

Juni 2010

Newsletter Kartellrecht



HAYER & MAILÄNDER
RECHTSANWÄLTE

Das Thema

Neuer rechtlicher Rahmen für die EU-kartellrechtliche Beurteilung von vertikalen Vereinbarungen

Einleitung

Vertikale Vereinbarungen sind vertragliche Vereinbarungen zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen, also beispielsweise Vertriebs-, Handelsvertreter- oder Franchisingverträge aber auch Liefer- oder Bezugsvereinbarungen. Typischerweise enthalten solche Vereinbarungen wettbewerbsbeschränkende Klauseln, wie etwa Alleinvertriebsrechte, Alleinbezugsverpflichtungen, Wettbewerbsverbote, Beschränkungen für den Wiederverkauf, etc. Artikel 101 Abs. 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV; ex-Artikel 81 Abs. 1 EG-Vertrag) verbietet derartige Klauseln, sofern diese geeignet sind, den Wettbewerb und den zwischenstaatlichen Handel spürbar zu beschränken. Eine Ausnahme gilt für Vereinbarungen, die entweder die Voraussetzungen für eine Individualausnahme nach Artikel 101 Abs. 3 AEUV erfüllen, oder die in den Anwendungsbereich einer Gruppenfreistellungsverordnung (GVO) fallen.

Am 1. Juni 2010 ist die neue Vertikal-GVO 330/2010 in Kraft getreten, die bestimmt, welche vertikalen Vereinbarungen unter welchen Voraussetzungen vom Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV ausgenommen, und damit kartellrechtlich unbedenklich und gerichtlich durchsetzbar sind.

Flankiert wird sie von überarbeiteten Vertikal-Leitlinien, in denen die EU-Kommission im Detail ausführt, wie die neue

Vertikal-GVO in der Praxis auszulegen und anzuwenden ist. Die neuen Vertikal-Leitlinien enthalten ferner aktualisierte Erläuterungen über die EU-kartellrechtliche Beurteilung von Vereinbarungen, die nicht in den Anwendungsbereich der neuen Vertikal-GVO fallen. Diese Erläuterungen gewinnen besondere praktische Relevanz dadurch, dass viele Unternehmen wegen der stets bestehenden Unsicherheiten bei der Marktanteilsbestimmung ihre Vertriebsverträge derart konzipieren, dass sie auch im Fall der Nichtanwendbarkeit der Vertikal-GVO einer rechtlichen Prüfung standhalten würden, sprich die Voraussetzungen für eine Individualausnahme nach Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllen.

Mit Inkrafttreten der neuen Vertikal-GVO am 1. Juni 2010 hat sich die Rechtslage nicht grundlegend geändert. Die wenigen Änderungen und Klarstellungen des neuen Rechtsrahmens sind jedoch bedeutsam. Unternehmen sind daher gut beraten, den neuen Rechtsrahmen zum Anlass zu nehmen, ihr derzeit geltendes Vertragswerk und Geschäftsverhalten kritisch zu überprüfen und gegebenenfalls anzupassen.

Abnehmer mit bedeutender Marktmacht profitieren nicht länger von der Gruppenfreistellung

Die bis zum 31. Mai 2010 geltende Vertikal-GVO 2790/1999 war immer dann anwendbar, wenn der Marktanteil des Herstellers/Zulieferers 30% nicht überstieg. Auf den Marktanteil des Kunden sollte es grundsätzlich nicht ankommen. Nur für diejenigen Fälle, in denen die Vertikalvereinbarung den Hersteller darin beschränkte, die Vertragsprodukte auch an Dritte zu verkaufen (Alleinbelieferungsklauseln), fand die Vertikal-GVO 2790/1999 dann keine Anwendung, wenn der Marktanteil des Käufers auf dem Einkaufsmarkt über 30% lag.



Diese Differenzierung wird entfallen. Die neue Vertikal-GVO findet stets nur dann Anwendung, wenn sowohl der Marktanteil des Herstellers als auch der des Käufers unter 30 % liegen. Im Gegensatz zum Entwurf der neuen Vertikal-GVO vom Juli letzten Jahres, soll für den Marktanteil des Käufers jedoch lediglich der relevante Einkaufsmarkt von Bedeutung sein und nicht sein Marktanteil auf irgendeinem nachgeordneten Markt.

Durch die Einführung einer zweiten allgemeinen Marktanteilschwelle wird berücksichtigt, dass auch Abnehmer teilweise über erhebliche Marktmacht verfügen und diese zur Beschränkung des Wettbewerbs nutzen können. Damit soll die Neuerung insbesondere KMUs – ob Hersteller oder Händler – zugute kommen. Es soll sichergestellt werden, dass diese nicht durch marktmächtige Handelskonzerne vom Vertriebsmarkt ausgeschlossen werden.

Durch diese Neuerung wird der Anwendungsbereich der neuen Vertikal-GVO im Vergleich zur früheren Vertikal-GVO 2790/1999 stark eingeschränkt. Die neue Marktanteilsschwelle wird signifikante Auswirkungen für Vertriebshändler mit hohen Marktanteilen auf dem Nachfragemarkt und deren Zulieferer haben. Viele Vereinbarungen, die bis zum 31. Mai 2010 noch von der Gruppenfreistellung profitierten, müssen nunmehr die Voraussetzungen für eine Individualausnahme nach Artikel 101 Abs. 3 AEUV erfüllen, um nicht gegen EU-Kartellrecht zu verstoßen. Dies zieht absehbar einen erhöhten Aufwand für Compliance-Beratung nach sich. In Märkten, in denen sich akkurate Marktanteile nicht bestimmen lassen, sind die Vertragsparteien zudem gesteigerter Rechtsunsicherheit ausgesetzt. Hersteller, die sich bislang im Rahmen ihrer kartellrechtlichen Beurteilung eines Vertriebsvertrages auf ihre eigenen Marktanteile beschränken konnten, werden in Zukunft auch die Marktanteile ihrer Abnehmer abschätzen und berücksichtigen müssen. Gegebenenfalls wird man entsprechende gegenseitige Informa-

tionspflichten über Marktanteilsentwicklungen in die Vertriebsverträge mit aufnehmen müssen.

Wichtige Klarstellungen betreffend den Internet-Handel

Der neue Rechtsrahmen trägt der Tatsache Rechnung, dass sich das Internet in den letzten Jahren für den Online-Verkauf und den grenzüberschreitenden Handel zu einem der zentralen Vertriebskanäle entwickelt hat.

Wie bereits die Vertikal-GVO 2790/1999 unterscheidet auch die neue Vertikal-GVO zwischen „aktiven“ und „passiven“ Verkäufen. Während aktive Wiederverkäufe durch den Abnehmer wirksam beschränkt werden können, stellt die Beschränkung des passiven Verkaufs grundsätzlich eine Kernbeschränkung dar, die zur Unanwendbarkeit der Vertikal-GVO auf die gesamte Vereinbarung führt.

Der Vertrieb über das Internet wird nach wie vor als passiver Verkauf betrachtet. Dies soll selbst dann gelten, wenn der Vertriebshändler seine Internetpräsenz in den (Fremd)Sprachen anderer Vertriebsgebiete anbietet und dadurch den Kreis seiner potentiellen Kunden gezielt über sein eigenes Vertriebsgebiet hinaus erweitert. Der Einordnung als passiver Verkauf folgend wird jede Beschränkung des Internetvertriebs von der EU-Kommission als kritisch betrachtet. Nach den neuen Vertikal-Leitlinien sind insbesondere folgende Beschränkungen des Internetvertriebs stets unzulässig:

- jedes Verbot des Vertriebshändlers, überhaupt über das Internet zu verkaufen;
- die Bestimmung, dass der Anteil des Internetvertriebs einen bestimmten prozentualen Anteil des Gesamtvertriebs nicht übersteigen darf;



- die Bestimmung, dass ein Vertriebshändler Internetkäufe von Kunden aus anderen Vertriebsgebieten zu unterbinden hat, beispielsweise durch das automatische Umleiten auf die Internetseiten des jeweiligen Vertriebshändlers im Vertriebsgebiet des Kunden oder durch einen automatischen Abbruch des Geschäfts, wenn die Kreditkartennummer des Kunden darauf hindeutet, dass dieser aus einem anderen Vertriebsgebiet stammt;
- die Bestimmung, höhere Preise für Internet-Verkäufe zu verlangen als für Verkäufe in stationären Geschäften.

Auf der anderen Seite stellen die neuen Vertikal-Leitlinien auch klar, was nach Ansicht der EU-Kommission als Maßnahme des aktiven Verkaufs über das Internet anzusehen und somit legitimerweise beschränkbar ist. Hierzu gehören

- das unaufgeforderte Versenden von Werbe-E-mails;
- allgemeine Werbung, die nur deshalb von Interesse ist, weil sie potentielle Kunden außerhalb des exklusiven Vertriebsgebiets bzw. der exklusiven Kundengruppe anspricht;
- lokale „Banner“ auf den Internetseiten Dritter;
- Zahlungen an Suchmaschinen oder Suchmaschinen-Optimierer mit dem Ziel, die Internetseite für bestimmte Kundengruppen oder Kunden in anderen Vertriebsgebieten leichter auffindbar zu machen.

Als Spielarten des aktiven Verkaufs können die vorgenannten Maßnahmen dem Vertriebshändler wirksam untersagt werden. Ebenfalls zulässig ist es, den Vertriebshändler zu verpflichten, einen physischen Verkaufsraum zu unterhalten und damit hundertprozentige Online-Shops auszuschließen. Auch ist es möglich, dass der Hersteller einen Fixbetrag an den Vertriebshändler zur Unterstützung des Offline-Geschäfts zahlt.

Die neuen Vertikal-Leitlinien stellen ferner klar, dass Hersteller ihren Vertriebshändlern bestimmte Qualitätsstandards für

ihre Internetseiten vorschreiben können. Die EU-Kommission erlaubt Herstellern damit eine enge Markenführung auch im Internet. Diese Standards dürfen allerdings nicht über das hinausgehen, was den Vertriebshändlern für die Unterhaltung ihrer physischen Verkaufsstellen vorgeschrieben wird. Um im Anwendungsbereich der neuen Vertikal-GVO zu bleiben, müssen Herstellerstandards für Online und Offline-Verkäufe die gleichen Ziele verfolgen und zu vergleichbaren Ergebnissen führen. Jegliche Unterschiede in den Qualitätsstandards für Online- und Offline-Verkäufe müssen sachlich gerechtfertigt sein.

In diesem Zusammenhang ist auch auf die jüngere obergerichtliche Rechtsprechung in Deutschland hinzuweisen, nach der Hersteller von Markenprodukten ihren Vertriebshändlern wirksam verbieten können, die Vertragsware über Online-Auktionshäuser wie Ebay zu vertreiben (siehe im Einzelnen Haver & Mailänder Mandantenrundschriften vom September 2009).

Klarstellungen betreffend die Preisbindung der zweiten Hand

Auch nach der neuen Vertikal-GVO stellt die Preisbindung der zweiten Hand grundsätzlich eine Kernbeschränkung dar, die nicht freigestellt ist. Da die Gruppenfreistellung in diesen Fällen nicht greift, unterliegt jede Preisbindung der zweiten Hand den strengen Voraussetzungen der Individualausnahme nach Artikel 101 Abs. 3 AEUV. Insofern stellen die neuen Vertikal-Leitlinien fest, dass diese Voraussetzungen nur in Ausnahmefällen erfüllt sein werden, beispielsweise bei Produkteinführungen oder um in einem Franchise-System eine kurzfristige (2–6 Wochen) flächendeckende Niedrigpreiskampagne zu organisieren. Von leitenden Beamten der EU-Kommission war zu hören, dass in den meisten anderen Situationen die Voraussetzungen für



eine Individualausnahme nach Artikel 101 Abs. 3 AEUV nicht vorliegen werden.

Art. 4 a) der neuen Vertikal-GVO spricht nach wie vor von der „Möglichkeit des Anbieters, Höchstverkaufspreise festzusetzen oder Preisempfehlungen auszusprechen“. Es ist noch einmal in Erinnerung zu rufen, dass eine solche Festsetzung von Höchstverkaufspreisen bzw. Preisempfehlungen zwar regelmäßig unproblematisch ist, aber eben nicht immer. Auch die neuen Vertikal-Leitlinien (Rdnr. 227 f.) weisen darauf hin, dass auch Höchstverkaufspreise und Preisempfehlungen unter bestimmten Umständen kartellrechtlich problematisch sein können. Eine schematische und ungeprüfte Anwendung von Preisempfehlungen bzw. der Festsetzung von Höchstverkaufspreisen verbietet sich demnach. Dies wird oft übersehen.

Im Zusammenhang mit unverbindlichen Preisempfehlungen ist ebenfalls die jüngere Entscheidungspraxis des Bundeskartellamts in der Sache Ciba Vision zu berücksichtigen. Dort hatte das Bundeskartellamt festgestellt, dass jede Kontaktaufnahme, die über die reine Übermittlung der unverbindlichen Preisempfehlung hinausgeht und dieser durch nachträgliche und erneute Thematisierung – insbesondere mit Blick auf das bisherige Preissetzungsverhalten des Händlers – Nachdruck verleiht, deren Unverbindlichkeit in Frage stellt und als Druckausübung zu werten ist. Diese Feststellungen haben bei Unternehmen zu erheblicher Unsicherheit und Sorge geführt, da quasi jeder Kontakt zwischen Außendienst des Unternehmens und seinen Kunden zum potentiellen Kartellrechtsrisiko wurde. In einem jüngst veröffentlichten Positionspapier hat sich das Bundeskartellamt von den Feststellungen des Ciba-Vision-Falles zwischenzeitlich gelöst und nunmehr lediglich festgestellt, dass eine solche Kontaktaufnahme als Druckausübung angesehen werden „kann“, wenn bestimmte „Plus-Faktoren“ vorliegen. Trotz dieser Korrektur wird man davon ausgehen müssen, dass sich die

Grenze zwischen zulässigen Preisgesprächen und kartellrechtswidriger Preisbindung insgesamt verschoben hat und den Unternehmen künftig weniger Freiräume lässt. Vertriebspersonal und insbesondere Außendienstmitarbeiter sollten entsprechend eingewiesen und geschult werden.

Vorauszahlung für den Zugang zu Vertriebsnetzen

Vorauszahlungen für den Zugang zu Vertriebsnetzen werden in den Vertikal-Leitlinien definiert als feste Gebühren, die Anbieter im Rahmen einer vertikalen Beziehungen zu Beginn eines bestimmten Zeitraums an Händler für den Zugang zu ihren Vertriebsnetzen und für Service-Leistungen, die Einzelhändler Anbietern erbringen, zahlen. Hierzu zählen unter anderem Listungsgebühren, die so genannten „Pay-to-Stay“-Gebühren, oder auch Entgelte für den Zugang zu Werbekampagnen eines Händlers.

Sofern Vorauszahlungen für den Zugang zu Vertriebsnetzen nicht ohnehin von der Gruppenfreistellung erfasst werden, bestimmen die neuen Vertikal-Leitlinien, dass solche Zahlungen in vielen Fällen mit erheblichen Vorteilen einhergehen, so wie z.B. einer effizienten Zuordnung von Regalplätzen. Kartellrechtliche Probleme können jedoch entstehen, wenn Vorauszahlungen die Anbieter dazu anhalten, ihre Produkte nur über einen oder ein kleine Zahl von Händlern zu vertreiben und so zu einem wettbewerbswidrigen Marktausschluss anderer Händler führen. Vorauszahlungen für den Zugang können außerdem zu einem wettbewerbswidrigen Marktausschluss anderer Anbieter führen, wenn die allgemeine Verwendung derartiger Zahlungen kleineren Marktteilnehmern den Markteintritt erschwert. Die EU-Kommission wird Vorauszahlungen für den Zugang zu Vertriebsnetzen daher an denselben Maßstäben messen wie die Vereinbarung von Markenzwang.



Zusätzlich zu einer möglichen Marktabschottung können Vorauszahlungen für den Zugang zu Vertriebsnetzen nach Ansicht der EU-Kommission auch den Wettbewerb auf der Händler-Ebene dämpfen. Dies soll allerdings nur in hochkonzentrierten Einzelhandelsmärkten der Fall sein. Insgesamt deutet die Thematisierung des Zugangs zu Vertriebsnetzen in den neuen Vertikal-Leitlinien darauf hin, dass die EU-Kommission hier mehr als nur eine hypothetische Gefahr der Wettbewerbsbeschränkung sieht und die weiteren Entwicklungen in diesem Bereich sicherlich wachsam verfolgen wird.

Produktgruppenmanagement-Vereinbarungen

Dasselbe gilt für die so genannten „Produktgruppenmanagement-Vereinbarungen“. Nach den neuen Vertikal-Leitlinien sollen auch solche Produktgruppenmanagement-Vereinbarungen vom Verbot des Art. 101 Absatz 1 AEUV erfasst sein. Der Begriff der Produktgruppenmanagement-Vereinbarung wird dabei verstanden als Vereinbarung, mit der ein Händler in Verbindung mit einer Vertriebsvereinbarung dem Anbieter als „Category Captain“ die Federführung über das Marketing einer bestimmten Gruppe von Produkten, zu denen im Allgemeinen nicht nur die Produkte des Anbieters, sondern auch die Produkte seiner Wettbewerber zählen, überträgt. In der Praxis existieren Produktgruppenmanagement-Vereinbarungen in unterschiedlichen Beratungstiefen. Es geht in der Sache um die „Sortimentsberatung“, die „Produktplatzierungsberatung“ oder auch die „Promotionsberatung“ eines Einzelhändlers durch einen seiner Zulieferer. Die Beratungsleistung des Zulieferers wird auf der einen Seite darauf abzielen, die Verkäuflichkeit der entsprechenden Produktgruppe insgesamt durch Visibilität, attraktive Präsentation und übersichtliche Anordnung im Verkaufsraum zu erhöhen. Auf der anderen Seite wird die Beratungsleistung durch den Zulieferer in der Regel aber auch darauf abzielen,

seine eigenen Produkte im Vergleich zu konkurrierenden Produkten innerhalb derselben Produktgruppe besser zu positionieren.

Im Gegensatz zu dem Entwurf der Leitlinien vom Juli letzten Jahres gehen die neuen Vertikal-Leitlinien davon aus, dass Produktgruppenmanagement-Vereinbarungen in den meisten Fällen unproblematisch sind, da der Händler grundsätzlich keinen Anreiz haben wird, die Wahl seiner Produkte zu beschränken, wenn ein „Category Manager“ seinen Einfluss nutzen sollte, um seinen Wettbewerbern zu schaden. Etwas anderes soll dann gelten, wenn ein Zulieferer als „Category Manager“ für alle oder die meisten der im Wettbewerb stehenden Einzelhändler agiert und seine Empfehlungen daher zur gemeinsamen Bezugsgröße werden. Ferner weist die EU-Kommission in ihren neuen Vertikal-Leitlinien darauf hin, dass Produktgruppenmanagement-Vereinbarungen den Austausch vertraulicher Geschäftsinformationen zwischen den einzelnen Zulieferern erlauben oder fördern können, wie z.B. über künftige Preisbildung oder Marketingpläne. Streng genommen handelt es sich insofern allerdings nicht um ein vertikales Problem, sondern eher um eine Frage der horizontalen Verhaltenskoordination zwischen Wettbewerbern. Nichtsdestotrotz scheint die EU-Kommission die Wahrscheinlichkeit einer solchen Verhaltenskoordination auf Hersteller-Ebene berücksichtigen zu wollen bei der Beurteilung, ob eine vertikale Produktgruppenmanagement-Vereinbarung kartellrechtlich zulässig ist. Dies wird es in der Praxis erforderlich machen, das Produktgruppenmanagement-Verfahren im Einzelnen vertraglich zu regeln, um eine kartellrechtlich kritische Verhaltenskoordination zwischen den Zulieferern weitgehend auszuschließen.



Weitere Änderungen

Die Freistellung selektiver Vertriebssysteme geht nach der neuen Vertikal-GVO verloren, wenn ein Zulieferer, der ein selektives Vertriebssystem unterhält, zugelassene Händler darin beschränkt, an nicht zugelassene Händler außerhalb des Gebiets zu verkaufen, in dem das selektive Vertriebssystem operiert. Danach können Zulieferer, die ein selektives Vertriebssystem nur in Teilen der EU betreiben, sich künftig mit der Problematik konfrontiert sehen, dass ihr System durch nicht zugelassenen Händler aus Gebieten außerhalb des selektiven Vertriebssystems unterlaufen wird.

Keine Freistellung besteht mehr unter der neuen Vertikal-GVO für Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern, bei denen der Käufer einen Umsatz von weniger als 100 Millionen hat.

In Bezug auf stillschweigende Vereinbarungen, geben die neuen Vertikal-Leitlinien die Rechtsprechung der Europäischen Gerichte wieder, unter welchen Umständen solche Verhaltensweisen, die auf den ersten Blick rein einseitig scheinen, nichtsdestotrotz als Vereinbarung anzusehen sind. Dies kann – sogar ohne übereinstimmende Willenserklärungen – insbesondere dann der Fall sein, wenn eine Vertragspartei die Unterstützung der anderen Partei benötigt, um eine bestimmte Geschäftspraxis umzusetzen (z.B. die Verhinderung von Parallelhandel) und die andere Partei stillschweigend in diese Geschäftspraxis einwilligt, indem sie sie umsetzt.

Zusammenfassung und Empfehlung

Mit Inkrafttreten der neuen Vertikal-GVO am 1. Juni 2010 hat sich die materielle Rechtslage nicht grundlegend geändert. Der Anwendungsbereich der Vertikal-GVO hat sich jedoch signi-

fikant verengt. Zudem erlaubt es der neue Rechtsrahmen, bestimmte Standardbeschränkungen in Vertikalverträgen eindeutiger als zulässig bzw. als kartellrechtswidrig einordnen zu können.

Im Rahmen ihrer Compliance-Bemühungen sollten Unternehmen die Änderung des Rechtsrahmens für vertikale Vereinbarungen nutzen, um ihr bestehendes Vertragswerk zu überprüfen und gegebenenfalls anzupassen. Es ist zu berücksichtigen, dass die neue Vertikal-GVO eine einjährige Übergangsfrist vorsieht für bestehende Vereinbarungen, die zwar nach der bis zum 31. Mai 2010 geltenden Vertikal-GVO 2790/1999, nicht jedoch nach der neuen Vertikal-GVO freigestellt sind. Unternehmen haben also Zeit bis zum 31. Mai 2011, ihre Vertriebsvereinbarungen der neuen Rechtslage anzupassen.



HAYER & MAILÄNDER
RECHTSANWÄLTE

Die Autoren

Stand: 02.06.2010



Dr. Ulrich Schnelle, LL.M.

Rechtsanwalt

Büro Stuttgart
Lenzhalde 83 – 85
70192 Stuttgart
Telefon: +49 (0) 711 - 2 27 44 - 27
Telefax: +49 (0) 711 - 2 99 19 35
E-Mail: us@haver-mailaender.de



Dr. Alexander Hübner

Rechtsanwalt

Büro Stuttgart
Lenzhalde 83 – 85
70192 Stuttgart
Telefon: +49 (0) 711 - 2 27 44 - 23
Telefax: +49 (0) 711 - 2 99 19 35
E-Mail: ah@haver-mailaender.de



Dr. Volker Soyez

Rechtsanwalt

Büro Brüssel
Avenue Louise 221
B-1050 Brüssel
Telefon: +32 (0) 2 - 6 39 47 15
Telefax: +32 (0) 2 - 6 39 47 28
E-Mail: vs@haver-mailaender.de

Herausgeber

Haver & Mailänder Rechtsanwälte · Dr. Werner Keßler · Lenzhalde 83 – 85 · 70192 Stuttgart · www.haver-mailaender.de