



Newsletter Compliance und Vergaberecht

Vergaberecht 2010 / Änderungen in den Vergabe- und Vertragsordnungen	Dr. Jörg Pamperien	Seite 2
Erhöhte Aufmerksamkeit für Korruptionsrisiken im Gesundheitswesen	Reinhold Kopp	Seite 5
Korruptionsverdacht im Unternehmen: Was tun?	Jan-F. Schubert	Seite 8
Neue kartellrechtliche Regelungen für den Vertrieb von Waren und Dienstleistungen	Dr. Gerhard Pischel, LL.M. (Univ. Lond.)	Seite 10
Neue Wettbewerbsregeln für Liefer- und Vertriebsvereinbarungen?	Dr. Lutz Steffen	Seite 13

Vergaberecht 2010 / Änderungen in den Vergabe- und Vertragsordnungen

Die neue Vergabeordnung (VgV) sowie dadurch bedingt die neuen Vergabe- und Vertragsordnungen sind nunmehr geltendes Recht. Am 11. Juni 2010 trat die Verordnung zur Anpassung der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung – VgV) in Kraft. Durch die angewandte Verweistechnik wurden die bereits im letzten Jahr verkündeten Vergabe- und Vertragsordnungen nunmehr ebenfalls am 11. Juni 2010 verbindlich für Oberschwellenvergaben.

Der Hintergrund dieser Reformen ist folgende Intention des Gesetzgebers:

- Modernisierung des Vergaberechts
- Vereinfachung des Vergaberechts
- transparentere Ausgestaltung
- Mittelstandsfreundlichkeit
- Umsetzung weiterer EU-Regelungen
- Straffung des Vergaberechts (Streichung von Vorschriften /Verfahrens-erleichterungen)
- „Reform am bestehenden System“; d.h. an der grundsätzlichen Anordnung und Systematik des Vergaberechts wurde nichts geändert.

Für bereits laufende Verfahren findet das alte Vergaberecht nach wie vor Anwendung.

Aufgrund der Komplexität des Vergaberechts soll im Folgenden nur stichpunktartig auf Änderungen hingewiesen werden, die nach unserer Auffassung von hervorzuhebender Relevanz sind. Auf eine umfassende und vergleichende Darstellung mit den jeweiligen Interpretationen wurde aufgrund des Umfangs an dieser Stelle verzichtet:

- sowohl die VOB/A als auch die VOL/A enthalten keine Abschnitte 3 und 4 mehr, stattdessen gilt nunmehr die Sektorenverordnung (SektVO)
- es gibt neue Unterschiede zwischen der VOB/A und der VOL/A, bei der VOB/A gelten nach wie vor die Basisparagrafen und die A-Paragrafen, bei der VOL/A finden sich nunmehr im zweiten Abschnitt die sogenannten EG-Paragrafen

1. Beispielhafte Änderungen der VOB/A 2009

- a. Es gibt Wertgrenzen im Unterschwellenbereich.
- b. Die Erbringung von Nachweisen wurde erleichtert, so wurde der Eignungsnachweis vereinfacht. Nunmehr ist eine Präqualifikation statt Einzelnachweisen möglich.
- c. Verpflichtungserklärungen von Nachunternehmern können nur noch von den in der engeren Wahl befindlichen Bietern gefordert werden. (Die Folge ist eine Vereinfachung des Vergabeverfahrens von Kosteneinsparungen bei den Unternehmen/Bietern)
- d. Bedarfspositionen wurden ausgeschlossen.
- e. Kostenerstattungsansprüche für die Ausarbeitung bestimmter Angebotsunterlagen (z.B. Entwürfe, Pläne etc.) sind nicht mehr abdingbar.

2. Beispielhafte Änderungen der VOL/A 2009

Der Eignungsnachweis wurde vereinfacht durch die Möglichkeit von Präqualifikation und Eigenerklärungen, zudem besteht eine Begründungspflicht für andere Nachweise.

3. Beispielhafte Änderungen der VOF 2009

Es fand eine Anpassung an die Änderungen der VOB/A 2009 und der VOL/A 2009 statt.

Auch hier wurden die Eignungsnachweise entsprechend erleichtert.

Es existiert kein grundsätzliches Verbot der Vergabe von Unteraufträgen mehr.

4. Wichtig: unvollständige Angebote

Bisher waren Angebote mit unvollständigen Preisen und fehlenden Nachweisen und Erklärungen auszuschließen. Hier existiert eine entsprechend restriktive Rechtsprechung des BGH, die sich begründet auf die Chancengleichheit der Bieter.

Jetzt gibt es hierzu in den Vergabe- und Vertragsordnungen aufgelockerte, aber abweichende Regelungen:

- Gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1 c VOB/A erfolgt kein Angebotsausschluss, wenn in einer einzelnen unwesentlichen Position die Angabe des Preises fehlt und durch die außer Acht Lassung dieser Position der Wettbewerb und die Wertungsreihenfolge, auch bei Wertung dieser Position mit dem nächsten Wettbewerbspreis, nicht beeinträchtigt werden.
- Gemäß § 16 Abs. 2, § 19 Abs. 2 EG VOL/A erfolgt kein Angebotsausschluss, wenn unwesentliche Einzelpositionen, deren Einzelpreise den Gesamtpreis nicht verändern oder die Wertungsreihenfolge und den Wettbewerb nicht beeinträchtigen.
- Gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A ist im Falle des Fehlens geforderter Erklärungen oder Nachweise das Angebot nicht auszuschließen, sondern der Auftraggeber verlangt die fehlenden Erklärungen oder Nachweise nach, und zwar spätestens innerhalb von sechs Kalendertagen nach Aufforderung durch den Auftraggeber sind diese vorzulegen. Die Frist beginnt am Tag der Absendung. Werden die fehlenden Erklärungen und Nachweise nicht innerhalb der Frist vorgelegt, dann ist erst das Angebot auszuschließen.
- Gemäß § 16 Abs. 2, § 19 Abs. 2 EG VOL/A können Erklärungen und Nachweise, die auf Anforderung dem Auftraggeber bis zum Ablauf der Angebotsfrist nicht vorgelegt wurden bis zum Ablauf einer zu bestimmenden Nachfrist nachgefordert werden.
- Gemäß § 5 Abs. 3 VOF 2009 können auch hier fehlende Erklärungen und Nachweise innerhalb einer zu bestimmenden Nachfrist nachgereicht werden.

Praktikerhinweis:

Das Vergaberecht insgesamt leidet bekanntlich unter einer gewissen Unübersichtlichkeit, da es sich in drei verschiedenen Regelungswerken befindet (sogenanntes „Kaskadenprinzip“). Da das Vergaberecht insgesamt, d.h. im GWB, in der VgV und in den Vergabe- und Vertragsordnungen geändert wurde und bei einer Gesamtschau festzuhalten ist, dass es durchaus praktikable Neuregelungen gibt, dürfte im Ergebnis ein positiver Ansatz zu verzeichnen sein. Positiv dürften z.B. Regelungen zu der so genannten „De-Facto-Vergabe“ sein, die nunmehr unter bestimmten Voraussetzungen nichtig ist, aber auch bei der Möglichkeit Unterlagen nachzureichen bzw. bei der Vereinfachung von geforderten Nachweisen und der grundsätzlichen Entschädigungspflicht für umfangreiche Ausarbeitungen. Andererseits ist nicht ohne Weiteres nachvollziehbar, warum in den Vergabe- und Vertragsordnungen selbst bei ähnlichen Änderungen eine unterschiedliche

Systematik und unterschiedliche Bezeichnung neu eingeführt wurde, die sicherlich den Umgang nicht vereinfacht. Außerdem ist festzuhalten, dass zwecks Vereinfachung gewisser Vorgänge im Vergabeverfahren an maßgeblichen Stellen mit unbestimmten Rechtsbegriffen gearbeitet wurde, die es nun wieder gilt, in der Praxis auszufüllen.

Dr. Jörg Pamperien

Rechtsanwalt, Heussen-Law Berlin

Tätigkeitsschwerpunkte: Vergaberecht, Public Private Partnership-Modelle, Real Estate, Transaktionen, Gewerbemietrecht, Vertragsgestaltung und Prozessführung

Tel. +49 (0) 30 7009 4916; E-Mail: joerg.pamperien@heussen-law.de

Erhöhte Aufmerksamkeit für Korruptionsrisiken im Gesundheitswesen

Niedergelassene Kassenärzte und andere Vertreter von Heilberufen müssen sich vor einseitigen Zuwendungen in Acht nehmen

Ein Beschluss des OLG Braunschweig vom 23.02.2010 hat eher beiläufig eine in der Literatur seit langem kontrovers diskutierte Frage entschieden, wonach niedergelassene Vertragsärzte von Krankenkassen sich nach § 299 StGB, der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr sanktioniert, strafbar machen können. Der Inhaber einer Kassenarztpraxis wird als „Schlüselfigur der Arzneimittelversorgung“ bezeichnet, der als Beauftragter des geschäftlichen Betriebs der Krankenkassen anzusehen sei. Der Vertragsarzt sei auf Grund seiner Stellung berechtigt und verpflichtet, für den Betrieb der Krankenkasse zu handeln und auf den Betrieb Einfluss zu nehmen. Er sei maßgeblich dafür verantwortlich, ob der Kaufvertrag zwischen der Apotheke und der Krankenkasse zu Gunsten des Versicherten zu Stande komme.

Der Arzt ist also gut beraten, im Gegenzug für Verschreibungen weder von Pharmaunternehmen noch von Apothekern Sachzuwendungen wie I-phones, Laptops oder Navi-Geräte, Mietkostenzuschüsse oder luxuriöse Reisen zu Fortbildungszwecken entgegenzunehmen. Auch wenn noch nicht alle Staatsanwaltschaften und Instanzgerichte den Beauftragtenstatus bejahen, weil sie die eigene freiberufliche Tätigkeit des Arztes im Vordergrund sehen, erhöht sich das Risiko für den Kassenarzt deutlich. Vereinzelt wird im Schrifttum sogar die Auffassung vertreten, dass Vertragsärzte und Apotheker den höheren Sanktionen

der strafrechtlichen Regelungen zur Vorteilsgewährung/-annahme und Bestechung/Bestechlichkeit für Amtsträger nach §§ 332 -334 StGB unterfallen.

Amtsträgereigenschaft

Zweifellos Amtsträgereigenschaft kommt Chefärzten und Oberärzten zu, wenn sie als Professoren und Beamte an Universitätskliniken und Kliniken in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft tätig sind. Gleiches gilt für Ärzte und einen weiten Kreis von Mitarbeitern, die in einer Klinik eines öffentlich-rechtlichen Trägers mit Beschaffungsvorgängen befasst sind. Die Strafandrohung trifft also ärztliches, Pflege- und Verwaltungspersonal, das mit dem Einkauf von Geräten und Verbrauchsmaterialien befasst ist. Die Anforderungen an eine sog. Unrechtsvereinbarung (Zuwendungen „für die Dienstausbübung“) sind sehr stark gelockert worden; die Gerichte haben einen wertenden Beurteilungsspielraum und dürfen alle in Betracht kommenden Indizien einer Gesamtschau unterwerfen. Auch allgemeine Klimapflege kann also unter bestimmten Umständen als Bestechung gewertet werden. Die Grenze zwischen zulässigen Aufmerksamkeiten und Bestechung ist ohnehin fließend; reine Werbeatikel ohne besonderen Nutzwert für den Einzelnen sind unbedenklich. Geschenke bis zu einem Wert von 20 - 30 € können noch sozialadäquat sein, wenn es keine schärferen Richtlinien des Arbeitgebers im Einzelfall gibt. Alles was darüber hinausgeht, kann zu arbeits- und strafrechtlichen Konsequenzen führen. Besondere Vorsicht ist geboten, wenn Zuwendungen nicht an die Firmen-, sondern an die Privatadresse versandt werden. Im Zweifel sollte der Arbeitgeber um Erlaubnis gefragt werden.

Verein der freiwilligen Selbstkontrolle der Arzneimittelindustrie (FSA)

Die Pharmaindustrie ist sich nach zahlreichen Ermittlungsverfahren des Korruptionsrisikos in ihren Vertragsbeziehungen bewusst geworden. Es gibt verschiedene verbindliche Verhaltenskodices von Spitzenverbänden, denen sich die Industrie im Wege der Selbstverpflichtung unterworfen hat und die öffentliche Sanktionen nach sich ziehen. Am Bekanntesten sind die beiden FSA-Kodices für die Zusammenarbeit mit Fachkreisen und mit Patientenorganisationen. Der erstere Kodex regelt z. B. die vertragliche Zusammenarbeit mit niedergelassenen Ärzten, die Einladung zu Fortbildungsveranstaltungen, die Vergabe von Studien, die Praxis von Geschenken, Bewirtungen und Spenden. Die Unternehmen sind zu einem aktiven Compliance-Management verpflichtet. Verstöße, weil etwa Ärzte in Verbindung mit gehäufter Werbung für das neue Medikament Anwendungsbeobachtungen der Wirksamkeit eines Blutdrucksenkers untersuchen und dokumentieren sollten, wurden unter Namensnennung des Unternehmens

gerügt. Niedergelassene Ärzte, die Zweifel an der Korrektheit gegenseitiger Leistungsbeziehungen mit Pharmaunternehmen haben, können sich an die FSA-Schiedsstelle wenden.

Unlauterer Wettbewerb

Neben dem Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG) sind von Herstellern, Großhändlern, Krankenhäusern, Apothekern und Ärzten im Zusammenhang mit konkreter, produkt- bzw. leistungsbezogener Absatzwerbung die Vorschriften des Heilmittelwerbegesetzes (HWG) zu beachten. Einseitige Zuwendungen und sonstige Werbegaben in Form von Waren, Dienstleistungen oder wirtschaftlichen Vorteilen aller Art sind grundsätzlich verboten, es sei denn, es liegt ein spezifischer Erlaubnistatbestand vor. Obwohl im Gesetz eine konkrete Wertgrenze fehlt, sind nur Sachen und Dienstleistungen von geringem Verbrauchs- oder Verkehrswert für den Zuwendungsempfänger und zwar für die Verwendung in der ärztlichen Praxis zulässig. Zuwendungen für den privaten Bereich sind generell untersagt.

Bei Fortbildungsveranstaltungen wird es oft eine Grauzone geben, inwieweit die Veranstaltung gezielt zur Absatzförderung für Wirtschaftsgüter dient oder eher einen Schwerpunkt in der berufsbezogenen wissenschaftlichen Fortbildung hat und damit der allgemeinen Reputationsförderung eines Unternehmens geschuldet ist. Gleichwohl dürfen auch wissenschaftliche Kongresse mit der Übernahme von Reise- und Übernachtungskosten womöglich auch für den Lebenspartner nicht in den Urlaubs- oder gar Luxusbereich abdriften. Irreführende Werbung ist nach § 3 HWG unter Strafe gestellt, die übrigen Verstöße sind mit Ordnungsgeldern bewehrt.

Nach dem Arzneimittelversorgung-Wirtschaftlichkeitsgesetz (AVWG) sind nun auch Naturalrabatte von Herstellern und Großhändlern an Apotheken verboten.

Reinhold Kopp

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, Heussen-Law Berlin

Tätigkeitsschwerpunkte: Public Affairs, Aufsichts- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, Compliance, Corporate Governance, CSR, PPP, Arbeitsrecht im Unternehmen

Tel. +49 (0) 30 7009 4910; E-Mail: reinhold.kopp@heussen-law.de

Korruptionsverdacht im Unternehmen: Was tun?

Die Sicherstellung rechtmäßigen Verhaltens im Unternehmen zur Vermeidung von Haftungsfällen soll v.a. Schutz für die Vermögenssphäre des Unternehmens bieten, ist aber auch zum Schutz vor zivil- und strafrechtlicher Verfolgung des Managements essentiell. Daher haben sich Compliance-Systeme für die Unternehmensführung zu einem Beratungsprodukt entwickelt (siehe unser Compliance Newsletter Juli 2009). Ein immer wiederkehrendes Problem ist die Korruptionsbekämpfung. Aktive und passive Bestechungen sind sowohl gegenüber Amtsträgern wie auch ansonsten im geschäftlichen Verkehr strafbar. Die Konsequenzen einer aufgedeckten oder gar verfolgten Bestechung können gravierend sein und durch Rufschädigung und Schadenersatzverpflichtungen eine Existenzgefährdung des Unternehmens bedeuten. Besonders anfällig sind der Vertrieb und der Einkauf eines Unternehmens.

Was aber ist konkret zu tun, wenn ein Korruptionsverdacht aufkeimt und präventive Maßnahmen wie z.B. unternehmenseigene Ethikrichtlinien, Mitarbeiterrotation oder das Vier-Augen-Prinzip nicht wirksam waren?

Vor der Einschaltung der Strafverfolgungsbehörden sollten unternehmensinterne Erkenntnisquellen ausgeschöpft werden. Die Aufklärung darf sich freilich nur im rechtlich sicheren Rahmen bewegen.

In Frage kommen:

- Sofortige Einschaltung des unternehmenseigenen **Compliance-Beauftragten**, falls vorhanden.
- Überprüfung in Frage kommender Geschäftsabschlüsse durch die **interne Revision**. Dabei werden z.B. Geschäftsvorfälle auf Auffälligkeiten beim Abschluss oder bei der Durchführung überprüft und Konten von Mitarbeitern mit denjenigen von Geschäftspartnern verglichen („Datenscreening“)
- Eingehende **Befragung** des Informanten, dessen Resultat möglichst zu protokollieren und vom Informanten zu unterschreiben ist.
- Eine **Anhörung** des verdächtigen Mitarbeiters. Hier ist zunächst diskret vorzugehen. Es dürfen aber selbstverständlich alle geschäftlichen Unterlagen, die sich im Besitz des Mitarbeiters befinden, auf Verdachtsmomente kontrolliert werden.
- Die **Überwachung** des Telefons des betroffenen Mitarbeiters wie auch die Kontrolle seiner Post (nicht der geschäftlichen Post) ist nur in Ausnahmefällen zulässig. Grundsätzlich sind Telefonmitschnitte gemäß § 201 StGB strafbar und

bedürfen eines Rechtfertigungsgrundes. Ebenso ist private Post gemäß § 202 StGB geschützt.

- Eine **Kontrolle dienstlicher E-Mails bzw. Internetnutzung** im Unternehmen wäre allerdings grundsätzlich zulässig. Diesbezüglich müssten allerdings eventuell bestehende Betriebsvereinbarungen über die Nutzung von Internet bzw. Email-accounts überprüft werden. Auch sind einschlägige Gesetze (z.B. Teledienstschutzgesetz, Telekommunikationsgesetz, Telekommunikations-Datenschutzverordnung und Bundesdatenschutzgesetz) zu beachten.
- Eine **Überwachung** des Verdächtigen mittels Kamera stellt allerdings einen regelmäßig unzulässigen Eingriff in dessen Persönlichkeitsphäre dar, der nur in speziellen Bereichen eines Unternehmens zulässig ist.
- Je nach Einzelfall und Konkretisierung der Verdachtsmomente können aber **externe Ermittler** eingesetzt werden. Die Privatsphäre des Verdächtigen darf dabei nicht ausgespäht werden, die Informationsbeschaffung hat sich auf den Nachweis der konkret vermuteten Tat zu beschränken. Die Ermittler können in diesem Zusammenhang als „agent provocateur“ auch Probenmaßnahmen in Form von fingierten Käufen / Verkäufen durchführen; sie sind dabei selbstverständlich an die Einhaltung geltender Gesetze gebunden.

Praktikerhinweis:

Erhärtet sich durch die unternehmensinterne Kontrolle der Verdacht, sind die Strafverfolgungsbehörden (Staatsanwaltschaft, Landeskriminalamt) einzuschalten. Dort sollte aus Gründen der arbeitgeberseitigen Fürsorgepflicht zunächst in neutraler Form der Sachverhalt geschildert werden. Bejahen die Strafverfolgungsbehörden einen hinreichenden Verdacht, haben sie ihrerseits Ermittlungen von Amts wegen einzuleiten. In diesen Fällen wird es unumgänglich sein, über arbeitsrechtliche, aber auch über zivilrechtliche Konsequenzen (Stichwort: Schadenersatz) nachzudenken

Jan-F. Schubert, Rechtsanwalt

Rechtsanwalt, Heussen-Law Stuttgart

Tätigkeitsschwerpunkte: Wirtschaftsrecht, M&A

Tel. +49 (0) 711 22840 0; E-Mail: jan.schubert@heussen-law.de

Neue kartellrechtliche Regelungen für den Vertrieb von Waren und Dienstleistungen

1. Allgemeines

Art. 101 Abs. 1 AEUV verbietet Unternehmen, Vereinbarungen abzuschließen, die den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und Einschränkung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarktes bezwecken oder bewirken. Eine Freistellung vom Verbot ist nach Art. 101 Abs. 3 AEUV für bestimmte Verhaltensweisen vorgesehen, wenn trotz einer Wettbewerbsbeschränkung das Verhalten der Beteiligten auch positive Elemente für den Wettbewerb enthält. Für allgemeine Vertriebsvereinbarungen hat die Europäische Kommission, die die Kompetenz zum Erlass von Verordnungen besitzt, 1999 eine Gruppenfreistellungsverordnung erlassen, die bestimmte Gruppen von Vereinbarungen nach Art. 101 Abs. 3 AEUV vom Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV freistellt. Diese Gruppenfreistellungsverordnung (VO 2790/1999) lief zum 31.05.2010 aus und wurde durch eine neue Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung (VO 330/2010) („GVO“) ersetzt. Zusätzlich hat die Kommission neue Leitlinien, die diese GVO erläutern, erlassen. Diese Regelungen gelten auch für rein innerstaatliche Sachverhalte, da deutsches Kartellrecht für Vertikalvereinbarungen in §§ 1, 2 GWB in soweit vollständig harmonisiert sind.

2. Wesentliche Änderungen in der GVO

Bislang kam es für eine Freistellung prinzipiell auf den Marktanteil des Verkäufers an. Jetzt darf kein an der Vereinbarung beteiligtes Unternehmen einen Marktanteil von dreißig Prozent überschreiten. Wechselseitige Vertriebsvereinbarungen zwischen konkurrierenden Herstellern oder Erbringern von Dienstleistungen sind nun nicht mehr freigestellt, während diese früher bis zu einem Umsatz des Käufers/ Dienstleistungserbringers von 100,0 Mio. Euro von der Freistellung profitieren konnten.

3. Klarstellung in den Leitlinien

Weitere Änderungen finden sich in den zuvor genannten Leitlinien, die die Kommission zur Klarstellung der gesetzlichen Regelungen erlassen hat. Diese entfalten keine unmittelbare Rechtswirkung, sind aber in der Praxis von großer Bedeutung, da hiermit deutlich gemacht wird, was die Kommission (und das Bundeskartellamt) tolerieren werden und welche Maßnahmen kartellrechtlich von den Behörden jedenfalls nicht automatisch unbedenklich sind.

a) Handelsvertreter und Kartellrecht

Klarstellungen ergeben sich in Bezug auf Handelsvertreter.

Maßgeblich für die Frage, ob eine Vereinbarung zwischen dem Handelsvertreter und seinem Unternehmer überhaupt einem kartellrechtlichen Verbot unterliegen können, ist der Grad der Risikoverteilung. Danach können Vereinbarungen zwischen dem Unternehmer und dem Handelsvertreter nur dann von einer Privilegierung nach der Gruppenfreistellungsverordnung profitieren, wenn der Handelsvertreter keine oder kaum Risiken im Bereich der vertrags- oder marktspezifischen Investitionen trägt oder weiterer Tätigkeiten nach dem Willen des Unternehmers ausüben muss, um sich für die Handelsvertretung zu qualifizieren. Wirtschaftliche Risiken, die über die eines „normalen“ Handelsvertreters hinausgehen, sind danach auch in Zukunft zu vermeiden, soll eine entsprechende Vereinbarung nicht dem Kartellrecht unterfallen.

b) Preisfestsetzung

In Ausnahmefällen kann nun eine Festsetzung der Preise, die der Vertragspartner Dritten gegenüber verlangen kann, zulässig sein: So beim Eintritt für neue Produkte oder in neue Märkte, um den Wettbewerb auf der Verteilerstufe zu erleichtern, bei kurzfristigen Niedrigpreiskampagnen (zwei bis sechs Wochen) und bei der „gelegentlichen“ Bekämpfung von Lockvogelangeboten. Entsprechende Maßnahmen sind zwar nicht von der Gruppenfreistellungsverordnung gedeckt – denn Preisfestsetzungen sind nach der GVO selber stets verboten; allerdings kommt eine Einzelfreistellung in Betracht. Die Beweislast für das Vorliegen entsprechender Effizienzvorteile tragen dabei die Parteien. Trotz der Liberalisierung ist danach weiterhin größte Vorsicht bei Preisfestsetzung in Vertikalvereinbarungen geboten.

c) Lebensmitteleinzelhandel

Darüber hinaus befassen sich die Leitlinien erstmalig mit Praktiken des Lebensmitteleinzelhandels, für die Listung durch ein Lebensmitteleinzelhandelsunternehmen Zahlungen zu verlangen. Dies ist bis zu einem Marktanteil von dreißig Prozent zulässig. Weiter nehmen die Leitlinien zum ersten Mal Stellung zum Kategoriemanagement, wobei die Europäische Kommission hier in ihren Leitlinien einen relativ liberalen, nicht einschränkenden Ansatz verfolgt, wonach entsprechende Vereinbarungen bis zu einem Marktanteil von 30% der hieran beteiligten Unternehmen zulässig sind.

d) Internetvertrieb

Detailliert nimmt die Kommission zu Verkaufsverboten im Internet Stellung. So macht sie deutlich, dass Kunden- oder Gebietsbeschränkungen für den Vertrieb von Waren über das Internet prinzipiell unzulässig sind, wenn sie sich auf eine allgemein Präsenz im Netz beschränken und die Vertragspartner nur dann Kunden anschreiben, wenn diese ausdrücklich um eine Zusendung von Informationen gebeten haben. Unzulässig ist auch das Gebot gegenüber dem Vertragspartner, eine Webseite von bestimmten Gebieten aus nicht erreichbar zu gestalten, Anfragen aus bestimmten Gebieten auf andere Webseiten umzuleiten oder die Verpflichtung zum Transaktionsabbruch bei Einsatz einer Kreditkarte aus einem Gebiet, das dem Händler nicht zugewiesen wurde. Auch die Sprache, in der eine Webseite betrieben wird, kann regelmäßig nicht vorgegeben werden, auch wenn sie sich damit faktisch an andere als die dem Händler zugewiesene Kunden wendet.

Daneben ist verboten, den Verkauf online im Verhältnis zum offline getätigten Verkauf zu beschränken und einen höheren Einkaufspreis für Online- gegenüber Offline-Mengen zu verlangen. Zulässig ist hingegen die Festlegung eines absoluten Offline-Mindestumsatzes (im Wert oder Menge), soweit dadurch sichergestellt ist, dass die konventionelle Verkaufsstelle effizient betrieben wird und der Internethandel dadurch nicht beeinträchtigt wird. Ebenso von einer Freistellung profitiert, wer seinem Händler einen Marketingzuschuss für On- oder Offline-Handel gewährt. Insbesondere beim Selektivvertrieb sind qualitative Voraussetzungen, denen die Webseite eines Händlers genügen muss, das Verbot reinen Internetvertriebs für einen Händler sowie das Verbot des Handels über Auktionsplattformen zulässig. Allerdings kann bei dieser Vertriebsform ein direktes, erstmaliges Ansprechen von Kunden über das Internet ohne vorherige Kontaktaufnahme durch die Kunden nicht untersagt werden.

Dr. Gerhard Pischel, LL.M. (Univ. Lond.), Rechtsanwalt

Rechtsanwalt, Heussen-Law München

Tätigkeitsschwerpunkt: Kartellrecht

Tel. +49 (0) 89 29097 0; E-Mail: gerhard.pischel@heussen-law.de

Neue Wettbewerbsregeln für Liefer- und Vertriebsvereinbarungen?

Zu den wirtschaftlich bedeutsamsten Normen im Gefüge des Europäischen Kartellrechts gehört die Gruppenfreistellungsverordnung für Liefer- und Vertriebsvereinbarungen, kurz „**Vertikal-GVO**“ genannt. Sie und die begleitenden Leitlinien der Europäischen Kommission enthalten u. a. Ausführungen zu Fragen des Preiswettbewerbs, zu Gebiets- und Kundenzuweisungen, zur Mehrmarkentätigkeit des Händlers, zu selektiven Vertriebssystemen sowie zum Internetvertrieb. Diese Orientierung für die Zusammenarbeit von Herstellern, Groß- und Einzelhandel gilt im Rahmen des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen entsprechend.

Mit Wirkung zum 1. Juni 2010 ist an die Stelle der bisherigen Verordnung (EG Nr. 2790/1999) die **neue Gruppenfreistellungsverordnung** (EU Nr. 330/2010) getreten. Diese neue Vertikal-GVO gilt für die nächsten zwölf Jahre. Sie enthält grundlegende Regelungen **zur Vereinbarkeit von Liefer- und Vertriebsverträgen mit dem Kartellverbot**, das auch zu beachten ist bei Vereinbarungen über den Verkauf bzw. Erwerb von Waren oder Dienstleistungen zwischen Unternehmen, die auf verschiedenen Stufen der Produktions- oder Vertriebskette tätig sind („vertikale Vereinbarungen“).

Vertikale Vereinbarungen, die lediglich dazu dienen, Preis und Menge im Rahmen eines bestimmten Verkaufs- bzw. Beschaffungsvorgangs festzulegen, schränken den Wettbewerb in der Regel nicht ein. Werden jedoch darüber hinausgehende Bindungen dem Lieferanten oder dem Abnehmer auferlegt, kann dies eine Wettbewerbsbeschränkung („**vertikale Beschränkung**“) bedeuten, die grundsätzlich dem Kartellverbot unterliefe. Beispiele für derartige vertikale Beschränkungen sind die dem Abnehmer auferlegte Verpflichtung, keine konkurrierenden Marken zu beziehen („Wettbewerbsverbot“), bzw. umgekehrt die Verpflichtung für den Verkäufer, nur einen bestimmten Abnehmer zu beliefern („Alleinbelieferung“).

Vertikale Beschränkungen können aber nicht nur negative, sondern auch positive Auswirkungen haben. So können sie beispielsweise einem Hersteller die Erschließung eines neuen Marktes erleichtern, Trittbrettfahrern einen Riegel vorschieben, die von den Verkaufsanstrengungen eines anderen profitieren wollen, oder auch sicherstellen, dass sich die Investitionen eines Lieferanten für einen bestimmten Kunden amortisieren. Bei Erreichen bestimmter Voraussetzungen können solche positiven Effekte die Freistellung der vertikalen Beschränkung vom grundsätzlichen Kartellverbot bewirken („Legalausnahme“). Diese Prüfung obliegt jedem der beteiligten Unternehmen in eigener Verantwortung („**Selbstbeurteilung**“). Hier greift die Vertikal-GVO helfend ein, die den meisten

vertikalen Vereinbarungen einen festen Orientierungsrahmen bietet. Bei Einhaltung dieses Rahmens haben die Parteien die Gewissheit, nicht gegen kartellrechtliche Verbote zu verstoßen, bei denen hohe Bußgelder, nichtige Verträge und Schadenersatzforderungen Dritter drohen würden. Sie befinden sich dann im „**sicheren Hafen**“ der Vertikal-GVO.

Aufgrund ihres umfassenden Anwendungsbereichs wird die Vertikal-GVO auch als „Schirm-GVO“ bezeichnet, da sie nicht auf einzelne Vertragstypen und Branchen beschränkt ist. Im **Kraftfahrzeugsektor**, in dem die Anwendung der Schirm-GVO bisher weitestgehend verdrängt war durch die branchenspezifische Spezial-Verordnung zur Freistellung von Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Kfz-Sektor (EG Nr. 1400/2002) – „Kfz-GVO“ -, gilt für vertikale Vereinbarungen über den Bezug, Verkauf und Weiterverkauf **neuer Kraftfahrzeuge** die allgemeine Vertikal-GVO ab dem 1. Juni 2013 ausschließlich. Gruppen von vertikalen Beschränkungen beim Bezug, Verkauf und Weiterverkauf von **Kraftfahrzeugersatzteilen** sowie bei der Erbringung von **Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen** für Kraftfahrzeuge sind bereits ab dem 1. Juni 2010 nur dann freigestellt, wenn sie die Voraussetzungen für eine Freistellung nach der (allgemeinen) Vertikal-GVO erfüllen und darüber hinaus keine der in der (ebenfalls mit Wirkung zum 1. Juni 2010) novellierten Kfz-GVO (EU Nr. 461/2010) ergänzend genannten schwerwiegenden Wettbewerbsbeschränkungen, sogenannte Kernbeschränkungen, enthalten.

Die neue Vertikal-GVO hat die Regelungen der bisherigen im Wesentlichen übernommen mit Ausnahme der folgenden **zwei Änderungen**, durch die der Anwendungsbereich der Vertikal-GVO, also des „sicheren Hafens“, verkleinert worden ist:

Vom Grundsatz, dass die Vertikal-GVO auf **vertikale Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern** keine Anwendung findet, gab es bisher drei Ausnahmen. Eine dieser Ausnahmen, wonach die Freistellung nicht ausgeschlossen war, wenn der jährliche Gesamtumsatz des Käufers 100 Mio. EUR nicht überschreitet, ist ersatzlos gestrichen worden. Das betrifft insbesondere Zulieferbeziehungen zwischen Zulieferern und mit ihnen im Hinblick auf die Zulieferteile im Wettbewerb stehenden Herstellern (Käufern, die diese Teile auch selbst herstellen oder herstellen könnten).

Bislang war es vom Grundsatz her ausreichend als allgemeine Freistellungs-voraussetzung dass von den Beteiligten an einer vertikalen Beschränkung der Anteil des Lieferanten/Anbieters an dem relevanten Markt, auf dem er die Vertragswaren oder -dienstleistungen anbietet (Absatzmarkt), 30% nicht überschreitet. Seit dem 1. Juni 2010 gilt nun generell als kumulative Voraussetzung, dass **auch der Anteil des Abnehmers/Käufers an dem relevanten**

Markt, auf dem er die Vertragsprodukte bezieht (Bezugsmarkt), 30% nicht überschreitet. Der relevante Markt dürfte in beiden Fällen identisch sein, lediglich die jeweilige Bezugsgröße, der Anteil des Anbieters und der des Abnehmers am Marktvolumen, ist unterschiedlich.

Im Hinblick auf die Einführung der zweiten Marktanteilsschwelle als allgemeine Voraussetzung zur Anwendbarkeit der Vertikal-GVO muss bei seiner **kartellrechtlichen Selbstbeurteilung:**

- der bindende Lieferant auch den Marktanteil seines Abnehmers beachten (Sicherstellung verlässlicher Marktinformation; ggf. Vertragsanpassungsbedarf bei Anteils-veränderungen),
- der bindende Lieferant sein europaweites Vertriebssystem ggf. differenzieren (wenn z.B. bei nationalen Märkten seine Abnehmer teilweise die 30%-Marktanteilsschwelle überschreiten),
- der bindende Abnehmer mit einem Marktanteil von über 30% ggf. seine Bezugsverträge überprüfen.

Hierfür stellt die neue Vertikal-GVO eine **Übergangsfrist** bis zum 31. Mai 2011 zur Verfügung.

Dr. Lutz Steffen, Rechtsanwalt

Rechtsanwalt, Heussen-Law Berlin

Tätigkeitsschwerpunkte: Recht der Unternehmenskooperationen, im horizontalen wie im vertikalen Marktbereich einschließlich Management des kartellrechtlichen Risikos, Gesellschafts-, Konzern- und Umwandlungsrecht

Tel. +49 (0) 30 7009 4910; E-Mail: lutz.steffen@heussen-law.de

Über diesen Newsletter

Die Autoren dieser Ausgabe sind in der Praxisgruppe Compliance unserer Kanzlei tätig.

Mit unserem Newsletter möchten wir unsere Mandanten und interessierte Dritte über aktuelle Entwicklungen in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur informieren. Sollten Sie an diesen Informationen nicht interessiert sein, bitten wir Sie, uns dies per E-Mail mitzuteilen.

Sofern Sie zu bestimmten Themen oder zum Newsletter insgesamt Fragen oder Anregungen haben, können Sie sich jederzeit gerne an die Ihnen bekannten Ansprechpartner wenden. Gerne greifen wir auch Ihre Ideen für künftige Beiträge oder weitere Empfänger des Newsletters auf. Bitte wenden Sie sich an: reinhold.kopp@heussen-law.de oder joerg.pamperien@heussen-law.de (Büro Berlin).

Weitere Informationen

Besuchen Sie auch unsere Homepage unter der URL <http://www.heussen-law.de>

Herausgeber

Heussen Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Amtsgericht Frankfurt am Main, HRB: 46524

Geschäftsführung:

RA Dr. Christof Schmidt
RA Christoph Hamm

Verantwortlich i.S.d. MDSStV und des Presserechts:

Reinhold Kopp
Büro Berlin:
Lise-Meitner-Straße 1
10589 Berlin
Telefon: +49 (0) 30 7009 49-10
Telefax: + 49 (0) 30 7009 49-89

Haftungsausschluss

Dieser Newsletter stellt ausgewählte Themen aus dem Compliance im Überblick dar und ersetzt nicht die rechtliche Beratung im Einzelfall. Wir bitten um Ihr Verständnis dafür, dass wir für die Richtigkeit und Vollständigkeit der in diesem Newsletter enthaltenen Angaben trotz sorgfältiger Recherche keine Haftung übernehmen.