Metro-Kriterien⁴⁸ erfüllen, fallen sie schon nicht unter das Kartellverbot.

Im Übrigen sollen die bisherigen Regelungen zu Kernbeschränkungen (Art. 4 Vertikal-GVO) sowie zu speziellen, auf bestimmte konkurrierende Anbieter zugeschnittene Wettbewerbsverbote (Art. 5 Abs. 1 lit. c Vertikal-GVO) auch laut Vertikal-GVO 2022 fortgelten. Offenbar allein klarstellend erfährt nun die englische Sprachfassung eine Anpassung an die Deutsche⁴⁹: Ist gemäß geltendem Art. 4 lit. b Vertikal-GVO die „*restriction ... of the customers ... except ... to an exclusive customer group*“ eine Kernbeschränkung, also scheinbar schon die Beschränkung einzelner Kunden, so sprechen nun Art. 4 lit. b, c und d Vertikal-GVO-E wie zuvor im Deutschen einheitlich von der „*restriction ... of the customer groups ... except ... to a customer group reserved ...*“.

43 Art. 4 lit. a (i) Vertikal-GVO-E; bislang heißt es „*ausschließlich einem anderen Abnehmer zugewiesen*“.

44 Vgl. Vertikal-LL-E Rn. 206: „... the supplier may require ... to pass on the active sales restriction to the buyer's customers“.

45 Schultze/Pautke/Wagener, Vertikal-GVO, 4. Aufl. 2019, Art. 4 Rn. 753 f.

46 Vgl. Art. 3 Abs. 2 Vertikal-GVO sowie Schultze/Pautke/Wagener, Vertikal-GVO, 4. Aufl. 2019, Art. 4 Rn. 753 f.

47 Aus „... sind Vertriebssysteme, in ...“ wird „... sind Vertriebssysteme, bei ...“.

48 Näher, speziell zum Fall Internetvertrieb / Fall „Coty“, Rohrßen, ZVertriebsR 2016, 278, 279 f.

49 Vgl. zu diesem Unterschied und den daraus entstehenden Unklarheiten Rohrßen, ZVertriebsR 2018, 277, bei Fn. 20.

5. Franchisesysteme

Für Franchise- und andere Lizenzverträge bleibt alles beim Alten. Art. 2 Abs. 3 Vertikal-GVO-E stellt klar, dass Franchise- und sonstige Verträge, die Rechte geistigen Eigentums bzw. dessen Nutzung übertragen, grundsätzlich auch durch die Vertikal-GVO-E freigestellt sein können. Dies betrifft insbesondere die Lizenz an Schutzrechten (insbesondere Marken) sowie Know-how⁵⁰. Für Franchiseverträge vorrangig bleibt allerdings auch künftig⁵¹ die Frage, ob die jeweilige Regelung nicht vertragsimmanent und daher kartellrechtlich unbedenklich ist, weil das Vertriebsmodell des Franchising einheitliche Produkte und ein einheitliches Auftreten am Markt voraussetzt⁵².

6. Dualer Vertrieb

Die Digitalisierung hat den Trend zur Vertikalisierung verstärkt – und damit den Dualvertrieb⁵³, bei dem der Hersteller in Konkurrenz zu seinen Vertriebsmittlern tritt und selbst als Händler tätig wird⁵⁴. Vereinbarungen, die *nicht* dieses Wettbewerbsverhältnis, sondern ausschließlich die Liefer- und Vertriebsbeziehung beider betreffen, können auch nach der Vertikal-GVO-2022 freigestellt sein (vgl. Art. 2 Abs. 4 lit. a Vertikal-GVO).

Nicht danach freigestellt sein soll ab einem Marktanteil von gemeinsam über 10 %⁵⁵ der Informationsaustausch zwischen Hersteller und Händler: Hierfür gelten aufgrund der darin liegenden Risiken kollusiven Zusammenwirkens die Regelungen für horizontale Vereinbarungen, insbesondere die Leitlinien über die horizontale Zusammenarbeit 2011/C 11/01⁵⁶. Der Verweis auf die Horizontalleitlinien findet sich bereits in den geltenden Vertikal-Leitlinien⁵⁷. Allerdings gehen die Horizontalleitlinien bislang nur punktuell⁵⁸ auf die Besonderheiten der dualen Vertriebs ein. Welche Informationen ein Anbieter von seinen Abnehmern, mit denen er im Wettbewerb steht, verlangen darf, ist in vielen Details ungeklärt⁵⁹. Idealerweise lässt sich hier auf Ebene der Vertikal-GVO und / oder der Horizontalleitlinien (s.u., IV. 2.) nachbessern, um mehr Rechtsicherheit zu schaffen.

Ebenfalls nicht freigestellt sein sollen auch vertikale Vereinbarungen zwischen Online-Vermittlungsdiensten, die auch Waren oder Dienstleistungen im Wettbewerb mit

50 Vertikal-LL-E, Rn. 67 ff., 75.

51 Vgl. Vertikal-LL-E, Rn. 150 bei Fn. 64 unter Verweis auf die Pronuptia-Rspr. (dazu nächste Fn.).

52 Vgl. EuGH, Urteil vom 28.1.1986, Rs. 161/84 („Pronuptia“) Rn. 17: „muss der Franchisegeber die Maßnahmen ergreifen können, die zum Schutz der Identität und des Namens der durch die Geschäftsbezeichnung symbolisierten Vertriebsorganisation angezeigt sind. Infolgedessen sind die Bestimmungen, in denen die dazu unerlässliche Kontrolle geregelt wird, ebenfalls keine Wettbewerbsbeschränkungen“. Vgl. auch Posch/Samek, ZVertriebsR 2018, 302 ff. sowie Schultze/Pautke/Wagener, Vertikal-GVO, 4. Aufl. 2019, Rn. 770 ff., 775.

53 Vgl. Rohrßen, ZVertriebsR 2019, 341, 347. Näher BKartA, Hintergrundpapier – Arbeitskreis Kartellrecht, 10.10.2019, S. 10; Hampe, ZVertriebsR 2013, 21.

54 Wobei der Dualvertrieb von Herstellern und Händlern die Gefahr unzulässiger Preisabstimmung birgt, vgl. zu den Schwächen von Art. 2 Abs. 4 Vertikal-GVO Metzlaß, ZVertriebsR 2020, 69.

55 Die 10%-Schwelle ist offenbar noch ein Testballon, den die Europäische Kommission hier steigen lässt. Dafür sprechen jedenfalls die eckigen Klammern, in die die 10%.-Schwelle derzeit offenbar provisorisch eingefügt ist.

56 Art. 2 Abs. 4 und 6 Vertikal-GVO-E.

57 Vertikal-LL, Rn. 212.

58 Horizontal-LL, Rn. 12.

59 Verständlicherweise kritisch daher Haberer/Fries, NZKart 2021, 444, 446 bei Fn. 25 m. w. N.

Unternehmen verkaufen, für die sie Online-Vermittlungsdienste anbieten, mit einem solchen konkurrierenden Unternehmen⁶⁰.

7. Wettbewerbsverbote

Für Wettbewerbsverbote, also die Verpflichtung des Abnehmers⁶¹, gilt auch künftig die Maximaldauer von fünf Jahren (Art. 5 Abs. 1 lit. a Vertikal-GVO-E). Anders als bislang⁶² dürfen Wettbewerbsverbote sich künftig auch stillschweigend über einen Zeitraum von fünf Jahren verlängern – vorausgesetzt, es bestehen angemessene Kündigungs- bzw. Neuverhandlungsmöglichkeiten, dass der Abnehmer zum Ablauf der fünf Jahre aus dem Wettbewerbsverbot aussteigen kann⁶³.

III. Anpassungsbedarf & -chancen: Checkliste Vertikalvereinbarungen Juni 2022 ff.

Hier die wesentlichen Punkte für die Gestaltung des Vertriebs im Überblick, alphabetisch sortiert, von A wie Alleinvertrieb über F wie Franchise und O wie Onlinevertrieb zu W wie Wettbewerbsverboten. In Kurzform zeigt die rechte Spalte Anpassungspflichten und -chancen an:

- „>“ steht für Regelungen, die den Gestaltungsspielraum erweitern („Anpassungschance“),
- „<“ steht für Regelungen, die den Gestaltungsspielraum verringern („Anpassungspflicht“) und
- „=“ steht für Regelungen, die im Wesentlichen identisch bleiben.

Weiteführende Details finden sich in den Fußnoten sowie oben (II.).

Vertikale Vereinbarung	Wesentliche Anpassungschancen bzw. -pflichten
Alleinvertrieb	> Zuweisen mehrerer Händler pro Gebiet oder Kundengruppe ⁶⁴ zulässig. > Längerfristiges Reservieren von Gebieten ^{65,66} zulässig. > Grauimporte minimieren: Weiterleiten des Verbots aktiven Verkaufs an nachgelagerte Handelsstufe ⁶⁷ zulässig.

Dualvertrieb	≤ ⁶⁸ Informationsaustausch Hersteller und Händler bei gemeinsamem Marktanteil >10 % bestimmt sich nach Horizontal-Leitlinien. < Vereinbarung Online-Vermittlungsdienst mit konkurrierendem Unternehmen, dem er Online-Vermittlungsdienste anbietet ⁶⁹ : nicht freigestellt.
Franchise	=
„Freier Vertrieb“ ⁷⁰	= ⁷¹
Onlinevertrieb – Plattformen / Verbote	≥ ⁷² Totalverbot des Internetverkaufs unzulässig ⁷³ . Drittplattformverbote zulässig, egal ob Luxusprodukt oder nicht ⁷⁴ .
Onlinevertrieb – Preisvergleichsinstrumente	= Totalverbot Preisvergleichsinstrumente unzulässig. Qualitätsstandards zulässig ⁷⁵ .
Onlinevertrieb – Preise	> Offline-Verkäufe incentivieren per Preissystem mit Investitionsanreiz ⁷⁶ zulässig.
Onlinevertrieb ⁷⁷ – Werbung	> Verboten aktiver Onlinewerbung im Alleinvertriebssystem bzgl. Exklusivgebiet/-kunden ⁷⁸ , etwa bzgl. Website-Sprachoptionen ⁷⁹ und länderspezifischer Domainnamen außerhalb des händler eigenen Gebiets ⁸⁰ zulässig.
Onlinevertrieb – Sonstige Qualitätskriterien, vertriebsmodellunabhängig ⁸¹	= Qualitätsanforderungen zulässig (z. B. Gestaltung Website/Ladenlokal, Beratung, Abschluss, Abwicklung Online-Verkäufe). Grenze: Dürfen weder faktisch dazu führen ⁸² noch bezwecken ⁸³ , die effektive Nutzung eines oder mehrerer bestimmter Online-Werbekanäle zu verhindern ⁸⁴ .

⁶⁰ Art. 2 Abs. 7 Vertikal-GVO-E.

⁶¹ Legaldefiniert in Art. 1 Abs. 1 lit. d Vertikal-GVO, künftig in Art. 1 Abs. 1 lit. c Vertikal-GVO-E.

⁶² Stillschweigende Vertragsverlängerungen werden aktuell wie unbefristete Verträge behandelt, d. h. sind nach Art. 5 Vertikal-GVO nicht freigestellt, vgl. EuG, Urteil vom 8.6.1995, Rs. T-7/93 Rn. 137 f. („Langnese-Iglo“).

⁶³ Vertikal-LL-E, Rn. 234.

⁶⁴ Bislang hingegen gilt: „Ein Gebiet oder eine Kundengruppe ist ausschließlich zugewiesen, wenn sich der Anbieter verpflichtet, sein Produkt nur an einen Händler zum Vertrieb in einem bestimmten Gebiet oder an eine bestimmte Kundengruppe zu verkaufen, und der Alleinvertriebs Händler ... vor aktivem Verkauf in sein Gebiet oder an seine Kundengruppe durch alle anderen Abnehmer des Anbieters ... geschützt wird.“ (Vertikal-LL, Rn. 51 Satz 3).

⁶⁵ „for the future“, ohne ausdrückliche Zeitgrenze, vgl. Vertikal-GVO-LL-E, Rn. 105. Anbieter muss Abnehmer nur entsprechend informieren.

⁶⁶ Gebietsvorbehalte sind bislang unklar und wohl eher nur zulässig, soweit nach angemessener Vorlaufzeit mit Vertrieb dort zu rechnen ist. Schultze/Pautke/Wagener, Vertikal-GVO, 4. Aufl. 2019, Rn. 748 sprechen von „6-24 Monaten“ je nach Produkt / Notwendigkeit Markteinführung.

⁶⁷ Sog. „gestufter Alleinvertrieb“, bislang unzulässig, vgl. Art. 4 lit. b (i) Vertikal-GVO: „sofern dadurch der Verkauf durch die Kunden des Abnehmers nicht beschränkt wird“.

⁶⁸ Die Einstufung als „kleiner gleich“ rührt daher, dass bereits aktuell für den Informationsaustausch die Vertikal-LL auf die Horizontal-LL verweisen, zugleich allerdings nun Art. 2 Vertikal-GVO-E weitere Marktanteilsschwellen einführt.

⁶⁹ Art. 2 Abs. 7 Vertikal-GVO.

⁷⁰ So der Begriff laut Vertikal-LL-E, Rn. 187, bzw. „öffener“ oder „intensiver Vertrieb“, zu Vertikalvereinbarungen dort im Nachgang zum Coty-Urteil Rohrßen, DB 2018, 300, 303, 304.

⁷¹ Künftig geregelt in Art. 4 lit. d Vertikal-GVO-E. Die Regelung ist allerdings nicht neu, sondern entspricht im Ergebnis dem geltenden Art. 4 lit. a Vertikal-GVO. Erforderlich ist sie nur deswegen, weil Art. 4 lit. a Vertikal-GVO-E künftig nur für Alleinvertriebssysteme gelten soll. Notwendig erscheint diese Auffächerung nicht.

⁷² Die Einstufung als „größer gleich“ rührt daher, dass je nach Auffassung bereits aktuell Plattformverbote unabhängig vom Vertriebssystem und von der Produktkategorie zulässig sein können.

⁷³ Zulässig nur nach Art. 101 Abs. 3 AEUV, d. h. „fast immer unzulässig“ (Rahmeyer ZVertriebsR 2015, 144).

⁷⁴ Vertikal-LL-E, Rn. 316 f.

⁷⁵ Vertikal-LL-E, Rn. 328.

⁷⁶ Vertikal-LL-E, Rn. 195.

⁷⁷ Siehe hierzu vereinfachte Regelungsbeispiele absteigender Verbotsintensität bei Rohrßen, GRUR-Prax 2018, 39 ff.

⁷⁸ Vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. i Vertikal-GVO-E.

⁷⁹ Vertikal-LL-E, Rn. 200. Bislang laut EU-Kommission unzulässig, vgl. Vertikal-LL, Rn. 52 S. 6; zu Recht kritisch Rahmeyer, ZVertriebsR 2015, 144, 146; siehe auch Rohrßen, GRUR-Prax 2018, 39, 40.

⁸⁰ Vertikal-LL-E, Rn. 200.

⁸¹ Vertikal-LL, Rn. 193 f.

⁸² Vertikal-LL, Rn. 188.

⁸³ Vertikal-LL, Rn. 196.

⁸⁴ Vertikal-LL-E, Rn. 188.

Plattformen – Meistbegünstigungsklauseln	< „Plattformübergreifende Einzelhandels-Paritätsverpflichtungen“ nicht freigestellt ⁸⁵ .
Preise	=
Selektivvertrieb ⁸⁶	= ⁸⁷
Wettbewerbsverbote	> Stillschweigende Verlängerung über 5 Jahre kann freigestellt sein ⁸⁸ .

IV. Verbesserungsmöglichkeiten und Inkrafttreten / Übergang

Wie erwartet, behandeln die Entwürfe der Vertikal-GVO-2022 und der zugehörigen Leitlinien die Plattformökonomie⁸⁹. Für Beschränkungen der Onlineverkäufe gilt weiterhin als oberste Leitlinie: Hersteller / Lieferanten dürfen den Internetvertrieb ihrer Abnehmer nicht derart beschränken, dass sie das Internet nicht mehr „*wirksam für den Online-Verkauf ihrer Waren oder Dienstleistungen*“⁹⁰ bzw. „*einen oder mehrere Online-Werbekanäle wirksam*“ nutzen können⁹¹.

1. Desiderata: Klarere Gestaltung

Aus Anbietersicht begrüßenswert, weil die Gestaltungsspielräume erweiternd, ist die geplante Ausdehnung / Zulassung des Alleinvertriebs für mehr als einen Exklusivhändler pro Gebiet / Kundengruppe. Das neue Merkmal „*begrenzte Zahl von Abnehmern*“⁹² eröffnet Auslegungsspielraum. Laut Legaldefinition der Alleinvertriebssysteme⁹³ hat die „begrenzte Zahl“ den Zweck, „*um zum Schutz der Investitionen der Abnehmer ein bestimmtes Geschäftsvolumen zu sichern*“⁹⁴. Das soll Flexibilität erlauben, bringt möglicherweise indes auch Rechtsunsicherheit⁹⁵.

Optimierungsfähig sind auch die Regelungen zum Informationsaustausch im Dualvertrieb (s. o., II. 6.) sowie die Leitlinien bzgl. Einzelhandels-Paritätsverpflichtungen (s. o., II. 2.)

Zudem könnte die deutsche Fassung noch näher an die englische Fassung angelehnt werden: Wo etwa im Englischen von „*exceptions*“ die Rede ist, ist im Deutschen einmal von „*Freistellungen*“, einmal von „*Ausnahmen*“ die Rede⁹⁶. Dasselbe gilt auch für die Begriffe „*Alleinvertriebshändler*“ bzw. „*exklusiv*“, die im Deutschen parallel verwendet werden, statt einheitlich entweder von „*Alleinvertriebshändlern*“ und „*allein*“ bzw. „*ausschließlich*“ zugewiesenen Gebieten bzw. klar konsistent von „*Exklusivhändlern*“ und „*exklusiv zugewiesenen Gebieten*“ zu sprechen⁹⁷.

Schließlich: Ob die nun vorgeschlagene, kleinteiligere Differenzierung innerhalb der zulässigen Rückausnahmen von den Kernbeschränkungen in Artikel 4 lit. b Vertikal-GVO-E eine Verbesserung darstellt, wird die Anwendungspraxis zeigen. Ein unmittelbarer Vorteil lässt sich aus der Auffächerung der Gebiets- und Kundengruppenbeschränkungen kaum erkennen.

2. Inkrafttreten der neuen Vertikal-GVO

Die neuen Regeln gelten ab Juni 2022. Bis 17.9.2021 können Interessierte an der öffentlichen Konsultation teilnehmen. Danach wird die Europäische Kommission die Entwürfe überarbeiten, so dass die Vertikal-GVO und die zugehörigen Leitlinien zum Juni 2022 in Kraft treten. Der „Reboot“⁹⁸ der Vertikal-GVO ist eingerahmt in die Überprüfung weiterer kartellrechtlicher Regelungen. So stellt die Europäische Kommission auch die Kfz-GVO, die horizontalen Gruppenfreistellungsverordnungen⁹⁹, die GVO für Schifffahrtskonsortien sowie die Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes auf den „Prüfstand“¹⁰⁰.

3. Übergangsregelungen

Für Vereinbarungen, die nach der neuen Vertikal-GVO unzulässig werden, gelten Übergangsfristen. Stand jetzt sind sie bis 31. Mai 2023 anzupassen, vorausgesetzt, sie sind bereits am 31.5.2022 in Kraft gesetzt worden. D. h.: alle ab Juni 2022 neuen Vereinbarungen müssen die neue Vertikal-GVO einhalten. ■

⁸⁵ Art. 5 Abs. 1 lit. c Vertikal-GVO-E; Vertikal-GVO-LL-E, Rn. 238 f. und 333 ff. (allgemein), 336 (Abgrenzung bzgl. Online-Vermittlungsdiensten u. anderen).

⁸⁶ Zwecks einheitlicher Begriffsbildung sollte die Vertikal-GVO auf Deutsch parallel zum „Alleinvertriebssystem“ auch vom „Selektivvertriebssystem“ sprechen.

⁸⁷ Die Kernbeschränkungen aus Art. 4 sowie das spezielle Wettbewerbsverbot

⁸⁸ Stillschweigende Vertragsverlängerungen werden aktuell wie unbefristete Verträge behandelt, d. h. sind nach Art. 5 Vertikal-GVO *nicht* freigestellt, vgl. EuG, Urteil vom 8.6.1995, Rs. T-7/93 Rn. 137 f. („Langnese-Iglo“).

⁸⁹ Vgl. Rohrßen, ZVertriebsR 2019, 341, 345 bei Fn. 88 f.

⁹⁰ Vgl. die neue Definition der „Beschränkung des aktiven oder passiven Verkaufs“ in Art. 1 Abs. 1 n Vertikal-GVO-E.

⁹¹ Vgl. nur Vertikal-LL-E, Rn. 317.

⁹² Art. 4 lit. b (i), lit. c (i) und lit. d (i) Vertikal-GVO-E.

⁹³ Art. 1 Abs. 1 lit. g Vertikal-GVO-E.

⁹⁴ Siehe auch Vertikal-LL-E, Rn. 107.

⁹⁵ Unklares, zumal subjektives Kriterium, vgl. Haberer/Fries, NZKart 2021, 444, 445 bei II.1.a).

⁹⁶ Vgl. Art. 2 Abs. 6 und 7 Vertikal-GVO-E.

⁹⁷ Vgl. nur Vertikal-LL-E, Rn. 206. Im Englischen ist konsistent von „exclusive distributor“ bzw. „exclusively allocated“ die Rede.

⁹⁸ S.o. die Einleitung.

⁹⁹ Die FuE- und die Spezialisierungs-GVO laufen am 31.12.2022 aus.

¹⁰⁰ Bischke/Brack, NZG 2021, 191 ff. mit weiteren Details.