

„Dualer Vertrieb“ reloaded – Importeure aufgepasst!

Vertikal-GVO neu – Teil 1

Der Entwurf für eine **neue Vertikal-GVO** ist veröffentlicht. In den kommenden Wochen werden wir deshalb an dieser Stelle ausgewählte Bereiche aus diesem Entwurf vorstellen und erörtern. In der endgültigen Fassung der neuen GVO können sich natürlich noch Änderungen ergeben.

Den Anfang macht der **duale Vertrieb**, von diesem ist in diesem Zusammenhang recht oft die Rede. Was soll sich hier nun ab 2022 wirklich ändern?

Dualer Vertrieb bedeutet, dass der **Hersteller oder Importeur** nicht nur Einzelhändler beliefert, sondern **zusätzlich auch in Wettbewerb zu den belieferten Einzelhändlern tritt**, indem er selbst Endkunden beliefert. Man spricht auch vom **zweigleisigen Vertrieb**, Importeur und Einzelhändler werden zu **Wettbewerbern**.

Wichtig: Die Konzernstruktur spielt kartellrechtlich keine Rolle. Deshalb liegt zweigleisiger Vertrieb auch dann vor, wenn der Importeur auf der Einzelhandelsstufe über eine eigene Tochtergesellschaft tätig ist.

Nun erfasst schon die **bisher geltende Vertikal-GVO** keine Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern. Für den zweigleisigen Vertrieb gibt es aber eine Ausnahme: Auch wenn sich Hersteller/Importeur (in der Folge einfach: Importeur) und Einzelhändler auf Einzelhandelsstufe als Wettbewerber gegenüberstehen, ist die zwischen ihnen geschlossene Vereinbarung freigestellt (Art 2 Abs 4).

Im **Entwurf für eine neue Vertikal-GVO** ist diese Ausnahme an genau gleicher Stelle (Art 2 Abs 4) erneut zu finden. Der zweigleisige Vertrieb wird also weiterhin von der Freistellung erfasst, obwohl es sich um eine Vereinbarung zwischen Wettbewerbern handelt. Neu sind aber die folgenden **zusätzlichen Voraussetzungen**, damit der zweigleisige Vertrieb freigestellt bleibt:

1. Der Importeur und der jeweilige Einzelhändler dürfen auf dem relevanten Einzelhandelsmarkt einen **gemeinsamen Marktanteil von höchstens 10%** erreichen.

Da der Kfz-Einzelhandelsmarkt – also jener Markt, auf dem sich Kfz-Händler und Endkunden gegenüberstehen – *markenübergreifend* abzugrenzen ist, werden Fälle, in denen diese Schwelle von 10% überschritten wird, im Kfz-Bereich die Ausnahme bleiben. Doch selbst dann wäre der zweigleisige Vertrieb noch freigestellt, es würden aber noch zusätzliche Anforderungen greifen. Diese zusätzliche Anforderung dürfte im Kfz-Bereich in der Praxis kaum Relevanz haben.

2. Außerdem darf die Vereinbarung zwischen Importeur und Einzelhändler **keine bezweckten horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen** enthalten. Sie darf also keine bezweckten Beschränkungen enthalten, die **das Wettbewerbsverhältnis zwischen Importeur und Einzelhändler** auf Einzelhandelsstufe – in Abgrenzung zum *vertikalen Verhältnis*, also zur *Lieferbeziehung* – betreffen. Insoweit wird das Wettbewerbsverhältnis zwischen dem Importeur und dem Einzelhändler auf dieser Stufe damit in Zukunft gleich streng beurteilt wie jenes zwischen zwei „reinen“ Wettbewerbern ohne Lieferbeziehung.

Problematisch könnten hier insbesondere Kundenzuweisungen oder Marktaufteilungen sein, wie sie in der Vergangenheit in manchen Kfz-Händlerverträgen zu finden waren (Importeur XXX behält sich vor, bestimmte Kunden, etwa internationale Organisationen, direkt zu beliefern, und zwar ausschließlich).

Aber auch abgesehen davon werden Importeure ihre Händlerverträge, insbesondere ihre Klauseln im Zusammenhang mit dem Direktvertrieb, auf mögliche bezweckte horizontale Wettbewerbsbeschränkungen hin untersuchen müssen.

Hingegen schreiben weder die geltende Vertikal-GVO noch der Entwurf für eine neue Vertikal-GVO dem Importeur vor, am Endkundenmarkt die belieferten Händler nicht zu unterbieten. Wie auch in sonstigen Wettbewerbsverhältnissen kann der Importeur (bzw seine Tochtergesellschaft) am Endkundenmarkt durchaus mit aggressiver Preispolitik auftreten und nur geringe Margen in Kauf nehmen.

Eine **Grenze** gibt es, wenn eine marktbeherrschende Stellung des Importeurs dem Händler gegenüber vorliegt, was im Einzelfall zu prüfen ist. Hier kann darin ein Missbrauch durch eine mögliche **Kosten-Preis-Schere** liegen (was eine Kosten-Preis-Schere ausmacht, erläutern wir [hier](#) in allen Details): (Nur!) Wer den Markt beherrscht, darf im Rahmen eines zweigleisigen Vertriebs die Endkundenpreise in der Regel nicht derart niedrig ansetzen, dass die belieferten Einzelhändler Verluste in Kauf nehmen müssten, würden sie die Endkundenpreise gleich niedrig ansetzen, selbst wenn sie gleich effizient arbeiten wie der Marktbeherrscher.¹

Fazit: Beim dualen (zweigleisigen) Vertrieb wird sich nicht viel ändern. Bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen in horizontaler Hinsicht müssen in Zukunft aber draußen bleiben. Darauf müssen Importeure achten, andernfalls riskieren sie den Verlust der Freistellung.

Vincent Schneider und Dr. Wendelin Moritz
Schneider & Schneider Rechtsanwalts GmbH

(Die Autoren sind Rechtsanwälte der Schneider & Schneider Rechtsanwalts GmbH, die in Händlerstreitigkeiten regelmäßig auf Seite der Importeure berät und vertritt)

¹ So der OGH in 16 Ok 4/20d („Büchl“).

Zum Dualen Vertrieb im Lichte der neuen Vertikal-GVO

Am 7. Juli 2021 hat die EU-Kommission den **Entwurf zur neuen Vertikal-GVO** samt Leitlinien und Erläuterungen veröffentlicht. Die Novellierung der Gruppenfreistellungsverordnung, die mit Juni 2023 in Kraft treten soll, erscheint aufgrund der fortschreitenden Digitalisierung und vor allem auch den aktuell weitreichenden Änderungen in den Vertriebssystemen zwingend geboten. In den folgenden Ausgaben wollen wir die einzelnen Aspekte der angekündigten Änderungen näher beleuchten und die Auswirkungen auf den KFZ-Vertrieb untersuchen. Den Anfang macht der sogenannte „**Duale Vertrieb**“.

Unter diesem „**Dualen Vertrieb**“ wird ein System verstanden, in dem der Anbieter seine Waren sowohl über Händler wie auch unmittelbar an die Endkunden, die zugleich auch Kunden des Abnehmers sind, verkauft. Die EU-Kommission hat in diesem Zusammenhang erkannt, dass der **Direktvertrieb der Hersteller**, insbesondere infolge eines gesteigerten Bedürfnisses der Kunden am Online-Verkauf, stetig zunimmt, weshalb nun nicht mehr angenommen wird, dass Wettbewerbsbeschränkungen zwischen direktvertriebenden Herstellern und Händlern bloß geringfügige Auswirkungen haben. Im Lichte dieser Überlegungen soll es nunmehr zu Nachschärfungen kommen, die jedoch im selben Atemzug neue Rechtsprobleme aufwerfen könnten.

Der Status Quo

Vorauszuschicken ist zunächst, dass die bisher in Geltung stehende Vertikal-GVO, wie auch von den Kollegen Mag. Schneider und Dr. Moritz völlig richtig ausgeführt, keine Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern umfasst. Davon ausgenommen sind aktuell noch Vereinbarungen freigestellt, wenn Hersteller und Händler einander als konkurrierende Unternehmen auf dem nachgelagerten Markt gegenüberstehen und nicht auf der vorgelagerten Ebene begegnen. In diesem Fall ist der Hersteller zugleich auf beiden Märkten der Vertikalbeziehung tätig, während der Abnehmer nur auf der nachgelagerten Handelsstufe auftritt und somit selbst nicht Hersteller ist. Nur jene Vereinbarungen, die nicht dieses Wettbewerbsverhältnis, sondern ausschließlich die Liefer- und Vertriebsbeziehung beider Unternehmen betreffen, sind nach der Vertikal-GVO freigestellt.

Der Reboot

Folgt man nunmehr dem Entwurf der EU-Kommission sollen von dieser Freistellung künftig explizit auch Importeure umfasst sein. Nicht unumstritten war bisher, ob die Freistellung auch horizontale Aspekte umfassen sollte, wobei *in concreto* der sogenannte **Informationsaustausch** gesondert hervorzuheben ist. Mit dem vorliegenden Entwurf hat sich die EU-Kommission bemüht, diese Frage zu beantworten und soll klargestellt werden, dass grundsätzlich auch alle horizontalen Aspekte einer dualen Vertragsbeziehung von der Freistellung umfasst sein werden, jedoch entfällt die Freistellung für den Informationsaustausch, wenn der gemeinsame Anteil des Herstellers und des Händlers auf der Einzelhandelsstufe eine **Marktanteilsgrenze von 10%** übersteigt.

Da angesichts der aktuellen Marktanteilszahlen insbesondere für die Zukunft nicht ausgeschlossen werden kann, dass einzelne Marken diese 10% Schwelle überschreiten werden, ist festzuhalten, dass

meines Erachtens im Falle der Umsetzung des Entwurfs zur Vertikal-GVO beim Informationsaustausch im dualen Vertrieb nicht unerhebliche **Rechtsunsicherheiten** implementiert würden.

Auf der Hand liegt zunächst, dass die für die Durchführung einer Vertriebsvereinbarung erforderlichen Informationen regelmäßig umfangreicher sind als jene, die zulässigerweise zwischen Wettbewerbern ausgetauscht werden dürfen. Im dualen Vertrieb führt dies jedoch zu einer Rechtsunsicherheit im Zusammenhang mit der Frage, welche Informationen der Hersteller von seinen Händlern verlangen darf, so unter anderem hinsichtlich Kundennamen, Verkaufspreisen, Absatzzahlen usw. Wenn nun, wie im KFZ-Vertrieb infolge der Digitalisierung der Systeme immer öfter der Fall, Hersteller und Händler mit den Endkunden, beispielsweise im Zusammenhang mit technischen Fragen, in Kontakt treten, wird dieses Problem sogar noch verschärft. Hier bedarf es wohl noch einer Klarstellung durch die EU-Kommission, ob die Freistellung nach der Vertikal-GVO auch die Übermittlung jener Informationen umfasst, die für die Durchführung wettbewerbskonformer Vereinbarungen erforderlich sind, und zwar auch dann, wenn die Vertragspartner zusätzlich in einem Wettbewerbsverhältnis zueinander stehen. Nicht auszuschließen sind angesichts des aktuellen Entwurfs **kartellrechtliche Bedenken** gegen vertragliche Bestimmungen, die Händlern Mitteilungen über ihre Verkaufszahlen an den Hersteller abverlangen, der über Direktvertrieb zu diesen Händlern auch im Wettbewerb steht.

Die bezweckte Wettbewerbsbeschränkung

Auch für jene Marken, die die 10%ige Marktanteilsschwelle nicht überschreiten, sind diese Überlegungen nicht unwesentlich, müssen doch sämtliche horizontalen Aspekte und somit auch der Informationsaustausch unabhängig vom Marktanteil **in jedem Einzelfall** dahingehend **geprüft** werden, ob diese Vereinbarungen für die Durchführung der Vertikalbeziehung geeignet, erforderlich und angemessen sind. Da somit alle horizontalen Absprachen stets auch immer daraufhin zu prüfen sind, ob sie eine **bezweckte Wettbewerbsbeschränkung** enthalten, werden in der Praxis weder die Freistellung noch die 10% Grenze bloß schematisch angewandt werden können. Die EU-Kommission hat darauf in ihren Vertikal-Leitlinien zu den Handelsvertretern sogar ausdrücklich hingewiesen. Was unter einer „bezweckten“ Wettbewerbsbeschränkung zu verstehen ist, wird wohl auch in Zukunft ausreichend Anlass für juristische Auseinandersetzungen bieten. Die Frage, ob sich die Parteien im Anwendungsbereich einer Gruppenfreistellungsverordnung bewegen, wird durch die angedachten Regelungen sicher nicht erleichtert.

Den Bedenken einiger Stimmen im Evaluierungsprozess, dass „Dual-Distribution“ Strategien angesichts der behauptet drohenden direkten Sanktionen bei einer Fehleinschätzung abnehmen werden, kann ich mich im Hinblick auf den KFZ-Vertrieb nicht anschließen, zeigen doch die aktuellen Entwicklungen und die damit verbundenen Vertragsanpassungen in die genau gegengesetzte Richtung. Ob die allgemeine Freistellungswirkung der zukünftigen Verordnung infolge der von Herstellerseite befürchteten individuellen Einzelfallprüfungen konterkariert wird, bezweifle ich ebenfalls.

Im Ergebnis sind Klarstellungen im nunmehr von der EU-Kommission eingeläuteten Prozess, in welchem Branchenvertreter ihre Stellungnahmen abgeben werden, jedenfalls anzunehmen. Dass diese zu gravierenden Änderungen führen werden, darf eher nicht erwartet werden – auch wenn es sich so mancher wünschen wird.