

# STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT E.V.

Feldmühleplatz 1  
D - 40545 Düsseldorf  
Postfach 10 17 43  
D - 40008 Düsseldorf  
www.studienvereinigung-  
kartellrecht.de

**Büroanschrift des Vorsitzenden:**  
Place du Champ de Mars 5  
Bastion Tower  
B - 1050 Brüssel  
Tel: +32 2 504 7021  
Fax: +32 2 504 7500  
frank.montag@studienvereinigung-  
kartellrecht.de

European Commission  
Directorate General for Competition Consultation  
Review of Competition Rules  
for the Distribution Sector  
B-1049 Brussels

28. September 2009

## **STELLUNGNAHME DER STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT ZUM VORSCHLAG DER KOMMISSION FÜR EINE GEÄNDERTE GVO UND GEÄNDERTE LEITLINIEN FÜR LIEFER- UND VERTRIEBS-VEREINBARUNGEN (VERTIKALE BESCHRÄNKUNGEN)**

### **I ALLGEMEINES**

- 1 Die Studienvereinigung Kartellrecht (Studienvereinigung) ist ein eingetragener Verein deutschen Rechts, dessen Zweck die Förderung von Wissenschaft und Forschung auf dem Gebiet des nationalen, europäischen und internationalen Kartellrechts ist und der mehr als 800 Rechtsanwälte aus Deutschland, Österreich und der Schweiz zu seinen Mitgliedern zählt. Die Mitglieder der Studienvereinigung beraten und vertreten häufig Unternehmen im Zusammenhang mit der Anwendung des EG-Wettbewerbsrechts auf Liefer- und Vertriebsbeschränkungen.
- 2 Die Studienvereinigung Kartellrecht begrüsst die Initiative der Europäischen Kommission, die Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 vom 22. Dezember 1999 über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen (Vertikal-GVO) und die dazugehörigen Leitlinien für vertikale Beschränkungen (Leitlinien) einer Überprüfung zu unterziehen und (mit gewissen Modifikationen) zu verlängern. Liefer- und Vertriebsvereinbarungen werden von den europäischen Unternehmen, unabhängig

**VORSTAND:** Dr. Frank Montag (Vorsitz) - Prof. Dr. Albrecht Bach - Dr. Ingo Brinker - Dr. Wolfgang Deselaers - Dr. Franz Hoffet - Prof. Dr. Dirk Schroeder - Dr. Christoph Stadler - Prof. Dr. Gerhard Wiedemann - Dr. Hanno Wollmann  
Ehrenvorsitzende: Dr. Cornelis Canenbley - Alfred-Carl Gaedertz  
Ehrenmitglieder: Oliver Axster † - Prof. Dr. Rainer Bechtold - Jochen Burrichter - Dr. Otfried Lieberknecht

## STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT E.V.

von ihrer Grösse und wirtschaftlichen Bedeutung, sehr häufig abgeschlossen. Es handelt sich um eine Kategorie von Vereinbarungen, die in der Wirtschaftspraxis ein ausgesprochenes „Massenphänomen“ ist. In den seltensten Fällen sind die beteiligten Unternehmen in der Lage, vor Abschluss solcher Vereinbarungen eine detaillierte Einzelfallbeurteilung unter rechtlichen und ökonomischen Kriterien anzustellen. Gleichzeitig ist ein effizienter Vertrieb eine unverzichtbare Voraussetzung für die Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Wirtschaft. In keinem Bereich des Kartellrechts kommt der Rechtssicherheit für die Unternehmen und der Verringerung ihres Transaktionsaufwands durch einfache juristische Prüfkriterien eine so grosse Bedeutung zu wie bei vertikalen Vereinbarungen. Die Vertikal-GVO hat sich in diesem Umfeld aus Sicht der Praxis als klare Verhaltensregel für den Abschluss von Vertriebs- und Lieferverträgen in den vergangenen zehn Jahren bewährt. Insbesondere die Zusammenfassung verschiedener alter GVO und die Erweiterung des Anwendungsbereichs (z.B. auf den Alleinbezug zum Zwecke der Verarbeitung oder auf den selektiven Vertrieb) waren für die Rechtspraxis positiv. Das Gleiche gilt für die Straffung der Klauselkataloge in den Art. 4 und 5. Eher problematisch in der Anwendung war dagegen die Einführung des zwar ökonomisch einfachen aber in der Rechtspraxis unsicheren Marktanteils-Schwellenwerts von Art. 3. Dieser führt dazu, dass die GVO in vielen an sich unproblematischen Fällen nicht hilft. Ähnliche Probleme ergeben sich hinsichtlich des potentiellen Wettbewerbs (Art. 2 (4) i.V.m. Art. 1 (1) a)). Es ist in der Praxis oft sehr schwierig festzustellen, ob ein Vertragspartner, der die Produkte nicht herstellt, potentieller Wettbewerber ist oder nicht. In anderen GVO hat die Kommission für die Qualifikation als Wettbewerber auf die Eigenschaft "als Hersteller" abgestellt, was in der Vertikal-GVO leider nicht der Fall ist und zu erheblicher Reaktionsunsicherheit führt.

3. Einen erheblichen Beitrag zur Rechtssicherheit haben auch die Leitlinien als Darstellung der Gerichts- und Behördenpraxis zu vertikalen Beschränkungen einen Beitrag geleistet. Die Initiative zur Anpassung der Vertikal-GVO und der Leitlinien an neue wettbewerbsökonomische Erkenntnisse und Marktentwicklungen sowie die Einarbeitung der aktuellen Gerichts- und Behördenpraxis in die Leitlinien ist daher zu begrüßen. Gleichzeitig ist darauf zu achten, dass die Vertikal-GVO und die Leitlinien justiziabel bleiben, also nicht in einem sachlich nicht gerechtfertigten Mass an Komplexität gewinnen. Dieser Notwendigkeit wird der vorgelegte Kommissionsvorschlag zwar in den meisten, aber nicht in allen Punkten gerecht.
4. Durch die Veröffentlichung von Leitlinien kann die Kommission kein neues Gemeinschaftsrecht schaffen. Die Wirkung der Leitlinien beschränkt sich zum einen darauf, die Entscheidungspraxis der Europäischen Gerichte und die Meinung der Behörde zu referieren (insoweit entspricht die Wirkung der Leitlinien der eines *Legal Commentary*). Zum anderen kann sich die Kommission durch die Veröffentlichung von Leitlinien im Rahmen ihrer Ermessensausübung selbst binden sowie den interessierten Verkehrskreisen die eigenen Prioritäten bei der Anwendung des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts bekannt machen. Eine Bindung anderer Stellen, die zur Anwendung des Gemeinschaftsrechts berufen sind – etwa der nationalen

## STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT E.V.

Zivilgerichte – wird dadurch nicht bewirkt. Aus Sicht der Studienvereinigung wäre es wünschenswert, diese eingeschränkte Bindungskraft der Leitlinien in deren Randnummer 4 deutlicher zum Ausdruck zu bringen (etwa in der Art, wie dies in den Randnummern 2 und 3 der jüngsten Mitteilung der Kommission zu ihren Prioritäten bei der Anwendung von Art 82 EG-Vertrag geschehen ist). Darüber hinaus sollten wesentliche Neuerungen (etwa betreffend den Internet-Vertrieb oder Preisbindungen der zweiten Hand) nicht bloss in den Leitlinien behandelt, sondern auch in die Vertikal-GVO selbst aufgenommen werden.

- 5 Die neuen Leitlinien stellen in Randnummer 47 klar, dass die Kernbeschränkungen in Art. 4 GVO lediglich eine Vermutung darstellen, dass entsprechende Vereinbarungen unter Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag fallen und die Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag wahrscheinlich nicht erfüllt sind. Weiter wird in Randnummer 47 festgestellt, dass diese Vermutung im Einzelfall mit der Einrede der Effizienz widerlegt werden kann und die Kommission – wenn diese Einrede substantiiert vorgetragen wird – die negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb effektiv würdigen muss und nicht lediglich vermuten darf. Dieser *effect based approach* ist zu begrüßen, und es ist zu hoffen, dass die tatsächliche Anwendung dieser Bestimmung nicht an zu hohe Beweisanforderungen seitens der Unternehmen geknüpft wird. Die Frage stellt sich, ob die Bedeutung dieser Regeln zur Beurteilung von Kernbeschränkungen nicht eine Aufnahme in die Vertikal-GVO (etwa im Rahmen der Erwägungsgründe) selbst nahelegt. Hilfreich sind auch die in Randnummer 221 angeführten Beispiele für Anwendungsfälle, in welchen eine Beschränkung für den Weiterverkaufspreis im Sinne von Art. 4 lit. a Vertikal-GVO ausnahmsweise aufgrund von Effizienzgewinnen gerechtfertigt sein können. Es wäre allerdings zu begrüßen, wenn der lediglich beispielhafte Charakter der in Randnummer 221 erwähnten Effizienzgewinne klarer betont würde. Zudem fragt sich, ob nicht auch zu den übrigen Kernbeschränkungen Beispiele für die Anwendungs-Rechtfertigung aus Effizienzgründen aufgeführt werden können.
- 6 In Randnummer 52 und 57 der Leitlinien konkretisiert die Kommission ihre Einschätzung von Beschränkungen des Online-Verkaufs. Sie führt in diesen Randnummern Beispiele für Kernbeschränkungen des passiven Verkaufs aus. Abgesehen von der Frage, ob diese Regeln inhaltlich gerechtfertigt sind (vgl. dazu hinten III.|C.), erscheint es unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit nicht angebracht, auf der Stufe der Leitlinien neue Formen von Kernbeschränkungen zu definieren. Sollten tatsächlich neue Tatbestände als Kernbeschränkungen erfasst werden, so müsste dies aus Gründen der Transparenz in Art. 4 der Vertikal-GVO und nicht in den Leitlinien erfolgen.
- 7 Allerdings ist es aus verschiedenen Gründen zweifelhaft, ob eine Erweiterung der Tatbestände, welche als Kernbeschränkungen gelten, wünschbar ist. Zwischen einer rigideren Behandlung einzelner Vertikalbeschränkungen in der Vertikal-GVO und den Leitlinien und dem Ziel eines *more economic approach* bzw. eines *effect based approach* besteht ein Widerspruch. Kernbeschränkungen haben von ihrer Wirkung her

## STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT E.V.

Ähnlichkeiten mit Per-se-Verboten; neuere wettbewerbsökonomische Erkenntnisse sprechen demgegenüber bei den meisten Vertikalbeschränkungen für eine Einzelfallbetrachtung. Auf das Verhalten von Unternehmen haben die Kernbeschränkungen einen abschreckenden Effekt; entsprechende Verträge werden angesichts der Risiken, die mit einer Effizienzrechtfertigung im Einzelfall verbunden sind, typischer Weise nicht abgeschlossen und Unternehmen verzichten auf die Tötigung entsprechender Investitionen. Die Studienvereinigung Kartellrecht steht deshalb der Einführung neuer Kernbeschränkungen, insbesondere wenn diese auf der Stufe der Leitlinien erfolgt, skeptisch gegenüber.

- 8 Das Bemühen der Kommission, in den Leitlinien die Gerichts- und Behördenpraxis fortzuschreiben und ihre Beurteilungskriterien für einzelne Beschränkungen weiter zu konkretisieren, ist zwar unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit grundsätzlich zu begrüßen. Dieses Bemühen geht allerdings mit einem zunehmend formalisierenden Ansatz einher (z.B. bei der Aufzählung neuer Kernbeschränkungen in Randnummer 52), welcher dem *effect based approach* zuwiderläuft. Zudem besteht die Gefahr, dass die Gerichtspraxis nur unvollständig und damit unzutreffend wiedergegeben wird, wie dies z.B. bei der Wiedergabe der Praxis zu Handelsvertreterverträgen (Daimler-Chrysler/Kommission, SLG. 2005, S. 2-3319) der Fall ist. So werden in Randnummer 14 als neue Kategorie Risiken im Zusammenhang mit Tätigkeiten auf anderen sachlich relevanten Märkten erwähnt. Diese sollen für die Einordnung als Handelsvertreter-Vertrag dann relevant sein, wenn sie unerlässlich für den Ankauf oder Verkauf der Vertragswaren oder -dienstleistungen im Namen des Auftraggebers sind. Hier stellt sich die Frage der Justiziabilität des Kriteriums der Unerlässlichkeit, aber auch jene, ob dieser Ansatz mit der Daimler-Rechtssprechung des Gerichts erster Instanz zu vereinbaren ist.
- 9 In anderen Bestimmungen der Leitlinien, so insbesondere in jenen zu Beschränkungen des Online-Vertriebs in Randnummern 52 ff., kommt eine wettbewerbspolitische Haltung der Kommission zum Ausdruck, welche kurzfristige Preisvorteile zugunsten der Verbraucher gegenüber anderen Wettbewerbsparametern und Effizienzgewinnen vertikaler Beschränkungen sehr stark betont. Diese Haltung kann dazu führen, dass andere Verbraucher-Vorteile wie die Qualität der Produkte, das Markenimage, die Produktvielfalt und die Vertriebsdienstleistungen zu wenig gewichtet werden und damit der Verbraucher insgesamt nicht profitiert. Diese Haltung kann auch dazu führen, dass insbesondere kleinere und neu in den Markt eintretende Unternehmen benachteiligt werden, da sie gegenüber grösseren und finanzkräftigeren Unternehmen nicht die Möglichkeit haben, Einschränkungen der Gestaltung des unabhängigen Vertriebs in der Vertikal-GVO durch einen vertikal integrierten Vertrieb zu vermeiden. In diesem Sinne befürwortet die Studienvereinigung Kartellrecht einen Regelungsansatz, der die Wahlfreiheit der Vertriebsformen und -kanäle auf *allen* Stufen der Wertschöpfungskette in den Vordergrund stellt.
- 10 In Randnummer 123 der Leitlinien befasst sich die Kommission mit dem Kriterium des Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag, wonach eine Freistellung vom Kartellverbot nicht in Betracht

## **STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT E.V.**

kommt, wenn die Vereinbarung zu einer Ausschaltung des Wettbewerbs führt. In diesem Zusammenhang heisst es, dass eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung, die eine marktbeherrschende Stellung aufrechterhält, schafft oder verstärkt, normalerweise nicht mit den damit einhergehenden Effizienzgewinnen gerechtfertigt werden kann. Nach Auffassung der Studienvereinigung steht diese Passage in einem Spannungsverhältnis zu Randnummer 30 der jüngsten Kommissions-Mitteilung zu Art 82 EG-Vertrag. Dort heisst es, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen auch ein zur Ausschliessung von Wettbewerbern führendes Verhalten mit Effizienzvorteilen rechtfertigen kann. Bei der näheren Konkretisierung, worauf es in diesem Zusammenhang ankommt, wird bewusst auf die in Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag genannten Kriterien Bezug genommen. Während also die Mitteilung zu Art. 82 EG-Vertrag von einem „Primat“ des Effizienzeinwands vor der Verstärkung einer marktbeherrschenden Position ausgeht, scheint der Entwurf für die neuen Leitlinien zu vertikalen Beschränkungen das Gegenteil anzunehmen. Dies bedarf jedenfalls einer Klarstellung. Nach Auffassung der Studienvereinigung ist Randnummer 123 des Leitlinien-Entwurfs ein „Rückfall“ in jene Zeiten, in denen angenommen wurde, dass marktbeherrschende Unternehmen grundsätzlich nicht von einer Freistellung nach Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag profitieren können. Diesen Gedanken hatte die neuere wettbewerbsökonomische Erkenntnis bereits aufgegeben.

## **II ÄNDERUNGEN DER VERTIKAL-GVO**

### **A. ARTIKEL 3 (MARKTANTEILSSCHWELLE)**

- 11 Artikel 3 sieht neu vor, dass die Freistellung gemäss Art. 2 nur dann gilt, wenn keines der an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen einen Anteil von mehr als 30 % an einem von der Vereinbarung betroffenen relevanten Markt hat. Damit wird gegenüber der bisherigen Regelung nicht mehr lediglich auf den Marktanteil des Lieferanten auf seinem Absatzmarkt abgestellt, sondern allgemein auch auf den Marktanteil des Käufers bzw. Händlers. Die Kommission begründet diese Änderung mit der Marktentwicklung, die zu einer Steigerung der Marktmacht grosser Einzelhandelsketten geführt hat.
- 12 Die Studienvereinigung Kartellrecht steht dieser Änderung skeptisch gegenüber. Bereits in der Vergangenheit hat sich die Anwendung der Marktanteilsschwelle in der Praxis oftmals als schwierig erwiesen. Dies gilt auch heute unvermindert. Einerseits ist in gewissen Märkten die richtige sachliche und geographische Marktabgrenzung nicht durch eine entsprechende Gerichts- oder Behördenpraxis gesichert. Andererseits besteht gerade für kleinere und mittelständische Unternehmen oftmals nicht die Möglichkeit, sich ein Bild über die Marktanteile der beteiligten Unternehmen zu verschaffen. Schliesslich entwickeln sich die Marktanteile während der Dauer einer Vereinbarung dynamisch, und diese Entwicklung ist nicht immer für beide Vertragsparteien rechtzeitig zu erkennen. Die Erweiterung der Marktanteilsschwelle auf alle an einer Vereinbarung beteiligten Unternehmen erschwert die Einschätzung

## STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT E.V.

zusätzlich und erhöht damit die Rechtsunsicherheit. Dies gilt insbesondere für kleinere und mittlere Unternehmen, aber auch in geografisch eng abzugrenzenden und dynamischen Märkten, in denen sich die Marktanteile der Handelsstufe rasch ändern können.

- 13 Diese Bestimmung kann zudem zu einer Diskriminierung von Unternehmen in kleineren Mitgliedstaaten führen. Gerade in kleineren Mitgliedstaaten besteht oftmals im Einzelhandel bereits eine erhebliche Marktkonzentration. Dies kann dazu führen, dass in einzelnen Branchen in solchen Mitgliedstaaten die Vertikal-GVO ihre Bedeutung praktisch ganz verlieren kann, ohne dass dies wettbewerbsökonomisch zu rechtfertigen wäre.
- 14 Die Studienvereinigung hält es für zumindest erforderlich, in Art. 3 der neuen Vertikal-GVO näher zu präzisieren, was als ein „von der Vereinbarung betroffener Markt“ gilt. Dabei müsste sichergestellt sein, dass nur spürbar betroffene Märkte in die Betrachtung einbezogen werden. Einfacher wäre es, an der Regelung der VO 2790/1999 festzuhalten. Soweit ersichtlich, gab es in der zehnjährigen Geschichte der Vertikal-GVO keine Fälle, in denen diese Regelung zu unangemessenen Ergebnissen geführt hätten (sodass der Vorteil aus der GVO entzogen werden musste, weil der Marktanteil des Abnehmers auf dem von ihm bedienten Markt zu hoch war).

### **B. ARTIKEL 2 (4) A) (STREICHUNG DER FREISTELLUNG FÜR KLEINERE HÄNDLER)**

- 15 Die Kommission schlägt vor, in Art. 2 (4) a) die Bestimmung zu streichen, wonach die Freistellung auch für Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern gilt, wenn es sich um eine nicht wechselseitige vertikale Vereinbarung handelt und der jährliche Gesamtumsatz des Käufers 100 Millionen Euro nicht überschreitet. Diese Streichung hätte zur Folge, dass zahlreiche vertikale Vereinbarungen zwischen bzw. mit kleineren und mittleren Unternehmen, die zur Zeit von einer Freistellung profitieren, die Rechtssicherheit über die Zulässigkeit ihrer Vertragsbeziehung verlieren würden. Das erscheint nicht sachgerecht.
- 16 Sollte es bei dieser Einschränkung bleiben, wäre zumindest daran zu denken, auch die Definition des „Wettbewerbers“ in Art. 1 lit. a) stärker an die ökonomischen Realitäten heranzuführen. Derzeit (und auch nach dem Entwurf) ist es so, dass Unternehmen selbst dann als „Wettbewerber“ gelten, wenn sie auf dem räumlich relevanten Markt nicht miteinander konkurrieren (und zwar weder aktuell noch potentiell). Wenn also z.B. ein US-amerikanischer Hersteller von Verpackungsmaschinen, für den aus Kostengründen die Errichtung eines eigenständigen Vertriebs in Europa nicht in Betracht kommt, mit einem (kleinen) europäischen Verpackungsmaschinenerzeuger (der seinerseits den US-Markt nicht bearbeitet und nicht bearbeiten kann) eine Vertriebsvereinbarung abschließen will, wäre dies durch die GVO nicht gedeckt. Bei der derzeitigen Regelung könnte der europäische Produzent den Vertrieb zumindest dann übernehmen, wenn sein Umsatz weniger als 100 Millionen Euro ausmache. Diese beiden Dinge spielen ineinander. Angesichts dessen, dass die Vertikal-GVO

## STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT E.V.

einem *more economic approach* verpflichtet ist und die Hypothese weltweiter Märkte bei der Definition von Wettbewerbern sicher nicht der ökonomischen Realität entspricht, wäre es richtig, Art. 1 a) der GVO wie folgt zu ändern: „Wettbewerber‘ sind tatsächliche oder potenzielle Anbieter auf dem selben sachlich und räumlich relevanten Markt.“

- 17 Bedauerlich ist es, wie bereits erwähnt, dass die Kommission die Gelegenheit nicht wahrgenommen hat, bei der Regelung der Nichtanwendbarkeit (Art. 2 (4)) die Bezugnahme auf den potentiellen Wettbewerber zu streichen (Art. 1 (1)). Die in Randnummer 27 geforderte Beurteilung, ob ein Unternehmen potentieller Wettbewerber ist, kann in der Basis oftmals nur schwer oder überhaupt nicht vorgenommen werden, was zu erheblicher Rechtsunsicherheit führt.

### C. ART. 4 LIT. B) 3. SPIEGELSTRICH (SELEKTIVER VERTRIEB)

- 18 Die Kommission schlägt vor, den dritten Spiegelstrich von Art. 4 lit. (b) der Vertikal-GVO wie folgt zu ändern: "... (mit Ausnahme) der Beschränkung des Verkaufs an nicht zugelassene Händler durch die Mitglieder eines selektiven Vertriebssystems auf Märkten, auf denen ein solches System besteht".
- 19 Die Absicht dieser Änderung scheint darin zu bestehen, Verbote des Verkaufs an nicht zugelassene Händler in Gebieten zu verhindern, in denen ein Hersteller kein selektives Vertriebssystem betreibt. Die Studienvereinigung Kartellrecht geht davon aus, dass diese Änderung nicht bezweckt, den Grundsatz des selektiven Vertriebs in Frage zu stellen. Es ist allerdings zu befürchten, dass der neue Wortlaut in der vorgeschlagenen Form missverstanden werden kann. Diese Bestimmung könnte nämlich Hersteller daran hindern, den Verkauf an nicht zugelassene Händler in jenen Gebieten zu verbieten, in denen er gar kein oder noch kein selektives Vertriebssystem betreibt. Dies könnte zum Beispiel bei neu in den Markt eintretenden Herstellern oder kleineren Herstellern der Fall sein, die ein selektives Vertriebssystem lediglich in einem Teil der Mitgliedstaaten der Gemeinschaft betreiben, jedoch nicht oder noch nicht auf sämtliche übrigen Mitgliedstaaten ausgeweitet haben. Bei dieser Fallkonstellation könnte Art. 4 (b) dritter Spiegelstrich so missverstanden werden, dass der Hersteller den zugelassenen Händlern in den bereits belieferten Mitgliedstaaten nicht mehr verbieten dürfte, nicht zugelassenen Händlern in den übrigen Mitgliedstaaten, in denen kein oder noch kein selektives Vertriebssystem besteht, Vertragsware zu liefern. Bei dieser Auslegung würde ein Hersteller deshalb indirekt daran gehindert, ein selektives Vertriebssystem zu betreiben, wenn sich dieses nicht auf sämtliche Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft erstreckt.
- 20 Dies würde vor allem für kleinere oder neu in den Markt eintretende Hersteller erhebliche Probleme bereiten, da diese unter Umständen faktisch daran gehindert würden, ihre Produkte überhaupt über selektive Vertriebssysteme zu vertreiben. Damit würde der selektive Vertrieb im eigentlichen Sinne seiner Substanz beraubt. Die Studienvereinigung Kartellrecht glaubt nicht, dass diese Auslegung von Art. 4 (b) dritter

## **STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT E.V.**

Spiegelstrich richtig wäre, bzw. eine solche Änderung beabsichtigt ist. Es gehört zum Kerngehalt eines selektiven Vertriebssystems, dass ein Hersteller zugelassene Händler daran hindern kann, an nicht zugelassene Händler zu liefern, wo auch immer diese nicht zugelassenen Händler tätig sind. Die Studienvereinigung Kartellrecht regt deshalb an, durch eine Umformulierung dieser Bestimmung eine Klärung zur beabsichtigten Regelung im eingangs erwähnten Sinne herbeizuführen.

### **III. ÄNDERUNGEN IN DEN LEITLINIEN**

#### **A. HANDELSVERTRETERVERTRÄGE**

21 Randnummer 16 der Leitlinien (letzter Spiegelstrich) besagt, dass zukünftig Vereinbarungen (unter anderem) nur dann als Handelsvertretervertrag betrachtet werden sollen, wenn der Vertreter auf keinen anderen sachlich relevanten Märkten tätig ist. Folgt man dem Wortlaut der Leitlinien, macht es dafür keinen Unterschied, ob diese andere Tätigkeit für denselben Geschäftsherrn erfolgt, und ob sie überhaupt in einem Zusammenhang zur fraglichen Vertriebsvereinbarung steht. Ein Hersteller von Küchenmöbeln würde daher nicht als Handelsvertreter gelten, wenn er im Namen und auf Rechnung eines Küchenmaschinenproduzenten dessen Waren (ohne eigenes Risiko) vertreibt. Die Studienvereinigung sieht für diese Einschränkung keine juristische oder ökonomische Begründung. Sie sollte im Text der Leitlinien entfallen.

#### **B. GELTUNGSBEREICH DER GVO – DEFINITION VERTIKALER VEREINBARUNGEN**

22 In Randnummer 25 wird unter Bezugnahme auf die Fallpraxis in Sachen Volkswagen AG und Bayer AG ausgeführt, in welchen Fällen die Kommission aus den konkreten Umständen den Schluss zieht, dass einseitige Handlungsweisen eines Unternehmens mit Zustimmung der übrigen beteiligten Unternehmen erfolgte. Insbesondere kann die Kommission den Nachweis einer Vereinbarung oder abgestimmten Verhaltensweise (Vorliegen einer stillschweigenden Zustimmung) dann erbringen, wenn ein Unternehmen die Verwirklichung eines einseitigen Handelns ausdrücklich oder stillschweigend verlangt und das andere beteiligte Unternehmen dieser Forderung nachgekommen ist, indem es dieses einseitige Verhalten in die Praxis umgesetzt hat. Als Beispiel wird die einseitige Ankündigung einer Lieferverringerung zum Ausschluss parallelen Handels und die unverzügliche Verringerung der Aufträge der Händler und deren Rückzug aus dem Parallelhandel erwähnt. Als weiteres Beispiel für das Vorliegen einer vertikalen Vereinbarung wird die Ableitung einer stillschweigenden Zustimmung aus dem Grad des Zwangs erwähnt, den ein beteiligtes Unternehmen ausübt, um sein einseitiges Handeln bei dem oder den anderen beteiligten Unternehmen durchzusetzen, in Kombination mit der Anzahl an Händlern, die das einseitige Handeln des Anbieters praktisch umsetzen.

23 Die Studienvereinigung Kartellrecht äussert Zweifel daran, ob die Formulierungen in Randnummer 25 tatsächlich das Fallrecht vollständig und korrekt wiedergeben. Die vorgeschlagene Formulierung führt zu einer starken Ausweitung des Kreises



## STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT E.V.

einseitiger Verhaltensweisen, welche unter den Verdacht einer stillschweigend abgestimmten Verhaltensweise fallen. Sie könnte dazu führen, dass bei Vorliegen der erwähnten Sachverhaltskonstellationen die beteiligten Unternehmen – insbesondere das Lieferunternehmen – die Beweislast dafür tragen, dass gerade keine Verhaltensabstimmung vorlag – ein Negativbeweis, der praktisch kaum zu führen sein dürfte.

### C. GRUNDLAGEN DER PRÜFUNG

- 24 In Randnummer 92 ff. unterbreitet die Kommission einen Vorschlag für die Neuformulierung der Grundlagen für die Prüfung vertikaler Beschränkungen im Einzelfall. Die Neufassung bzw. Ergänzung ist grundsätzlich zu begrüßen; sie legt ausführlich die Prüfungsmethoden der Kommission dar. Insbesondere wird der *more economic approach* bei der Einzelfallprüfung auf transparente Weise konkretisiert. Die Gefahr besteht allerdings, dass diese neuen Prüfungskriterien zu rigide angewendet werden.

### D. NEUE KERNBESCHRÄNKUNGEN IM BEREICH DES ONLINE-VERTRIEBS

- 25 In den Randnummern 52 und 57 des Entwurfs für geänderte Leitlinien führt die Kommission das Konzept der Kernbeschränkung auf der Stufe der Leitlinien ein. So sieht Randnummer 52 neu vor, dass in Bezug auf Beschränkungen des Internet-Vertriebs eine ganze Reihe von Beschränkungen als Kernbeschränkungen behandelt werden, so auch die Beschränkung, von einem Händler zu verlangen, den über den Internet getätigten Teil der Gesamtverkäufe zu begrenzen. In ähnlicher Weise wird in Randnummer 57 ein neuer Wortlaut eingefügt, welcher vorsieht, dass jede Verpflichtung des Händlers von der Kommission als Kernbeschränkung angesehen wird, durch die Vertragshändler von der Nutzung des Internets abgehalten werden, indem ihnen Kriterien für Online-Verkäufe auferlegt werden, die den Kriterien für Verkäufe im Geschäft nicht gleichwertig sind.
- 26 Durch die Aufnahme von Kernbeschränkungen in die Leitlinien wird das Risiko rechtlicher Auseinandersetzungen erhöht, die Rechtssicherheit vermindert und insbesondere bei nationalen Gerichten und Wettbewerbsbehörden für Verwirrung gesorgt. Dieses Risiko ist umso grösser, als sich der Sektor des Online-Vertriebs sehr dynamisch entwickelt und sich Kriterien für die Zulässigkeit von Beschränkungen erst gestützt auf genügende praktische Erfahrung herausbilden lassen werden. Die heute noch fehlende Praxis macht die vorgeschlagenen Kriterien der Leitlinien insbesondere für nationale Gerichte und Behörden schwer umsetzbar und für die betroffenen Unternehmen kaum voraussehbar (z.B. Randnummer 57, gleichwertige Kriterien).
- 27 Des Weiteren darf richtigerweise weder die Bestimmung in Randnummer 52 (Begrenzung des über das Internet getätigten Teils der Gesamtverkäufe) noch jene von Randnummer 57 (gleichwertige Kriterien) als Kernbeschränkung im Sinne des Begriffs verstanden werden. Im Gemeinschaftsrecht gilt als Kernbeschränkung eine

## STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT E.V.

Beschränkung, welche naturgemäss die Fixierung von Preisen oder Aufteilung von Märkten bezweckt oder bewirkt. Keine der neuen Bestimmungen kann in diesem Sinne als Kernbeschränkung verstanden werden, da ein entsprechender Zweck oder eine entsprechende Wirkung regelmässig fehlen dürften.

- 28 Schliesslich ist nicht nachvollziehbar, weshalb die in Randnummern 52 und 57 erwähnten Praktiken eine Kernbeschränkung darstellen. Die Kommission anerkennt ausdrücklich die Notwendigkeit von Beschränkungen zur Aufrechterhaltung des *brick and mortar*-Vertriebs. Genau diesem Zweck dient aber die in Randnummer 52 dritter Spiegelstrich erwähnte Beschränkung des Anteils der Internetverkäufe. Es handelt sich um eine Massnahme zur Gewährleistung der Haupttätigkeit des Händlers, nämlich des *brick and mortar*-Verkaufsnetzes. In diesem Zusammenhang ist auf die *Lancaster*-Entscheidung des deutschen Bundesgerichtshofs<sup>1</sup> zu verweisen, in welcher eine Klausel, wonach 50 % der Verkäufe durch das *brick and mortar*-Geschäft erfolgen müssen, nicht nur als zulässig und rechtmässig, sondern sogar als bescheiden bezeichnet wurde.
- 29 In ähnlicher Weise ist auch die neue Kernbeschränkung von Randnummer 57 zu kritisieren. Die Frage der angemessenen Kriterien für Online- und Offline-Verkäufe ist ausserhalb des vom Begriff der Kernbeschränkung erfassten Bereichs, da sie weder mit Preisfixierung noch mit Marktaufteilung etwas zu tun hat.
- 30 Zudem ist das Kriterium der "Gleichwertigkeit" von Randnummer 57 aus Gründen der Justiziabilität nicht zur Definition von Kernbeschränkungen geeignet. Es ist damit zu rechnen, dass dieses Kriterium zu Rechtsunsicherheit und entsprechend zu zahlreichen Auseinandersetzungen vor nationalen Gerichten und Behörden führen wird. Das Konzept der Kernbeschränkung ist insbesondere nicht angebracht, weil der geforderte Vergleich zwischen den auferlegten Kriterien inhärent schwierig und notwendigerweise subjektiv ist, wenn es um den Vergleich zweier verschiedener Vertriebsmodelle geht. Nach Gemeinschaftsrecht ist eine Kernbeschränkung nur dort möglich, wo die Wettbewerbsbeschränkung klar und offensichtlich ist. Dies gilt umso mehr, als der Gebrauch des Begriffs "Kernbeschränkung" *de facto* zu einer Umkehr der Beweislast führt. Eine derartige Beweislastumkehr ist nur ausnahmsweise zulässig.
- 31 In Randnummer 54 führt die Kommission ein neues Kriterium ein, nämlich den "Wettbewerb (...), der ohne die Untersagung stattfinden würde." Die Studienvereinigung Kartellrecht regt an, dieses neue Kriterium durch das bewährte Konzept der objektiven Rechtfertigung zu ersetzen. Das Konzept der objektiven Rechtfertigung ist durch die Rechtssprechung des Gerichts Erster Instanz und des Europäischen Gerichtshofs ausführlich konkretisiert worden und vermeidet damit

---

<sup>1</sup> BGH Urteil vom 4. November 2003, AZ: KZR 2/02.

## STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT E.V.

weitgehend Rechtsunsicherheit. Deshalb sollte darauf in Randnummer 54 Bezug genommen werden.<sup>2</sup>

- 32 Gegenüber dem ursprünglichen Text in Randnummer 54 hat die Kommission nicht nur die "sachlich gerechtfertigten Gründe" gestrichen und durch das neue Konzept des "Wettbewerbs, der ohne die Untersagung stattfinden würde." ersetzt. Sie hat zudem auch die (wohl abschliessende) Aufzählung von Beispielen für Ausnahmen auf Sicherheits- oder Gesundheitsgründe beschränkt.
- 33 Dieser neue Text ist sehr eng und wird nicht allen Marktsituationen gerecht. Der ursprüngliche Text von Randnummer 54 der Leitlinien sollte deshalb beibehalten werden, was dem *effects based approach* entspricht. Es kann im konkreten Einzelfall gewisse Umstände geben, in welchen Beschränkungen des Internetverkaufs im Rahmen eines selektiven Vertriebs angemessen sind, so zum Beispiel für technisch komplexe Produkte mit sehr hohem Wert bzw. zur Gewährleistung des Marken-Image.

---

<sup>2</sup> Das Gleiche gilt übrigens für Randnummern 51 und 57.