

DIE KARTELLRECHTLICHEN GRENZEN VERTIKALER BEZUGSBINDUNGSVEREINBARUNGEN – GEDANKEN ZUR VERTRAGSGESTALTUNG

RAA Mag. Maximilian Maier

I. PROBLEMSTELLUNG

Häufig versuchen Großhändler und Produzenten, in den Vertriebsketten, untergeordnete Unternehmen durch sog Warenbezugsvereinbarungen an sich zu binden. Vom Begriff der vertikalen Vertriebsbindung sind nicht nur Franchiseverträge erfasst, vielmehr werden darunter alle vertriebsspezifischen Vereinbarungen zwischen Lieferanten und Wiederverkäufern erfasst.

Einerseits sind diese Vertragsbestandteile entgeltlich, weil der Einzelhändler eine Gegenleistung bspw Einrichtungsgegenstände für das Ladenlokal, eine Bürgschaft oder gar ein Darlehen von seinem Vertragspartner erhält. Andererseits bindet der Großhändler seine Abnehmer über Jahre hinweg durch vertikale Bezugsbindungsvereinbarungen an sich und übt - bei entsprechender Intensität - Preisdruck auf die betroffenen Märkte aus.

Derartige Vereinbarungen können rasch den Tatbestand des Art 101 AEUV erfüllen und die zivilrechtliche **Sanktion der Nichtigkeit** des Vertrages bzw des Vertragsbestandteils mit sich bringen. Insbesondere die Nichtigkeitssanktion des Art 101 Abs 2 AEUV stellt ein erhebliches Risiko für Großhändler und Produzenten, die mit derartigen Geschäftsmodellen arbeiten, dar.

Die folgenden Ausführungen möchten einen Einblick in die VO-EU330/2010 geben und versuchen, vertragliche Gestaltungsgrenzen abzustecken, die in Einklang mit Art 101 AEUV stehen.

II. ANTIZIPIERTES ERGEBNIS

Sehen Warenbezugsvereinbarungen eine exklusive Bindung an die Anbieter von 80% vor und wird eine Bindungsdauer von fünf Jahren überschritten, können die Vereinbarungen nach der Gruppenfreistellungs-

verordnung für vertikale Vereinbarungen¹ nicht freigestellt werden und sind gemäß § 1 Abs 3 Kartellgesetz nichtig.

III. VERSTOSS GEGEN ART 101 ABS 1 AEUV

A. VERTIKALE VEREINBARUNGEN

Vertikale Vereinbarungen sind Vereinbarungen zwischen Unternehmern verschiedener Wirtschaftsstufen der Produktionskette. Bei den einzelnen Wirtschaftsstufen wird zwischen dem Zulieferer, dem Hersteller, dem Großhändler und dem Einzelhändler unterschieden. Endverbraucher gehören nicht dazu. Der häufigste Anwendungsfall sind auf bestimmte oder unbestimmte Zeit abgeschlossene Liefer- bzw Vertriebsvereinbarungen, Franchisevereinbarungen und Lizenzvereinbarungen.²

In einer Gruppenfreistellungsverordnung (in weiterer Folge „GFVO“) umschreiben der Rat oder mit der Ermächtigung des Rates, die Europäische Kommission, bestimmte „Gruppen von Vereinbarungen“, die typischerweise die Ausnahme des Art 101 Abs 3 AEUV erfüllen.

GFVO werden nur für einen bestimmten Zeitraum (zB 10 Jahre) erlassen.³ Die „aktuelle“ GFVO für vertikale Vereinbarungen mit der Ordnungsnummer 330/2010 ist am 01.06.2010 in Kraft getreten und wird

¹ VO-EU330/2010 DER KOMMISSION vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen.

² *Reidlinger/Hartung*, Das österreichische Kartellrecht³ (2014), Seite 73.

³ *Gruber*, Die neue Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen, RdW 2010/421, Seite 379.

bis 22.05.2022 gelten (In den folgenden Ausführungen ist die GFVO-330/2010 gemeint).⁴

Gemäß Legaldefinition der GFVO werden die Parteien „Anbieter“ und „Abnehmer“ genannt (Früher: Lieferant und Käufer).^{5,6}

Unerlässlich für die Auslegung der GFVO sind die Leitlinien für vertikale Vereinbarungen.⁷

Die GFVO mit der weitreichendsten Wirkung ist die GFVO für vertikale Vereinbarungen, sie gilt für alle vertikalen Vereinbarungen, für die es keine Sonderregelung gibt.⁸

Unabhängig davon, ob man als Wettbewerbsbeschränkung nur die Einschränkung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit einer Vertragspartei ansieht oder auch die Einschränkung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit Dritter genügen lässt, sind vertikale

Ausschließlichkeitsbindungen Wettbewerbsbeschränkungen gem Art 101 Abs 1 AEUV.⁹

Für die Rechtsanwendung bedeutet das, dass die Bezugsbindungsvereinbarung durch ein immer feineres Auslegungssieb geführt wird. Liegt ein Vertrag oder ein Vertragsbestandteil (häufig auch in *Sidelettern* vereinbart) vor, der grundsätzlich geeignet ist, das Kartellverbot des Art 101 Abs 1 AEUV zu erfüllen, muss geprüft werden, ob die Gruppe der Bezugsbindungsverträge nicht doch in der GFVO vom Kartellverbot ausgenommen ist.

Vereinbarungen, die einer solchen GFVO entsprechen und freigestellt werden, sind grundsätzlich wettbewerbsrechtlich unbedenklich. Vereinbarungen, die der GFVO nicht entsprechen, können auch dann noch vom Tatbestand des Art 101 Abs 1 AEUV ausgenommen sein, wenn die Voraussetzungen einer Ausnahme gem Art 101 Abs 3 AEUV vorliegt.¹⁰ Kann die Vereinbarung auch nicht nach Art 101 Abs 3 AEUV freigestellt werden, ist sie „nichtig“.

Sollte eine Vereinbarung nicht ausdrücklich durch die GFVO freigestellt werden können, könnte, wie erwähnt, in weitere Folge versucht werden, dass die betroffenen Vereinbarungen unter die Legal Ausnahme des Art 101 Abs 3 AEUV subsumiert wird. Das Verhältnis zwischen der Legal Ausnahme gem Art 101 Abs 3 AEUV und der Gruppenfreistellungsverordnungen ist jedoch unklar.¹¹ Vertreten wird sowohl eine deklaratorische Natur der GFVO als auch eine Einordnung als widerlegliche Vermutung. Die GFVO haben konstitutive Wirkung und sind *leges speciales* zum allgemeinen Freistellungstatbestand des Art 101 Abs 3 AEUV.¹²

B. ZU DEN EINZELNEN PRÜFUNGSSCHRITTEN

1. Wettbewerbsrecht – Wettbewerbsrelevanz

Bei der Beurteilung des Vorliegens einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung ist an den zivil-

⁴ VO-EU330/2010 DER KOMMISSION vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen.

⁵ Gruber, Die neue Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen, RdW 2010/421, Seite 379.

⁶ VV-LL 2010/C 130/01, Rn 23: (...) Hierin spiegelt sich der Zweck der GFVO wider, nämlich Bezugs- und Vertriebsvereinbarungen zu erfassen. Derartige Vereinbarungen regeln die Bedingungen für den Bezug, Verkauf oder Weiterverkauf der vom Anbieter bereitgestellten Waren oder Dienstleistungen und/oder die Bedingungen für den Verkauf von Waren oder Dienstleistungen, die diese Waren oder Dienstleistungen enthalten, durch den Abnehmer. Sowohl die vom Anbieter bereitgestellten Waren oder Dienstleistungen als auch die daraus resultierenden Waren oder Dienstleistungen werden als Vertragswaren bzw. dienstleistungen im Sinne der GVO angesehen. Damit sind alle vertikalen Vereinbarungen erfasst, die sich auf sämtliche Waren und Dienstleistungen, Zwischen- und Endprodukte, beziehen. Die einzige Ausnahme bildet die Kfz-Industrie (...)

⁷ MITTEILUNGEN DER ORGANE, EINRICHTUNGEN UND SONSTIGEN STELLEN DER EUROPÄISCHEN UNION EUROPÄISCHE KOMMISSION: Leitlinien für vertikale Beschränkungen (Text von Bedeutung für den EWR) (2010/C 130/01).

⁸ Art 2 Abs 5 Diese Verordnung gilt nicht für vertikale Vereinbarungen, deren Gegenstand in den Geltungsbereich einer anderen Gruppenfreistellungsverordnung fällt, es sei denn, dies ist in einer solchen Verordnung vorgesehen.

⁹ Maria Mesch, Die Zulässigkeit vertikaler Ausschließlichkeitsvereinbarungen im europäischen Kartellrecht, WUW Nr. 02, 03.02.2017, Seite 63.

¹⁰ Gruber, Die neue Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen, RdW 2010/421, Seite 379.

¹¹ Maria Mesch, Die Zulässigkeit vertikaler Ausschließlichkeitsvereinbarungen im europäischen Kartellrecht, WUW Nr. 02, 03.02.2017, Seite 63.

¹² Maria Mesch, Die Zulässigkeit vertikaler Ausschließlichkeitsvereinbarungen im europäischen Kartellrecht, WUW Nr. 02, 03.02.2017, Seite 64.

rechtlichen Tatbestandsbegriff anzuknüpfen. Der Praxis der Gemeinschaftsorgane folgend, soll jede Verständigung, im Sinne einer übereinstimmenden Äußerung des Willens zu einem **bestimmten Marktverhalten**, tatbestandsmäßig sein.¹³

Die Reichweite von Ausschließlichkeitsbindungen, also deren persönlicher, sachlicher, räumlicher und zeitlicher Geltungsbereich ist anhand der **vertraglichen Vereinbarung** zu ermitteln.¹⁴

Häufig handelt es sich bei Bezugsbindungsvereinbarungen um synallagmatische Verträge (bspw Bierlieferungsvertrag). Den Abnehmern werden kostenintensive Investitionen durch Sachlieferungen abgenommen oder es findet eine direkte Finanzierung zwischen dem häufig wirtschaftlich überlegenen Anbieter zu Gunsten des unterlegenen Abnehmers statt.

Im Rahmen einer ergänzenden Auslegung gem § 914 ABGB wird man zu dem Ergebnis gelangen, dass Anbieter sich in der Regel nur binden wollen, um andere Bezugskanäle für Produkte auszuschalten.

Für das Vorliegen einer Einschränkung des Wettbewerbs genügt schon jede sonstige spürbare Beschränkung der wirtschaftlichen Handlungsmöglichkeit.¹⁵ Die Wahrnehmung dieser Handlungsmöglichkeiten bildet jeweils den schutzwürdigen Wettbewerb.¹⁶

Zur Ermittlung des Zwecks der vertikalen Vereinbarung ist nicht etwa auf die subjektiven Absichten der Parteien abzustellen, sondern auf **die objektive Tendenz** der Vereinbarung.¹⁷

Ob eine Vereinbarung den Wettbewerb beschränkt, bestimmt sich nach den tatsächlichen Wettbewerbsgegebenheiten, die bestünden, wenn eine Vereinbarung mit ihren vermuteten Beschränkungen nicht praktiziert würde.¹⁸

Gemäß Art 1 lit d GFVO "Begriffsbestimmung" ist eine Vereinbarung als ein „Wettbewerbsverbot“ zu

qualifizieren, die eine „*unmittelbare oder mittelbare Verpflichtung beinhaltet, die den Abnehmer veranlasst, keine Waren oder Dienstleistungen herzustellen, zu beziehen, zu verkaufen oder weiterzuverkaufen, die mit den Vertragswaren oder -dienstleistungen im Wettbewerb stehen, oder eine unmittelbare oder mittelbare Verpflichtung des Abnehmers, auf dem relevanten Markt **mehr als 80 % seines Gesamtbezugs an Vertragswaren oder -dienstleistungen und ihren Substituten, der anhand des Werts des Bezugs oder, falls in der Branche üblich, anhand des bezogenen Volumens im vorangehenden Kalenderjahr berechnet wird, vom Anbieter oder von einem anderen vom Anbieter benannten Unternehmen zu beziehen;***“

Sollten die zu prüfenden Bezugsbindungsverträge unter die oben genannte Definition subsumiert werden können, ist diese als eine Vereinbarung iSd GFVO zu qualifizieren, die den Wettbewerb mit anderen Anbietern verbietet.

In einem nächsten Prüfungsschritt ist zu untersuchen, ob das vereinbarte Wettbewerbsverbot durch die GFVO doch freigestellt ist, oder ob es sich um eine verbotene Vereinbarung iSd Art 101 Abs 1 AEUV handelt.

2. Freistellung gemäß GFVO 2010/330 bzw Art 101 Abs 3 AEUV

a. Grundregel: 30% - Marktanteilsschwelle

Der Wettbewerb kann durch eine vertikale Vereinbarung nur dann nachteilig gestört werden, wenn durch die Vereinbarung ein gewisses Ausmaß eines Marktanteiles kontrolliert wird.

Um ein gewisses Maß an Rechtssicherheit zu schaffen, ist die Kernaussage der GFVO, dass Unternehmen mit einem Marktanteil von **bis zu 30 %**¹⁹ grundsätzlich wettbewerbsbeschränkende vertikale Vereinbarungen abschließen dürfen, wenn es sich bei diesen Vereinbarungen um keine „**Kernbeschränkung**“²⁰ iSd

¹³ Zimmer in Immenga/Mestmäcker GWB § 1 Rdnr 81.

¹⁴ Maria Mesch, Die Zulässigkeit vertikaler Ausschließlichkeitsvereinbarungen im europäischen Kartellrecht, WUW Nr. 02, 03.02.2017, Seite 62.

¹⁵ ebd, Rz 55.

¹⁶ ebd, Rz 56.

¹⁷ Maria Mesch, Die Zulässigkeit vertikaler Ausschließlichkeitsvereinbarungen im europäischen Kartellrecht, WUW Nr. 02, 03.02.2017, Seite 64.

¹⁸ EuGH 30.6.1966, RS56/65, EuGH 28.5.1998, C-7/95P, John Dear, Rz 76.

¹⁹ VV-LL 2010/C 130/01, Rn 23: *Die GVO ist nur anwendbar, wenn der Marktanteil des Anbieters und jener des Abnehmers 30 % nicht übersteigen. Abschnitt V dieser Leitlinien enthält entsprechende Erläuterungen, wie der relevante Markt zu definieren ist und die Marktanteile zu berechnen sind. Liegt der Marktanteil über 30 %, wird nicht vermutet, dass vertikale Vereinbarungen unter Artikel 101 Absatz 1 AEUV fallen oder die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 AEUV nicht erfüllen.*

²⁰ *Beschränkungen, die zum Ausschluss des Rechtsvorteils der Gruppenfreistellung führen – Kernbeschränkungen.*

Art 4 GFVO handelt und wenn keine sog. „**Nicht freigestellte Vereinbarung**“ iSd Art 5 GFVO vorliegt.²¹

Die in Artikel 4 GFVO genannten „**Kernbeschränkungen**“ bewirken, dass jede vertikale Vereinbarung, die eine solche Beschränkung enthält, als Ganzes vom Geltungsbereich der GFVO ausgeschlossen ist. Ist eine Kernbeschränkung iSv Art 4 GFVO in eine Vereinbarung aufgenommen worden, so wird vermutet, dass die Vereinbarung unter Artikel 101 Absatz 1 AEUV fällt. Liegt der Fall der Kernbeschränkung vor, haben Anbieter dennoch die Möglichkeit, Gründe vorzutragen, welche die Qualität besitzen, dass die konkrete Vereinbarung bspw eine wettbewerbsfördernde Wirkung iSd Art 101 Abs 3 AEUV hat.²²

b. Vorliegen einer Kernbeschränkung (sog. „**schwarze Klausel**“²³) des Art 4 lit a GFVO?

Dem Wortlaut von Art. 4 lit a GFVO folgend, verstoßen Vereinbarungen gegen Art 101 AEUV: „*Die Beschränkung der Möglichkeit des Abnehmers, seinen Verkaufspreis selbst festzusetzen; dies gilt unbeschadet der Möglichkeit des Anbieters, Höchstverkaufspreise festzusetzen oder Preisempfehlungen auszusprechen, sofern sich diese nicht infolge der Ausübung von **Druck** oder der **Gewährung von Anreizen** durch eines der beteiligten Unternehmen **tatsächlich wie Fest- oder Mindestverkaufspreise** auswirken;*“

Die in Artikel 4 Buchstabe a GVO beschriebene Kernbeschränkung betrifft die Preisbindung der zweiten Hand oder vertikale Preisbindung, d. h. **Vereinbarungen** oder abgestimmte Verhaltensweisen, die unmittelbar oder **mittelbar** die Festsetzung von Fest- oder Mindestweiterverkaufspreisen oder Fest- oder

²¹ Liegen bei Anbieter und Abnehmer lediglich Marktanteile bis 15% vor, ist die Bekanntmachung der Kommission über [Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Artikel 81 Absatz 1 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken](#) (*de minimis*) [Amtsblatt C 368 vom 22.12.2001]. Bei Vereinbarungen zwischen Nichtwettbewerbern (vertikale Vereinbarungen) darf der von jedem der beteiligten Unternehmen gehaltene Marktanteil 15 % nicht überschreiten, wenn sie die Vorteile der Bekanntmachung in Anspruch nehmen wollen.

²² VV-LL 2010/C 130/01, Rn. 47.

²³ *Maria Mesch*, Die Zulässigkeit vertikaler Ausschließlichkeitsvereinbarungen im europäischen Kartellrecht, WUW Nr. 02, 03.02.2017, Seite 64.

Mindestpreisniveaus bezwecken, welche die Abnehmer **einzuhalten haben**.

Den erläuternden Bemerkungen aus der Leitlinie folgend²⁴ kann eine vertikale Preisbindung auch auf indirektem Wege durchgesetzt werden. Folgende Beispiele werden dort exemplarisch angeführt: Abmachungen über Absatzspannen oder über Nachlässe, die der Händler auf ein vorgegebenes Preisniveau höchstens gewähren darf. Bestimmungen, nach denen die Gewährung von Nachlässen oder die Erstattung von Werbeaufwendungen durch den Anbieter von der Einhaltung eines vorgegebenen Preisniveaus abhängig gemacht wird. Der vorgeschriebene Weiterverkaufspreis an die Weiterverkaufspreise von Wettbewerbern gebunden wird. Auch Drohungen, Einschüchterungen, Warnungen, Strafen, Verzögerung oder Aussetzung von Lieferungen, die Vertragskündigung bei Nichteinhaltung eines bestimmten Preisniveaus werden aufgelistet.

Zweck dieser Regelung ist es, eine feste Preisbindung beim Einkäufer zu verbieten. Damit sind Abreden gemeint, die ein ganz bestimmtes Preisniveau auf dem Verbrauchermarkt etablieren und bei Nichteinhaltung sanktionieren sollen.

Als weitere Kernbeschränkungen führt Art 4 lit a ff GFVO bspw die Beschränkung der Möglichkeit des Abnehmers seinen Verkaufspreis selbst festzusetzen an. Die Beschränkung des Gebiets oder der Kundengruppe oder die Beschränkung des aktiven oder passiven Verkaufs an Endverbraucher durch auf der Einzelhandelsstufe tätige Mitglieder eines selektiven Vertriebssystems.

c. Vorliegen einer „**nichtfreigestellten Beschränkung**“ (sog. „**graue Klausel**“) gemäß Art 5 GFVO

Gem Art 5 GFVO soll die Freistellung des Art 2 GFVO nicht bspw für folgende in vertikalen Vereinbarungen enthaltene Verpflichtungen gelten. **Unmittelbare oder mittelbare Wettbewerbsverbote**, die für eine unbestimmte Dauer oder für eine Dauer von **mehr als fünf Jahren vereinbart werden**. Oder auch unmittelbare oder mittelbare Verpflichtungen, welche die Mitglieder eines selektiven Vertriebssystems veranlassen, Marken bestimmter konkurrierender Anbieter nicht zu verkaufen.

²⁴ VV-LL 2010/C 130/01, Rn. 48.

Ein selektives Vertriebssystem iSd Art 1 Abs 1 lit e GFVO liegt vor, wenn sich der Anbieter verpflichtet, die Vertragswaren oder -dienstleistungen unmittelbar oder mittelbar nur an Händler zu verkaufen, die anhand festgelegter Merkmale ausgewählt werden, und in denen sich diese Händler verpflichten, die betreffenden Waren oder Dienstleistungen nicht an Händler zu verkaufen, die innerhalb des vom Anbieter für den Betrieb dieses Systems festgelegten Gebiets nicht zum Vertrieb zugelassen sind. Beispielsweise ist der Verkauf von Luxusuhren ausschließlich an Juweliere ein selektives Vertriebssystem.²⁵

Zu beachten ist auch, dass ein Wettbewerbsverbot iSd Art 1 Abs 1 a GFVO, das sich über einen Zeitraum von fünf Jahren hinaus stillschweigend verlängert, als ein auf **unbestimmte Dauer abgeschlossenes Verbot** anzusehen ist. Wiederum können unbefristete Verträge mit kurzen Kündigungsfristen in gewissen Fällen gerechtfertigt sein.²⁶

Neben den Kernbeschränkungen sieht die GFVO sog „Nicht freigestellte Beschränkungen“ vor. Nicht freigestellte Beschränkungen sind „harmloser“ als Kernbeschränkungen.²⁷ Sie sind zwar ebenfalls nicht freigestellt - was in der Regel zu ihrer Nichtigkeit gem Art 101 Abs 2 AEUV führen wird - die GFVO bleibt aber für allenfalls sonst vereinbarte Wettbewerbsbeschränkungen weiter anwendbar. Die Folgen für die gesamte zwischen dem Anbieter und dem Abnehmer getroffene Vereinbarung richten sich - wie bei den Kernbeschränkungen - nach dem anzuwendenden Privatrecht.²⁸

d. Vorliegen der 80%-Schwelle

Bei der ersten Ausschlußbestimmung iSd Art 5 abs 1 lit a GFVO handelt es sich um wettbewerbswidrige Absprachen, die vorsehen, dass der Abnehmer, gemessen am Beschaffungswert des Vorjahres **mehr als 80 % der Vertragswaren** und -dienstleistungen sowie deren Substitute vom Anbieter oder von einem anderen vom Anbieter bezeichneten Unternehmen **bezieht** (siehe Definition in Artikel 1 Absatz 1 Buch-

stabe d GFVO²⁹). Dies bedeutet, dass der Abnehmer keine bzw nur sehr begrenzte (für **weniger als 20 % seiner Gesamteinkäufe**) Möglichkeiten hat, Waren oder Dienstleistungen von Wettbewerbern zu beziehen.

Der „Jahresbedarf“ ist nicht mehr nach dem Wert, sondern – wenn es branchenüblich ist – auch nach dem Einkaufsvolumen zu berechnen.³⁰ Liegen im ersten Jahr nach Abschluss der Vereinbarung keine Einkaufsdaten des Abnehmers für das Jahr vor Abschluss der Vereinbarung vor, so kann der Gesamtjahresbedarf geschätzt werden.³¹

Ob die Schwelle iSd Art 5 Abs 1 GFVO überschritten wurde, ist anhand jeder einzelnen Bezugsbindungsvereinbarung zu prüfen.

Damit das oben beschriebene sog qualifizierte Wettbewerbsverbot nicht durch die Gruppenfreistellungsverordnung fällt, muss das Wettbewerbsverbot für eine unbestimmte Dauer oder für mehr als fünf Jahre vereinbart worden sein.³²

- e. Vorliegen eines Wettbewerbsverbots, das die Dauer von fünf Jahren überschreitet oder auf unbestimmte Zeit abgeschlossen wurde

Nicht freigestellt sind gemäß Art 5 lit a GFVO Wettbewerbsverbote, die für eine Dauer von mehr als fünf Jahren geschlossen wurden. Wobei gemäß Art 5 Abs 2 GFVO festzuhalten ist, dass „Für die Zwecke des Unterabsatz 1 Buchstabe a gelten Wettbewerbsverbote, deren Dauer sich über den Zeitraum von fünf Jahren

²⁵ https://de.wikipedia.org/wiki/Selektive_Vertriebssysteme abgerufen am 9.9.2017.

²⁶ Reidlinger/Hartung, Das österreichische Kartellrecht³ (2014), Seite 82.

²⁷ Gruber, Die neue Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen, RdW 2010/421, Seite 381.

²⁸ Ebd.

²⁹ Art 1 Abs 1 lit d): „Wettbewerbsverbot“ ist eine unmittelbare oder mittelbare Verpflichtung, die den Abnehmer veranlasst, keine Waren oder Dienstleistungen herzustellen, zu beziehen, zu verkaufen oder weiterzuverkaufen, die mit den Vertragswaren oder -dienstleistungen im Wettbewerb stehen, oder eine unmittelbare oder mittelbare Verpflichtung des Abnehmers, auf dem relevanten Markt mehr als 80 % seines Gesamtbezugs an Vertragswaren oder -dienstleistungen und ihren Substituten, der anhand des Werts des Bezugs oder, falls in der Branche üblich, anhand des bezogenen Volumens im vorangehenden Kalenderjahr berechnet wird, vom Anbieter oder von einem anderen vom Anbieter benannten Unternehmen zu beziehen; Gruber, Die neue Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen, RdW 2010/421, Seite 380.

³⁰ Gruber, Die neue Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen, RdW 2010/421, Seite 381.

³¹ VV-LL 2010/C 130/01, Rn. 66.

³² VV-LL 2010/C 130/01, Rn. 66.

hinaus stillschweigend verlängert, als für eine unbestimmte Dauer vereinbart.“

Dem Wortlaut der GFVO folgend, ist jede beliebige Dauer freigestellt, solange die Parteien die 80% nicht überschreiten.³³ Das soll heißen, dass wenn sich unter den Bezugsvereinbarungen Vereinbarungen befinden, welche die 80%-Warenbezugsschwelle nicht erreichen, dann sollen diese als freigestellt gelten. *E contrario* dürfte das bedeuten, dass wenn die 80-% Schwelle nicht erreicht ist, dann ist auch eine auf unbestimmte Zeit geschlossene Vereinbarung freigestellt.

Unbefriedigend erscheint an dieser Stelle, dass auch Verträge auf unbestimmte Zeit selbst dann nicht freigestellt sein sollen, wenn sie jederzeit mit einer angemessenen Kündigungsfrist gekündigt werden können.³⁴ Dafür kann als gewisser Ausgleich gesehen werden, dass solange die 80%-Schwelle nicht überschritten wird, jede beliebige Dauer freigestellt ist.³⁵

In den Leitlinien³⁶ wird hinsichtlich der Dauer des Wettbewerbsverbots folgendes festgehalten (vakante Stellen Fett markiert): „*Im Allgemeinen gilt die Freistellung für Wettbewerbsverbote, die für fünf Jahre oder einen kürzeren Zeitraum vereinbart werden, wenn nichts vorliegt, was den Abnehmer daran hindert, das Wettbewerbsverbot nach Ablauf des Fünfjahreszeitraums tatsächlich zu beenden. Wenn z. B. eine Vereinbarung ein fünfjähriges Wettbewerbsverbot vorsieht und der Anbieter dem Abnehmer ein Darlehen gewährt, sollte die Tilgung des Darlehens den Abnehmer nicht daran hindern, das Wettbewerbsverbot nach Ablauf der Frist effektiv zu beenden. Ebenso sollte ein Abnehmer die Möglichkeit haben, Ausrüstungen, die er vom Anbieter erhalten hat und die nicht vertragspezifisch sind, nach dem Ende des Wettbewerbsverbots zum Marktwert zu übernehmen.*“³⁷

Auch Vereinbarungen, die keine fixierte zeitliche Bindung vorsehen, also auch Vereinbarungen, die ein jederzeitiges Kündigungsrecht unter ordentlicher Kündigungsfrist vorsehen, sind als nicht freigestellte

Vereinbarungen zu qualifizieren, wenn diese die 80%-Schwelle überschreiten.³⁸

aa. Ausnahme von der zeitlichen Fünfjahresfrist gem Art 5 Abs 2 GFVO

Liegt ein besonderes Naheverhältnis zwischen Anbieter und Abnehmer in der Form vor, dass die Vertragswaren oder -dienstleistungen vom Abnehmer in Räumlichkeiten und auf Grundstücken verkauft werden, die im Eigentum des Anbieters stehen oder von diesem von nicht mit dem Abnehmer verbundenen Dritten gemietet oder gepachtet worden sind und das Wettbewerbsverbot nicht über den Zeitraum hinausreicht, in dem der Abnehmer diese Räumlichkeiten und Grundstücke nutzt, gilt die Begrenzung auf fünf Jahre nicht.

In diesen Fällen kann das Wettbewerbsverbot solange gelten, wie der Abnehmer die Verkaufsstätte nutzt (Artikel 5 Absatz 2 GVO). Der Grund für diese Ausnahmebestimmung liegt darin, dass von einem Anbieter normalerweise nicht erwartet werden kann, dass er den Verkauf konkurrierender Produkte in den Räumlichkeiten und auf den Grundstücken, die in seinem Eigentum stehen, ohne seine Erlaubnis zulässt. Künstliche Konstruktionen, wie die zeitlich begrenzte Übertragung von Eigentumsrechten an Räumlichkeiten und Grundstücken des Händlers an den Anbieter, mit der die Fünfjahresfrist umgangen werden soll, fallen nicht unter diese Ausnahmebestimmung.³⁹

IV. ZIVILRECHTLICHE FOLGEN EINES VERSTOSSES GEGEN ART 101 ABS 1 AEUV

Die nach § 1 Abs 1 KartG verbotenen Vereinbarungen sind gem § 1 Abs 3 nichtig.

Der OGH ist der vom EuGH zur Nichtigkeit entwickelten Rsp gefolgt.⁴⁰ Die Nichtigkeit nach § 1 Abs 3 KartG wirkt nach der Rsp gegen alle und „absolut“ und kann von jedem, dh auch von einer daran beteiligten Partei, geltend gemacht werden, selbst dann, wenn dieser Umstand dem Beteiligten bereits bei Vertragsabschluss bewusst war.⁴¹ Die nichtige Vereinbarung

³³ *ebd.*

³⁴ Gruber, Die neue Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen, RdW 2010/421, Seite 381.

³⁵ *ebd.*

³⁶ VV-LL 2010/C 130/01, Rn. 66.

³⁷ *ebd.*

³⁸ VV-LL 2010/C 130/01.

³⁹ VV-LL 2010/C 130/01, Rn. 67.

⁴⁰ Lager/Petsche in Petsche/Urlesberger/Vartian (Hrsg), KartG 2005² (2016) § 1 Rz 156.

⁴¹ EuGH vom 25.11.1971, Rs 22/71, Béguelin Import, Rz 29.

erzeugt keinerlei Wirkung zwischen den Vertragsparteien und kann auch Dritten nicht entgegengehalten werden.

Es handelt sich um eine vollständige, **ex tunc eintretende Unwirksamkeit**.⁴² Die Nichtigkeitssanktion sichert daher zum einen die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Beteiligten, zum anderen bewirkt sie den Schutz Dritter, denen die rechtlich unwirksame Vereinbarung nicht entgegengehalten werden kann.⁴³

Die unmittelbar anzuwendende und *ex tunc* wirkende Nichtigkeitssanktion erfasst nicht die gesamte Vereinbarung, sondern nur diejenigen Teile, die entweder selbst unmittelbar vom Kartellverbot erfasst sind oder sich von den von diesem Verbot erfassten Teilen nicht sinnvoll trennen lassen. Nur wenn sich eine gemeinschaftsrechtswidrige Vertragsklausel vom restlichen Vertrag nicht trennen lässt, tritt die Gesamtnichtigkeit des Vertrags ein.⁴⁴

Bei der Beurteilung der Trennbarkeit kommt es nicht auf die Intentionen der Parteien an. Die Trennbarkeit ist vielmehr nach der Funktion der Nichtigkeitssanktion zu beurteilen. Leitlinie ist nicht der Gedanke der Vertragsgerechtigkeit, sondern die **Wiederherstellung der wettbewerblichen Handlungsspielräume** der gebundenen Parteien.⁴⁵ Entscheidend ist somit der **Schutzzweck der Verbotsnorm**.⁴⁶

Art 5 Abs 1 lit a GFVO iVm mit der Leitlinie für vertikale Beschränkungen 2010/C 130/01 Rn 65 ff verbietet Vereinbarungen und stellte diese somit nicht gem Art 2 GFVO frei, die eine Bindung des Abnehmers an den Anbieter von mehr als 80% bezwecken und länger als fünf Jahre dauern. Der wettbewerbsrechtliche Handlungsspielraum wäre somit wiederhergestellt, wenn die Vereinbarung unter der Schwelle von 80% geschlossen worden wären.

Der Schutzzweck von Art 5 Abs lit a GFVO gibt somit in prozentualer und zeitlicher Hinsicht präzise vor, welche Art von Vereinbarungen als verboten anzusehen sein sollen und welche eben nicht. Jene Warenbe-

zugsvereinbarungen, die gegen diesen Verbotszweck verstoßen würden, also jene, die eine Bezugsquote von 80% vorsehen und eine Bindungsdauer von mehr als fünf Jahren vereinbart haben, wären mE **nicht** in ihrer Gesamtheit nichtig. Weil die Verbotsnorm ausdrücklich vorgibt, dass Vereinbarungen, die unter den vorgenannten Schwellen liegen, zulässig sein sollen.

Gemäß § 878 ABGB ist für das Schicksal des Restvertrags auf den hypothetischen Parteiwillen abzustellen. Ob eine geltungserhaltende Reduktion möglich ist, ist strittig.⁴⁷

Der hypothetische Parteiwille ist mE dort zu finden, was redliche Parteien vereinbart hätten, wenn sie die Vereinbarung mit Kenntnis des oben beschriebenen Verbots geschlossen hätten.

Über den Autor: RAA Mag. Maximilian Maier

E-Mail: maximilian.maier@student.uibk.ac.at

⁴² Lager/Petsche in *Petsche/Urlesberger/Vartian* (Hrsg), KartG 2005² (2016) § 1 Rz 159.

⁴³ *ebd.*

⁴⁴ OGH vom 13.03.2012, 10 Ob 10/12m Bierbezugsvertrag III.

⁴⁵ Lager/Petsche in *Petsche/Urlesberger/Vartian* (Hrsg), KartG 2005² (2016) § 1 Rz 162.

⁴⁶ Lager/Petsche in *Petsche/Urlesberger/Vartian* (Hrsg), KartG 2005² (2016) § 1 Rz 162.

⁴⁷ Lager/Petsche in *Petsche/Urlesberger/Vartian* (Hrsg), KartG 2005² (2016) § 1 Rz 164.