

**WAS IST VERTRIEBSRECHT?
PERSPEKTIVEN EINES NEUEN RECHTSGEBIETS
SATIM VE DAĞITIM AĞI HUKUKU NEDİR?
YENİ BİR HUKUK DALINA İLİŞKİN GÖRÜŞLER**

Prof. Dr. Dr. Dr.h.c.mult. Michael MARTİNEK*

ÖZ

Satım ve dağıtım ağı hukuku (Vertriebsrecht), mal ve hizmetlerin üretim aşamasından tüketiciye ulaşana kadar geçen süre içerisinde malın satımı, tedarik ve dağıtım ile ilgili tüm hususları kapsayan sözleşmeler, ticaret ve rekabet hukukunun kesişmesiyle ortaya çıkan bir hukuk dalıdır. Bundan yaklaşık 30 sene öncesine kadar böyle bir kavram dahi bilinmiyorken, bugün özellikle Almanya'da bu alanda pek çok hukuki eser verildiği, ciddi bir yargı içtihadı olduğu ve bu alanda uzmanlaşan ve faaliyet gösteren pek çok hukukçu olduğu görülmektedir. Çalışmada, yargı içtihatlarına dayanarak gelişen bu alanda iktisadi hayatın gereklilikleri nedeniyle farklı şekilde gelişen dağıtım ağı organlarının çeşitli meseleleri irdelenmektedir. İkincil olarak dağıtım ağları ve pazarlama kanallarına yönelik olarak rekabet hukuku kuralları incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: *Tüketici, mal satımı, rekabet hukuku, ticaret hukuku, satım ve dağıtım ağı hukuku*

* Univ.-Prof. Dr. Dr. Dr.h.c.mult. Michael Martinek, M.C.J. (New York), ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung sowie Direktor des Instituts für Europäisches Recht der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität des Saarlandes in Saarbrücken. Der Beitrag geht auf einen Vortrag zurück, den der Verfasser am Donnerstag, 21. April 2016, an der Türk-Alman Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, auf Einladung von Prof. Dr. Zafer Zeytin gehalten hat.

WHAT IS LAW OF DISTRIBUTION? PERSPECTIVES OF A NEW LAW AREA

ABSTRACT

Law of distribution is a branch of law arising from the intersection of contractual, commercial and competition law, covering all aspects of the sale, supply and distribution of goods and services from the production stage to the consumer. Even though about 30 years ago such concept remained unknown, today, especially in Germany, there are numerous legal works, extensive jurisprudence and many legal experts that specialize and practice in this field. In this study the focus is on the law of contractual distribution systems that have their roots mainly in judge-made case law and developed due to the necessities of economic life. Another focus is on competition law for distribution systems and marketing channels.

Keywords: *Consumer, sale of goods, competition law, commercial law, law of distribution*

I. Publikationsflut im Vertriebsrecht

Die juristische Fachöffentlichkeit in Deutschland beobachtet seit einigen Jahren, dass sich unter dem Namen „Vertriebsrecht“ ein neues Rechtsgebiet fest etabliert hat und schnell bedeutsam geworden ist. Dies lässt sich nicht zuletzt an einer wahren „Literaturflut“ zum Vertriebsrecht – im Wortsinn – „ablesen“. Das erstmalig 1996 erschienene „Handbuch des Vertriebsrechts“ ist im Jahr 2016 bereits in 4. Auflage erschienen und umfasst mehr als 2.300 Seiten.¹ Rund 2000 Seiten Umfang bietet auch das

¹ *Michael Martinek / Franz-Jörg Semler / Eckhard Flohr*, Handbuch des Vertriebsrechts, 4. Aufl. 2016; vgl. auch *Bernd Westphal*, Vertriebsrecht Bd. I: Handelsvertreter, 1. Aufl. 1988 und Bd. II: Vertragshändler, 1. Aufl. 2000; das traditionsreiche dreibändige „Handbuch des gesamten Außendienstrechts“, herausgegeben von *Wolfram Küstner* und *Karl-Heinz Thume* firmiert seit einigen Jahren unter „Handbuch des Vertriebsrechts“ und besteht aus Band 1 „Das Recht des Handelsvertreters“, 5. Aufl. 2016, Band 2 „Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters“, 9. Aufl. 2014 und Band 3 „Vertriebsrecht“, 4. Aufl. 2015; vgl. zum Überblick neuerdings *Marius Mann*, Vertriebsrecht in Handel und Industrie, 2017; *Axel Birk / Joachim Löffler*, Marketing- und Vertriebsrecht, 2012; die Kommentierung von *Klaus J. Hopt*, Handelsvertreterrecht, 5. Aufl. 2015, ein Auszug aus dem traditionsreichen HGB-Kommentar von *Baumbach/Hopt*, ist längst zu einem (kleinen) Kommentar des Vertriebsvertrags- und Vertriebskartellrechts geworden; in aus heutige Sicht kurioser Begriffsverengung hatten *Hans-W. Micklitz* und *Klaus Tonner* ihren Handkommentar zu Haustür-, Fernabsatzgeschäften und elektronischem Geschäftsverkehr von 2002 als „Vertriebsrecht“ bezeichnet.

Kommentarwerk „Vertriebsrecht“ von *Raimond Emde* zum Handelsvertreter-, Vertragshändler- und Franchiserecht in 3. Auflage von 2014.² Schon bald soll auch die 2. Auflage zu dem Vertriebsrechtskommentar von *Eckhard Flohr* und *Ulf Wauschkuhn* im Anschluss an die Erstauflage von 2014 erscheinen.³ Man findet in wirtschaftsrechtlichen Praktiker-Zeitschriften immer häufiger seitenlange Rechtsprechungs- und Literaturübersichten zum Vertriebsrecht und immer mehr Entscheidungen, Aufsätze, Beiträge, Bücher lassen sich dem Vertriebsrecht zuordnen. Die Schuldrechtsreform hat vor zehn Jahren in den Allgemeinen Teil des Schuldrechts unseres BGB einen Untertitel „Besondere Vertriebsformen“ eingeführt, der die §§ 312, 312a bis 312f BGB umfasst. Dem 7. Zivilsenat (früher dem 8.) des BGH sind nach dem Geschäftsverteilungsplan „die Rechtsstreitigkeiten über Vertragsverhältnisse der Handelsvertreter (§§ 84 ff. HGB) und über Franchiseverträge“ zugewiesen (unter anderem, versteht sich).⁴ Unsere größeren *Law Firms* kennen längst Dezernate oder Abteilungen für Vertriebsrecht, und man trifft auch schon auf diese oder jene spezialisierte „Kanzlei für Vertriebsrecht“. In Stellenanzeigen von Anwaltskanzleien und Unternehmen werden „Vertriebsrechtler/Vertriebsrechtlerinnen“ gesucht. Vor sechs Jahren wurde die Deutsche Gesellschaft für Vertriebsrecht (DGVR e.V.) gegründet.⁵ Mehrmals jährlich finden vertriebsrechtliche Tagungen statt. Es ist nicht übertrieben, bereits von einer *Community* der Vertriebsrechtler zu sprechen. Seit fünf Jahren bringt der C.H.Beck-Verlag eine Zeitschrift (als Print- und als Online-Medium) unter dem Namen „Zeitschrift für Vertriebsrecht“ heraus. Damit liegt Deutschland im Trend. Schaut man in die europäischen Nachbarländer, so lässt sich auch dort vielfach eine vergleichbare Entwicklung im Bereich *Law of Distribution*, *Lois de Distribution* oder *Diritto della Distribuzione* usw. feststellen.

² *Raimond Emde*, Vertriebsrecht – Kommentierung zu §§ 84 bis 92c HGB – Handelsvertreterrecht, Vertragshändlerrecht, Franchiserecht, 3. Aufl. 2014.

³ *Eckhard Flohr / Ulf Wauschkuhn*, Vertriebsrecht – Handelsvertreterrecht, Vertragshändlerrecht, Franchiserecht, Kommissionsrecht, Kommentar, 2014.

⁴ Die Zuständigkeit für das Vertriebsvertragsrechts hat in den letzten Jahrzehnten vom zweiten über den siebten und den ersten zum achten Zivilsenat gewechselt und ist nun wieder beim siebten Zivilsenat verortet, für den sich - ungeachtet sonstiger Zuständigkeiten - die Bezeichnung „Baurechts- und Vertriebsrechts-Senat“ einzubürgern scheint.

⁵ Siehe www.dgvertriebsrecht.de

II. Der Gegenstand des Vertriebsrechts

1. Definition und Teilgebiete des Vertriebsrechts

Vertriebsrecht ist das Vertrags- und Wirtschaftsrecht des Vertriebs oder - synonym - des Absatzes von Waren und Dienstleistungen. Diese Praktiker-Definition umfasst das Recht der Absatzmittlungsverhältnisse, d.h. den *indirekten* Vertrieb über vertragliche Vertriebssysteme unter Einschaltung von Absatzmittlern wie Handelsvertretern, Vertragshändlern, Kommissionsagenten, Franchisenehmern oder autorisierten Fachhändlern, aber auch den Universal- oder Streuabsatz über nicht quantitativ und/oder qualitativ selektierte Absatzmittler. Ferner gehören der Absatz über Depot- oder Regalmietsysteme und *Shop-in-the-shop*-Systeme sowie der Strukturvertrieb zum Vertriebsrecht. Das Absatzmittlungsrecht oder Recht der vertraglichen Vertriebssysteme bildet dabei einen markanten Schwerpunkt; man mag deshalb vom Vertriebsrecht im engeren Sinn sprechen.⁶ Die vorgestellte Definition schließt aber auch den *direkten Vertrieb* im Wege etwa des Fernabsatzes, insbesondere unter Einschaltung des Internets (*E-Commerce*) oder des Teleshoppings ein. Das Vertriebsrecht im weiteren Sinn beschäftigt sich zudem mit vertrieblichen Verbundgruppen, freiwilligen Ketten, Einkaufsgemeinschaften und strategischen Allianzen. Das weite Verständnis des Vertriebsrechts spart auch Gebiete wie das Produkthaftungsrecht oder das Exportkontrollrecht keineswegs aus.

Man kann die Teilgebiete des Vertriebsrechts aber nicht nur nach verschiedenen Vertriebs- oder Absatzformen der wirtschaftlichen Praxis einteilen, sondern die Materie auch in Vertriebsvertragsrecht, Vertriebskartellrecht und vertriebsrechtliche Nebengebieten untergliedern. Das Vertriebsvertragsrecht ist vor allem kaufmännisches Handelsvertragsrecht, reicht aber bis hin zum Verbraucherschutzrecht. Das Vertriebskartellrecht ist das nationale und europäische Recht der vertriebsbezogenen Wettbewerbsbeschränkungen. Zu den wirtschaftsrechtlichen Nebengebieten des Vertriebsrechts zählen die vertriebsbezogenen Regelungen des Lauterkeitsrechts und des Gewerblichen Rechtsschutzes. Das Vertriebsrecht kann selbst in das Arbeits- und Sozialversicherungsrecht

⁶ So schon *Michael Martinek*, Aktuelle Rechtsfragen der vertriebsvertraglichen Praxis. Belieferungs-, Fachhändler-, Vertragshändler-, Agentur- und Franchise-Systeme, RWS-Skript 189, Kommunikationsforum Recht Wirtschaft Steuern Tagungs- und Verlagsgesellschaft, Köln, 1. Aufl. 1988, 2. Aufl. 1990 und 3. Aufl. 1992.

ausgreifen, wie uns aus der Diskussion über arbeitnehmerähnliche Handelsvertreter seit Jahrzehnten bekannt ist und wie erst vor einigen Jahren wieder eine Entscheidung des *Bundessozialgerichts* zur gesetzlichen Rentenversicherungspflicht von „selbständig tätigen Franchisenehmern, die in einer vertikalen Vertriebskette stehen“, gezeigt hat⁷, und es kann sogar steuerrechtliche Probleme aufwerfen wie eine jüngere Entscheidung des *Bundesfinanzhofs* zur (abgelehnten) Steuerbegünstigung des Ausgleichsanspruchs nach § 89b HGB als Veräußerungsgewinn i.S. von § 34 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 3 EStG beweist.⁸ Das Vertriebsrecht ist bei alledem immer branchenübergreifend ausgerichtet und behandelt sämtliche absetzbaren Waren und Dienstleistungen, von Kraftfahrzeugen bis zu Modeartikeln, von Getränken bis zu Computern, von Mineralölzeugnissen bis zu Lederwaren, von Versicherungspolice bis zu Schülerhilfen und Sprachkursen. Die Definition schließt selbstverständlich auch das Vertriebsrecht ausländischer Rechtsordnungen, insbesondere dasjenige unserer Nachbarländer ein. Und nicht zuletzt: Längst besitzt das Vertriebsrecht eine ausgeprägte europäische Dimension, denn es hat sich bereits auf der Ebene des Unionsrechts ein System absatzbezogener Verordnungen, Richtlinien und EuGH-Entscheidungen im Vertrags-, Lauterkeits- und Kartellrecht ausgeformt.⁹

Die Kennzeichnung des Vertriebsrechts als Vertrags- und Wirtschaftsrecht des Absatzes von Waren und Dienstleistungen ist als griffige und knappe Praktiker-Definition hilfreich und ausreichend, aber, genau genommen, noch zu eng und damit unvollkommen. Sie vermag etwa die Vermarktung und den Vertrieb von Werbezeiten im Fernsehen über Mediaagenturen, von medialen Verwertungsrechten für Sportveranstaltungen (Sportrechtevertrieb) oder auch von Eigentumswohnungen oder Timesharing-Objekten nicht zu erfassen. Eine um Vollständigkeit bemühte rechtswissenschaftliche Definition muss am wirtschaftswissenschaftlichen Begriff des Vertriebs ansetzen, der sämtliche Handlungen, Vorgänge und

⁷ *BSG*, Urt. v. 04.11.2009 – B 12 R 3/08 R, Die Sozialgerichtsbarkeit 2011, S. 44 ff. mit Anm. *Eckhard Flohr*.

⁸ *BFH*, Urt. v. 09.02.2011 – IV R 37/08, *BFH/NV* 2011, 1120 = *HFR* 2011, 767 = *ZSteu* 2011, R474.

⁹ Vgl. dazu insbes. *Jens-Uwe Franck*, *Europäisches Absatzrecht. System und Analyse absatzbezogener Normen im Vertrags-, Lauterkeits- und Kartellrecht*, 2006; dazu die Rezension von *Heike Schweitzer*, in: *ERCL* 1/2011, 104; vgl. ferner *Joanna Goyer*, *EU Distribution Law*, 5th ed., 2011.

Verhältnisse umfasst, die den Weg eines Wirtschaftsguts vom Produzenten bis zur endgültigen produktiven oder konsumtiven Verwendung betreffen. Dabei gehören zu den Wirtschaftsgütern (Produkten) sowohl Sachgüter wie auch Leistungen, d.h. Rohstoffe und Fabrikate als materielle Güter ebenso wie Dienstleistungen als immaterielle Güter; aber auch Immobilien und Nutzungsrechte stellen materielle und immaterielle Realgüter dar, deren Erzeugung und Ge- oder Verbrauch institutionell auseinanderfallen und damit Gegenstand einer Distributionstätigkeit sein können. Vertriebsrecht ist, rechtswissenschaftlich definiert, die normative Erfassung und Ordnung aller Handlungen, Vorgänge und Verhältnisse zwischen der Produktion und der Konsumtion von materiellen und immateriellen Wirtschaftsgütern. Für die Rechtspraktiker genügt indes die Kennzeichnung des Vertriebsrechts als Vertrags- und Wirtschaftsrecht des Absatzes von Waren und Dienstleistungen.

2. Das Recht der vertraglichen Vertriebssysteme

Schon seit mehr als zwanzig Jahren versteht man in der absatzwirtschaftlichen Praxis und in der juristischen Literatur unter dem Vertriebsrecht im engeren Sinne (vor allem früher auch oft als Absatzmittlungsrecht bezeichnet) zusammenfassend sämtliche vertriebsvertraglichen Kooperationsverhältnisse, die im klassischen dreistufigen Absatzgefüge Hersteller-Großhändler-Einzelhändler von einem Unternehmen auf höherer Wirtschaftsstufe mit einem auf einer nachgeordneten Stufe begründet werden, um der absatzwirtschaftlichen Zusammenarbeit eine langfristige vertragliche Grundlage zu geben. Hier spielt seit jeher und bis heute „die Musik“ des Vertriebsvertrags- und des Vertriebskartellrechts. Bei allen Verschiedenheiten der einzelnen Formen von Vertriebsverträgen (von den einfachen Belieferungs- und den Fachhändlerverträgen über die Vertragshändler-, Kommissionsagenten- und Handelsvertreterverträge bis hin zu den Franchiseverträgen und, nicht zu vergessen: den guten alten Bierlieferungsverträgen) ist für sie die Gemeinsamkeit kennzeichnend, dass sie die Elemente eines fächer- oder pyramidenförmigen Vertriebs(vertrags)systems bilden: ein Hersteller, ein Importeur, ein Großhändler oder eine sonstige „Systemzentrale“ unterhält mit einer Vielzahl von Absatzmittlern gleichartige vertriebsvertragliche Beziehungen. Auch immer mehr Dienstleistungsbranchen bedienen sich inzwischen vertriebsvertraglicher Absatzorganisationen; hier geht es um die zentrale Aufbereitung standardi-

sierter Leistungsformen (z.B. einer bestimmten Konzeption für Gaststätten-, Hotellerie- oder Reinigungsbetriebe), die dann von einzelnen Dienstleistungsbetrieben als Absatzmittlern der Systemzentrale gegenüber den Kunden erbracht werden. Warenabsatzanaloge Absatzmittlungsverhältnisse, die sich gruppenweise zu einem vertraglichen Vertriebssystem unter der Führung der Systemzentrale zusammenfügen, finden sich inzwischen selbst in reinen Dienstleistungsbranchen wie bei juristischen Repetitorien, Schülerhilfen, Immobilienmaklern oder Zeitarbeitsbüros.

Es ist das Handelsvertreterrecht, das den Ausgangspunkt und bis heute vielfach den Orientierungspunkt des Vertriebs(vertrags)rechts bildet, denn der Handelsvertretervertrag der §§ 84 ff. HGB bzw. der (in allen 27 Ländern der Europäischen Union umgesetzten) EG-Handelsvertreter-Richtlinie von 1986¹⁰ ist in Deutschland der einzige gesetzlich geregelte Vertriebsvertrag. Der Handelsvertreter, der von seinem „Unternehmer“ mit der Interessenwahrung "ständig betraut" ist, § 84 Abs. 1 HGB, ist nach der Vorstellung des Gesetzgebers ein Absatzorgan mit einer dauerhaften Position im Absatzkanal und Partner einer systemisch-vertriebsvertraglichen Absatzkooperation, wie etwa an der Figur des Bezirksvertreters deutlich wird. Das Vertriebsrecht aber beschäftigt sich als Querschnittsgebiet aus vor allem vertrags-, handels-, kartell- und lauterkeitsrechtlichen Materien weitergehend mit den gesetzlich nicht unmittelbar geregelten Absatzmittlungsverhältnissen der Kommissionsagenten und vor allem der Fachhändler, der Vertragshändler und der Franchisenehmer, die nicht im fremden, sondern im eigenen Namen und zumeist (mit Ausnahme des weniger bedeutsamen Kommissionsagenten) auch auf eigene Rechnung handeln, nach außen also als "unabhängige" Kaufleute auftreten, aber im Innenverhältnis zur Zentrale ähnlich wie (oder gar stärker als) ein Handelsvertreter mit der weisungsgemäßen Interessenwahrnehmung "ständig betraut" und zur geschäftsbesorgungsvertraglichen Absatzförderung als *channel administrators* verpflichtet sind. Die Diskussion über andere Absatzmittlertypen, vor allem die Entwicklung eines Kommissionsagenten-, Vertragshändler- und Franchiserechts, kreist denn auch immer wieder um die Frage der analogen Anwendbarkeit handelsvertreterrechtlicher Vorschriften – wie etwa des berühmt-berüchtigten Ausgleichsanspruchs des § 89b HGB.

¹⁰ Richtlinie 86/653 des Rates vom 18.12.1986 zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter, ABl.EG Nr. L 382 vom 31.12.1986, S. 17 ff.

In der Tat haben sich entsprechend der Bedeutung der Vertriebsverträge in der wirtschaftlichen Praxis in den vergangenen Jahrzehnten in Judikatur und Rechtswissenschaft die Bemühungen immer stärker intensiviert, den jeweiligen Rechtsrahmen einzelner Absatzmittlertypen der Wirtschaftspraxis abzustechen.¹¹ Erst durch die Rechtsprechung und Literatur nach dem Zweiten Weltkrieg hat sich das Absatzmittlungsrecht zum Recht der Typen der vertikalen Absatzkooperation erweitert und schnell eine zunehmende Verfestigung als gesondertes handels- und wettbewerbsrechtliches Teilgebiet erfahren. Die Rechtsprechung in Ansätzen schon des *Reichsgerichts* und später des *BGH*, zuletzt vor allem des achten Zivilsenats und des Kartellsenats, sowie die rechtswissenschaftliche Forschung am Ausgang des vorigen Jahrhunderts¹² haben zunächst der Tätigkeit des Kommissionsagenten und des Vertrags- oder Eigenhändlers, dann auch des Franchisenehmers einen vertrags- und wettbewerbsrechtlichen Rahmen gegeben. Das Vertriebsrecht hat seitdem, wie eingangs beschrieben (oben I.), eine nach Hunderten von Titeln zählende Aufsatzliteratur, Dutzende von Monographien und schon eine Reihe von Handbüchern aufzuweisen.¹³ Die verschiedenen Rechtsmaterien werden dabei zusammengezogen durch die integrative Kraft der Grundidee, das Vertriebsrecht als das Recht der unternehmerischen Kooperation beim Absatz von Sachgütern und Dienstleistungen einer eigenständigen Betrachtung zuzuführen.

¹¹ Die Fundamente hierfür waren bereits in den zwanziger Jahren gelegt worden; vgl. *Walter Schmidt-Rimpler*, Der Handlungsagent, in: Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, 5. Band, I. Abteilung, 1. Hälfte, 1. Lieferung, 1926: Geschäfte der kaufmännischen Mittelspersonen, S. 1 ff.; *ders.*, Das Kommissionsgeschäft, daselbst, 2. Lieferung, 1928, S. 477 ff.; *Ernst Heymann*, Der Handelsmakler, daselbst, 2. Lieferung, 1928, S. 321 ff.

¹² Vgl. *Fritz Rittner*, Die Ausschließlichkeitsbindungen in dogmatischer und rechtspolitischer Betrachtung, 1957; *Peter Ulmer*, Der Vertragshändler - Tatsachen und Rechtsfragen kaufmännischer Geschäftsbesorgung beim Absatz von Markenwaren, 1969; *Carsten-Thomas Ebenroth*, Absatzmittlungsverträge im Spannungsverhältnis von Kartell- und Zivilrecht, 1980; *Michael Martinek*, Franchising - Grundlagen der zivil- und wettbewerbsrechtlichen Behandlung der vertikalen Gruppenkooperation beim Absatz von Waren und Dienstleistungen, 1987; *Mathias Rohe*, Netzverträge - Rechtsprobleme komplexer Vertragsverbindungen, 1998; *Knut Werner Lange*, Das Recht der Netzwerke - Moderne Formen der Zusammenarbeit in Produktion und Vertrieb, 1998.

¹³ Vgl. nur die Literaturübersichten zu den Teilgebieten des Vertriebsrechts in *Martinek / Semler / Flohr* (Hrsg.), Handbuch des Vertriebsrechts, 4. Aufl. 2016.

Das heute geltende Vertriebsrecht, das nur bruchstückhaft auf gesetzliche Regelungen zurückgreifen kann, ist zuerst Ergebnis richterlicher Rechtsanwendung und Rechtsfortbildung, ist *Richterrecht*. Es lassen sich - Dank den juristischen Informationssystemen - mehrere hundert veröffentlichte *BGH*-Entscheidungen ermitteln (wir lassen das ehrwürdige *Reichsgericht* mal beiseite), die man, bei allen Schwierigkeiten von Abgrenzungen und Überschneidungen, ohne Randgebiete wie Exportkontroll- oder Produkthaftungsrecht und ohne die Urteile mit spezifisch lauterkeitsrechtlichem oder gewerblich-schutzrechtlichem Bezug, dem Vertriebsrecht heutigen Verständnisses zuschlagen kann - heutigen Verständnisses, denn vor dreißig Jahren hat noch niemand auch nur den Begriff gekannt. Am Anfang steht die Entscheidung vom 08.02.1952 zur Zulässigkeit von Kundenschutzklauseln in Lieferungsverträgen nach dem Gesetz Nr. 56 der amerikanischen Militärregierung.¹⁴ Unter den zuletzt herausragenden Urteilen finden sich die sogenannte *Joop!*-Entscheidung des 1. Zivilsenats zum (hier versagten) Ausgleichsanspruch nach § 89b HGB analog für den Lizenznehmer eines Markenlizenzvertrags (Modevertrieb) nach Vertragsbeendigung¹⁵, die Entscheidung des 8. Zivilsenats zur Berücksichtigung von Stamm- und Mehrfachkundengeschäften bei Folgeverkäufen von nicht mehr fabrikneuen Fahrzeugen durch nahe Angehörige des Erstkäufers im Rahmen des Ausgleichsanspruchs eines Vertragshändlers¹⁶ und die Entscheidung desselben Senats zur Kündigung eines Handelsvertretervertrages und zum Verlust des Ausgleichsanspruchs wegen schuldhaften Verhaltens nach richtlinienkonformer Auslegung sowie zur Übertragbarkeit der richtlinienkonformen Auslegung auf das Recht der Vertragshändler.¹⁷ Ohne das Handelsvertreterrecht, das allerdings den Löwenanteil ausmacht, kann man immerhin rund 400 vertriebsrechtliche

¹⁴ *BGH*, Urt. v. 08.02.1952 - I ZR 63/51, *BGHZ* 5, 71.

¹⁵ *BGH*, Urt. v. 29.04.2010 - I ZR 3/09, *Der Betrieb* 2010, 2331 = *WRP* 2010, 1512 = *GRUR* 2010, 1107; vgl. dazu unbedingt die sehr viel ausführlichere Entscheidung des *OLG Hamburg*, Urt. v. 27.11.2008 - 3 U 146/06, *GRUR* 2009, 339 (vollständig nur bei *Juris*); zum Problem vgl. *Raimond Emde*, Ausgleichsanspruch analog § 89b HGB für Markenlizenznehmer?, *WRP* 2003, 468 und *Michael Martinek / Susanne Wimmer-Leonhard*, Steht auch dem Markenlizenznehmer der vertriebsrechtliche Ausgleichsanspruch analog § 89b HGB zu?, *WRP* 2006, 204.

¹⁶ *BGH*, Urt. v. 13.07.2011 - VIII ZR 17/09, *NJW* 2011, 3438 ff. = *WR* 2011, 1050 = *BB* 2011, 1985.

¹⁷ *BGH*, Urt. v. 16.02.2011 - VIII ZR 226/07, *NJW-RR* 2011, 614 = *Der Betrieb* 2011, 645 = *BB* 2011, 973.

Entscheidungen aus den rund siebzig Jahren *BGH*-Rechtsprechung auflisten. Das gewaltige Tatsachenmaterial und der vielschichtige Rechtsstoff dieser Entscheidungen bilden den Fundus für das richterliche Rechtsgebiet des Vertriebsrechts und zugleich für die Bemühungen der Rechtswissenschaft um seine dogmatische Aufarbeitung und systematische Durchdringung, um erläuternde Kommentierung und konstruktive Kritik.¹⁸

3. Die vertikale Vorwärtsintegration

Will man den Blick von der quantitativen auf die qualitative Dimension lenken und eine Würdigung der Ordnungs- und Gestaltungskräfte im Vertriebsrecht wagen, gerät schnell ein "roter Faden" ins Visier, der das reichhaltige Tatsachenmaterial und das anfangs noch brüchige und lockere, inzwischen aber reißfeste Gewebe dieses Rechtsstoffs durchzieht, soweit es sich vom Handelsvertreterrecht losgelöst und zum übergreifenden Recht der vertraglichen Vertriebssysteme fortgebildet hat. Die Rede ist von der sogenannten vertikalen Vorwärtsintegration als der im Verhältnis zwischen Herstellern und Händlern beherrschenden Bewegung, die die Absatzwirtschaft Deutschlands wie die seiner Nachbarländer in den vergangenen sechzig Jahren geprägt hat, zum Modell auch für den warenanalogen Dienstleistungsabsatz in Kooperation einer Systemzentrale mit ihren Franchisebetrieben oder *licensed outlets* und zugleich zur Triebkraft für das moderne Vertriebsrecht geworden ist. Schon die übliche Typenbildung von Absatzmittlungs- oder Vertriebsverträgen mit der Steigerungsfolge von Belieferungs-, Fachhändler-, Vertragshändler-, Kommissionsagenten, Handelsvertreterverträgen und schließlich Franchiseverträgen basiert auf einer Unterscheidung nach der Intensität der Verhaltensabstimmung bei der vertriebsvertraglichen Kooperation, das heißt nach dem Grad der vertikalen Integration.¹⁹ Der in der betriebswirtschaftlichen Praxis und Marketinglehre geläufige Terminus "vertikale (Vorwärts-)Integration" bezeichnet - in hier wohl entschuldbarer Verknappung - das erfolgreiche Bemühen der industriellen Unternehmungen, ursprünglich „freie“ Handelsunternehmen in ihr Lager zu ziehen und sie zu langfristig gebundenen

¹⁸ Vgl. dazu *Michael Martinek*, Vertriebsrecht und vertikale Integration in der *BGH*-Rechtsprechung, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. II. Handels- und Wirtschaftsrecht, Europäisches und Internationales Recht, hrsg. von *Andreas Heldrich* und *Klaus J. Hopt*, München 2000, S. 102 – 152.

¹⁹ *Winfried Veelken*, *ZVglRWiss* Bd. 89 (1990), S. 358 ff.; *Michael Martinek*, *Franchising*, 1987, S. 196 ff.; *ders.*, *Moderne Vertragstypen* Bd. II, 1992, S. 53 ff.

Interessenwahrern zu machen, um mit ihrer Hilfe gezielt auf die selbstbewußt und wählerisch gewordene Konsumentenschaft Einfluss nehmen zu können.²⁰ Dies ist eine Tendenz, die sich seit der wirtschaftlichen Erholungsphase nach dem Zweiten Weltkrieg machtvoll durchgesetzt hat und bis heute unsere von Netzen vertraglicher Vertriebssysteme überzogene absatzwirtschaftliche Praxis kennzeichnet. Denn für diese vertikale Vorwärtsintegration erwies sich der Aufbau beherrschbarer vertraglicher Vertriebssysteme mit autorisierten Fachhändlern, Kommissionsagenten und Vertragshändlern, ab Ende der siebziger Jahre dann auch mit Franchisenehmern als das probate Mittel. Durch "Vertikalbindungen" in den Vertriebsverträgen gewannen die Systemzentralen immer mehr Einfluss auf die Institutionen des Handels sowie der Dienstleistungen und konnten zunehmend das Entscheidungsverhalten der Konsumenten in ihrem Sinne lenken und beeinflussen. Durch die rechtliche Umsetzung des Marketinggedankens bei der Ausgestaltung der Vertriebsverträge, die sich von den früheren kaufrechtlichen Rahmenverträgen (Belieferungsverträgen) zu immer deutlicher geschäftsbesorgungsvertraglich gefärbten Absatzmittlungsverträgen wandelten, wurden die Absatzleistungen der Händler und Dienstleister gegenüber den Kunden zum Gegenstand planerischer und organisatorischer Aktivitäten der Hersteller (Hersteller-Marketing) und Systemzentralen innerhalb eines integrierten Distributionswegs (nunmehr: „Marketingkanals“).²¹ Die Systemzentralen spielten beim Aufbau ihrer Vertriebssysteme natürlich so weit wie möglich ihre

²⁰ Vgl. hierzu grundlegend *Klaus Dingeldey*, Herstellermarketing im Wettbewerb um den Handel, 1975; *Hans-Otto Schenck / Andrea Wölk*, Vertriebssysteme zwischen Industrie und Handel, 1971; *Dieter Ahlert* (Hrsg.), Vertragliche Vertriebssysteme zwischen Industrie und Handel, 1981; *ders.*, Distributionspolitik – Das Management des Absatzkanals, 3. Aufl. 1996; *ders.*, Rechtliche Grundlagen des Marketing, 2. Aufl. 2002; *Arno Sölter*, Kooperative Absatzwirtschaft, 1971; *Heribert Meffert* (Hrsg.), Marketing im Wandel, 1980; *Wolfgang Irrgang* (Hrsg.), Vertikales Marketing im Wandel, 1993; *Monika Laurent*, Vertikale Kooperationen zwischen Industrie und Handel, 1996.

²¹ Vgl. grundlegend *Bruno Tietz*, Handbuch Franchising, 2. Aufl. 1991, S. 217 ff.; *Bruno Tietz / Günther Mathieu*, Das Franchising als Kooperationsmodell für den mittelständischen Groß- und Einzelhandel, 1979; *dies.*, Das Kontraktmarketing als Kooperationsmodell - eine Analyse für die Beziehungen zwischen Konsumgüterindustrie und Handel, 1979; *Urban Brauer*, Die vertikale Kooperation als Absatzwegestrategie für Herstellerunternehmen, 1989; *Monika Laurent*, Vertikale Kooperationen zwischen Industrie und Handel, 1996; *Wolfgang Irrgang*, Strategien im vertikalen Marketing, 1989.

Marktmacht aus. Die einst unabhängig, selbständig und ungebunden absatzmittelnden Handelsbetriebe sowie die freien Dienstleister wurden von den Systemzentralen zur Interessenwahrung und Geschäftsbesorgung verpflichtet und in den Aufbau vertraglicher Vertriebssysteme einbezogen. Hierdurch wurden sie im Innenverhältnis den Handelsvertretern und Kommissionsagenten angeglichen, die schon kraft ihrer Funktion und kraft ihres gesetzlichen Status weisungsgebunden und zur Interessenwahrung verpflichtet sind. Den „geborenen Interessenwahrern“ nach § 86 Abs. 1, Halbs. 2 HGB, §§ 675 Abs. 1, 611, 665 BGB wurden immer enger mit der Systemzentrale verbundene, das heißt von ihnen „gebundene“ Vertragshändler, Fachhändler, Eigenhändler, Alleinvertreter, Generalvertreter, Werksvertreter, Konzessionäre oder Franchisenehmer als "gekorene Interessenwahrer" zur Seite gestellt. Um die Absatzwirtschaft Deutschlands wie die aller Industriestaaten legte sich in den letzten sechzig Jahren ein immer engmaschigeres Netz von vertraglichen Vertriebssystemen.

Dass sich die Rechtsprechung des *BGH*, auch wenn sie nie *expressis verbis* von „vertikaler Integration“ gesprochen hat, über deren Probleme und Ordnungsaufgaben immer im Klaren war, kommt bereits in der begrifflichen Kennzeichnung des Vertragshändlers zum Ausdruck, die der *BGH* Ende der sechziger Jahre - man sprach früher gern vom "Eigenhändler"²² - in Anlehnung an *Peter Ulmer* vorgenommen und seither in ständiger Rechtsprechung zugrunde gelegt hat.²³ Danach ist der Vertragshändler „ein Kaufmann, dessen Unternehmen in die Vertriebsorganisation eines Herstellers von Markenwaren in der Weise eingegliedert ist, dass er es durch den Vertrag mit dem Hersteller oder einem von diesem eingesetzten Zwischenhändler ständig übernimmt, in eigenem Namen und auf eigene Rechnung die Vertragswaren im Vertragsgebiet zu vertreiben und ihren Absatz zu fördern, die Funktionen und Risiken seiner Handelstätigkeit hieran auszurichten und im Geschäftsverkehr das Herstellerzeichen neben der eigenen Firma herauszustellen“. *Ulmer* selbst formuliert es aber auch

²² Vgl. etwa *BGH*, Urt. v. 11.12.1958 - II ZR 73/57, *BGHZ* 29, 83, 87; *BGH*, Urt. v. 16.02.1961 - VII ZR 239/59, *BGHZ* 34, 282, 285.

²³ *BGH*, Urt. v. 21.10.1970 - VIII ZR 255/68, *BGHZ* 54, 338, 340 f.; *BGH*, Urt. v. 11.02.1977 - I ZR 185/75, *BGHZ* 68, 340, 346 ff.; vgl. grundlegend *Peter Ulmer*, Der Vertragshändler, 1969, insbes. S. 206; vgl. auch *Karsten Schmidt*, Handelsrecht, 5. Aufl. 1999, S. 758; vgl. *Ulf Wauschkuhn*, Vertragshändlervertrag, 3. Aufl. 2009; *Carsten Dau / Jörg-Martin Schulze / Ulf Wauschkuhn / Catharina Spenner*, Der Vertragshändlervertrag, 4. Aufl. 2008; vgl. auch schon *Franz-Jörg Semler*, Handelsvertreter- und Vertragshändlerrecht, 1988.

deutlicher: „Das Auseinanderfallen von Entscheidungsgewalt und Risiko“ ist das „Kennzeichen des Vertriebs über Vertragshändler“; es herrscht eine „typische Diskrepanz zwischen fremdbestimmten Funktionen und eigener Risikotragung“.²⁴ Eine Definition des Franchising, der jüngsten Form vertriebsvertraglicher Kooperation, der „Königsklasse der Vertriebssysteme“²⁵ hat der *BGH* dagegen nicht versucht, obwohl schon der große deutsche Pionier des Franchiserechts, *Walther Skaupy*, hierzu wegweisende Vorarbeiten geleistet hatte.²⁶ Hierbei münden die vertikalen Integrationsprozesse zwischen Industrie und Handel - bei gegenüber dem Vertragshandel größeren Kooperationsfeldern und längerer Kooperationsdauer („totale Kooperation“²⁷) - sogar oft in einen rigorosen Anweisungsvertrieb, in eine existentielle wirtschaftliche Abhängigkeit des Franchisenehmers und in eine hochgradige, quasimonopolistische Beziehungsverdichtung der Beteiligten (franchisespezifische „Quasifilialität“).²⁸

4. Ordnungsaufgaben des Vertriebsvertragsrechts

Vor dem Hintergrund des Paradigmas der vertikalen Vorwärtsintegration wird verständlich, dass in der Rechtsprechung und im wirtschaftsrechtlichen Schrifttum (weit weniger in der kautelarjuristischen Praxis) die Ordnungsaufgaben des Vertriebsvertragsrechts bislang vorrangig darin gesehen werden, die regelmäßig als verhandlungsschwächer eingeschätzten Fachhändler, Handelsvertreter, Vertragshändler oder

²⁴ *Peter Ulmer*, *Der Vertragshändler*, 1969, S. 150 und 227; vgl. auch wegweisend schon *Wolfgang Schüller*, in: *ORDO* 19 (1968), 171 ff., insbes. 233 ff.

²⁵ So *Eckhard Flohr / Waltraud Frauenhuber / Christoph Liebscher / Christoph Wildhaber* (Hrsg.), *Franchising – Die Königsklasse der Vertriebssysteme: Märkte erobern – Wachstum beschleunigen*, 2. Aufl. 2003.

²⁶ Zum unvergesslichen *Walther Skaupy* vgl. die Beiträge in der von *Eckhard Flohr* herausgegebenen Gedächtnisschrift „Franchising im Wandel“, 2003, mit Schriftenverzeichnis S. 559.

²⁷ Vgl. *Bruno Tietz / Günther Mathieu*, *Das Franchising als Kooperationsmodell für den mittelständischen Groß- und Einzelhandel*, 1979, passim.

²⁸ Vgl. zum neueren Franchising heute *Helmuth Liesegang*, *Der Franchisevertrag*, 7. Aufl. 2011; *Jan Patrick Giesler / Jürgen Nauschütt* (Hrsg.), *Franchiserecht*, 2. Aufl. 2007; *Karsten Metzloff* (Hrsg.), *Praxishandbuch Franchising*, 2003; *Eckhard Flohr*, *Franchise-Recht*, 2. Aufl. 2008; *ders.*, *Franchise-Vertrag*, 4. Aufl. 2010; *Dieter Ahlert* (Hrsg.), *Handbuch Franchising & Cooperation*, 2001; *Eckhard Flohr / Jürgen Nebel / Albrecht Schulz*, *Das Franchise-System – Handbuch für Franchisegeber und Franchisenehmer*, 2003; *Eckhard Flohr / Alexander Petsche*, *Franchiserecht in Deutschland und Österreich*, 2007.

Franchisenehmer *per iustitiam commutativam* vor Übervorteilung, Ausbeutung, Einschränkung der unternehmerischen Bewegungsfreiheit und wirtschaftlichem Existenzverlust gegenüber den marktmächtigen Systemzentralen zu schützen. Die vertikale Vorwärtsintegration hat ein dezidiertes Verständnis des Vertriebsvertragsrechts als „unternehmerisches Sozialschutzrecht“ begünstigt. Diese im Handelsvertreterrecht der §§ 84 ff. HGB (und in der europäischen Handelsvertreter-Richtlinie von 1986) angelegte Sozialschutz Tendenz lässt sich unschwer bereits in den Judikaten zum Zustandekommen eines Vertriebsvertrags aufspüren. Schon in der Rechtsprechung zum vorvertraglichen Vertrauensschuldverhältnis zwischen dem Systemträger und seinem Absatzmittler *in spe* wirkt sich der Gedanke der Schutzbedürftigkeit des Absatzmittlers aus. Aus dem Dauerschuld- und dem Interessenwahrungscharakter des abzuschließenden Vertriebsvertrages fließen für die Parteien bereits bei den Vertragsverhandlungen gesteigerte Treuepflichten. Das vorvertragliche Vertrauensschuldverhältnis erscheint dabei umso intensiver, je ausgeprägter das geschäftsbesorgungsvertragliche Element des Vertriebsvertrages *in spe* ist. Es hat zur Folge, dass die Parteien bei den Verhandlungen über einen Vertragsabschluss in besonderem Maß zur Offenbarung aller für die Zusammenarbeit erheblichen Informationen gegenüber dem anderen Teil verpflichtet sind und sich bei einer Verletzung dieser Pflicht aus *culpa in contrahendo* (§§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB) schadensersatzpflichtig machen. Diese Offenlegungspflicht trifft zwar auch den künftigen Absatzmittler, der etwa bezüglich seiner beruflichen Fähigkeiten, persönlichen Eigenschaften und finanziellen Möglichkeiten, soweit diese für die Absatzkooperation bedeutsam sind, „die Karten auf den Tisch“ legen muss. Vor allem aber ist der Lieferant als Systemzentrale einer Vertragshändler- oder Franchiseorganisation zur Offenlegung von Informationen über die Erfolgsaussichten der Marketingkonzeption, zu wahrheitsgemäßen Zahlungangaben über vergleichbare Betriebe seines Systems und zu Angaben über den erforderlichen Arbeits- und Kapitaleinsatz des Absatzmittlers aufgerufen. Denn gerade der Lieferant wirbt bei der Kontaktaufnahme und den Vertragsverhandlungen um jenes besondere Vertrauen, das der Absatzmittler als Geschäftsbesorger aufgrund der bevorstehenden Weisungsabhängigkeit dem Geschäftsherrn entgegenbringen muss. Der *BGH* hat in

seiner Leitentscheidung hierzu²⁹, die prompt von der *OLG*-Rechtsprechung aufgegriffen und verfeinert wurde³⁰, an die Offenbarungspflicht aus dem vor-vertriebsvertraglichen Vertrauensschuldverhältnis besonders hohe Anforderungen jedenfalls bei solchen Vertriebssystemen gestellt, die unerfahrene Gewerbetreibende oder gar Einsteiger als Systempartner requirieren.

Der Wert und die Bedeutung dieser Rechtsprechung lassen sich durch einen rechtsvergleichenden Blick etwa in die USA oder zu unserem Nachbarland Frankreich verdeutlichen. In den zahlreichen und umfangreichen Franchisegesetzen der Vereinigten Staaten ist seit langem eine Registrierungspflicht bzw. ein Prospektzwang für Franchise-Angebote bekannt; teilweise unterliegen *Franchise Offerings* einer peniblen aufsichtsbehördlichen Kontrolle.³¹ In Frankreich ist das Gesetz Nr. 89-1008 vom 31.12.1989, die sogenannte *Loi Doubin*, zu beobachten.³² Der *BGH* aber beweist, dass das Institut der *culpa in contrahendo* derartige gesetzgeberische Interventionen im deutschen Vertriebsrecht entbehrlich macht. Er hat es dabei nicht an dem gebotenen Augenmaß dafür fehlen lassen, dass eine Belastung mit überzogenen Aufklärungs-, Beratungs- und Hinweispflichten die Expansions- und Innovationsfreudigkeit der Systemträger lähmen könnte und dass auch der Absatzmittler bei der Entscheidung für ein bestimmtes Vertriebssystem ein unternehmerisches Risiko eingeht, so dass er sich, wenn er den Goodwill des Systemprodukts überschätzt hat, bei einem Scheitern seiner Absatzanstrengungen nicht im Regresswege an die Systemzentale wenden darf.

Die Tendenz eines Verständnisses des Vertriebsvertragsrechts als Schutzrecht für die Absatzmittlungsunternehmen lässt sich auch bei den weiteren Ordnungsaufgaben und Problemkonstellationen im Lebenszyklus eines Vertriebsvertrags vom Vertragsabschluss bis hin zur nachvertraglichen Abwicklung ausmachen. Dies kann hier nicht näher ausgeführt und belegt, soll aber stichwortartig angesprochen werden, denn es

²⁹ *BGH*, Urt. v. 12.11.1986 - VIII ZR 280/85, *BGHZ* 99, 101 = *NJW* 1987, 639.

³⁰ *OLG München*, Urt. v. 13.11.1987, *BB* 1988, 865 mit Anm. *Walther Skaupy*.

³¹ Vgl. dazu *Michael Martinek / Mansur Pour Rafsendschani*, Franchise Agreement (Franchisevertrag USA), in: *Schütze* (Hrsg.), *Münchener Vertragshandbuch Band 4, Wirtschaftsrecht III*, 5. Aufl. 2002, S. 257 ff., 293 ff.

³² Vgl. dazu *Michael Martinek / Mansur Pour Rafsendschani*, Contrat de Franchisage (Französischer Franchisevertrag), in: *Schütze* (Hrsg.), *Münchener Vertragshandbuch Band 4, Wirtschaftsrecht III*, 5. Aufl. 2002, S. 14 ff., 202 ff.

zeigt, wo die sensiblen Problemkreise vertriebsvertraglicher Kooperation auszumachen sind. Zu ihnen gehören die Sittenwidrigkeitskontrolle unter dem Gesichtspunkt der Knebelung, die höchstzulässige Vertragslaufzeit ohne ordentliche Kündigungsmöglichkeit, die Voraussetzungen einer Anwendung von Schutzvorschriften des Verbraucherkreditrechts auf Absatzmittler als Existenzgründer. Und immer wieder geht es im Vertriebsvertragsrecht um die AGB-rechtliche Überprüfung von (regelmäßig systemspezifisch vorformulierten) Vertriebsverträgen; weithin ist das Vertriebsvertragsrecht AGB-Kontrollrecht. Zu nennen ist hier auch der Streit um die (ohne ausdrückliche Vereinbarung kaum begründbare) Verpflichtung der Systemzentrale zur Rückvergütung bzw. Weiterleitung von Einkaufsvorteilen (Differenzrabatten) an die Systempartner (sog. *Kick-back-Rechtsprechung*) beim sogenannten Verbundgruppen-Franchising; die Insider zwinkern sich wissend zu, wenn sie nur die Namen von Entscheidung wie „Sixt“ oder „Apollo“ hören, die zugleich ein Musterbeispiel für fruchtbare vertriebsrechtliche Diskurse zwischen Rechtsprechung, Kautelarjurisprudenz und Rechtswissenschaft bilden.³³

Einen Schwerpunkt des Vertriebsvertragsrechts bilden die Voraussetzungen und Folgen der Vertragsbeendigung. Diese erhalten dadurch sein besonderes Gewicht, dass die Absatzmittler nicht selten auf den Bestand des Kooperationsverhältnisses angewiesen sind, um wirtschaftlich überleben zu können.³⁴ Sie drohen im Kündigungsfalle zu „Opfern“ der

³³ Vgl. dazu *OLG München*, Urt. v. 27.02.2000 – U (K) 3297/96 – „Sixt I“, BB 1997, 1429; *BGH*, Urt. v. 02.02.1990 – KZR 11/97 – „Sixt II“, BGHZ 140, 342 = NJW 1999, 2671 = ZIP 1999, 934 = WRP 1999, 534; *OLG Bremen*, Urt. v. 06.12.2001 – Kart. 2/2001, WRP 2002, 224; *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 14.11.2001 – Kart. 11/01, WRP 2002, 235; *BGH*, Urt. v. 20.05.2003 – KZR 19/02 – „Apollo I“, ZIP 2003, 2030 = NJW-RR 2003, 1635 = WRP 2003, 1448; *BGH*, Urt. v. 20.05.2003 – KZR 27/02 – „Apollo II“, NJW-RR 2003, 1624 = ZIP 2004, 773 = WRP 2003, 1454; *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 13.12.2006 – VI-U(Kart.) 36/05, BB 2007, 738 mit Anm. *Eckhard Flohr*, S. 741 f.; zum Ganzen *Bernd Christian Haager*, DStR 1999, 1153; *ders.*, NJW 2002, 1463; *Volker Emmerich*, JuS 1999, 1023; *Christian Prasse*, MDR 2004, S. 256; *Reinhard Böhner*, NJW 1998, S. 109 ff.; *ders.*, BB 2004, S. 119; *Jan Patrick Giesler*, ZIP 2004, S. 744, 745; *Raimond Emde*, EWiR 2004, 337; *Christian Vogel*, ZGS 2003, 244; *Eckhard Flohr*, DStR 2004, 94; *Achim E. Rottbauer*, EWiR 2004, 337; *Petra Pohlmann*, EWiR 2004, 289; *Gunther Teubner*, ZHR Bd. 168 (2004), 78.

³⁴ Vgl. dazu *Heinz-Dieter Pollmüller*, in: *Dieter Ahlert* (Hrsg.), *Vertragliche Vertriebssysteme zwischen Industrie und Handel*, 1981, S. 125 ff., 196 ff.; *Michael Martinek*, *Franchising*, 1987, S. 321 ff.; *ders.*, *Moderne Vertragstypen Bd. II*, 1992, S. 117 ff.

vertikalen Integration zu werden. Zumindest bedürfte es in vielen Fällen einer längeren Übergangszeit und eines erheblichen Kapitalzuflusses, um das Absatzmittlungsunternehmen aus der Systembindung lösen, Anschluss an eine andere Zentrale in einem anderen Vertriebssystem finden oder gar systemunabhängig operieren und wieder auf dem Markt Fuß fassen zu können. Häufig hat der interessenwahrende und weisungsgebundene Absatzmittler beachtliche Investitionen für den auf die Marketingkonzeption „seines“ Vertriebssystems zugeschnittenen Betrieb getätigt, die bei einem Ausscheiden aus dem System größtenteils wertlos würden, zumal er oft einem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot unterliegt. Nicht nur anlässlich des Systembeitritts, sondern auch im Laufe des Kooperationsverhältnisses hat er - nicht selten notgedrungen oder gar auf Weisung der Systemzentrale - beachtliche Kapitalmittel in Gebäude, Betriebsausrüstung und Personal investiert, so dass eine Beendigung des Vertragsverhältnisses vor deren Amortisation seinen wirtschaftlichen Ruin bedeuten kann, jedenfalls wenn ihm keine Übergangszeit und kein Geld für eine Umorientierung zur Verfügung steht.

Um die Beendigung von Vertriebsverträgen ranken sich denn auch zahlreiche Rechtsprobleme. Sie betreffen schon die Fristen für eine ordentliche Kündigung sowie die Voraussetzungen (die „wichtigen Gründe“) einer außerordentlichen Kündigung. Auch die „leidige Frage“ einer analogen Anwendbarkeit des Ausgleichsanspruchs nach § 89b HGB auf anderen interessenwahrenden Absatzmittler als Handelsvertreter ist hier zu nennen. Sie gehörte von Anfang an zu den Grundproblemen des Vertriebsvertragsrechts³⁵, wird heute in Literatur und Rechtsprechung für den Vertragshändler vor allem des Kfz-Vertriebs grundsätzlich bejaht, während sich für das Franchising zwar die Literatur einhellig befürwortend äußert, aber in Deutschland (anders als in Österreich) noch keine klare höchstrichterliche Entscheidung darüber vorliegt. Im Zusammenhang der Vertragsbeendigungsprobleme ist auch die Diskussion darüber zu erwähnen, ob bei Vertriebsverträgen mit dominantem geschäftsbesorgungsvertraglichen Element (bei Handelsvertretung, Kommissionsagentur, Vertragshandel und vielfach beim Franchising) dem Absatzmittler angesichts einer drohenden Vertragsbeendigung ein besonderer "Anlaufschutz" oder "Investitionsschutz", etwa in Form eines Investitionsersatzanspruchs gewährt werden soll. Es geht hierbei um die Frage, ob sich die kraft des Dauerschuld-

³⁵ Vgl. dazu nur *Otto Sandrock*, in: FS R. Fischer, 1979, S. 657 ff.

und insbesondere kraft des Interessenwahrungscharakters dieser Vertriebsverträge gesteigerte Treuepflicht des Lieferanten gegenüber seinem Vertriebsmittler auf sein Recht zur ordentlichen oder außerordentlichen Kündigung des Vertrages beschränkend auswirkt bzw. ob eine treupflichtwidrige Kündigung sogar Schadensersatzpflichten nach sich ziehen kann.³⁶ Das hinter einem derartigen vertriebsrechtlichen Anlauf- oder Investitionsschutz stehende Anliegen liegt auf der Hand: Der Absatzmittler, der in Erfüllung seiner Absatzförderungspflicht und im Vertrauen auf die Fortdauer des Kooperationsverhältnisses, oft sogar auf ausdrückliche Anweisung des Absatzherrn aufwendige Investitionen zur vertriebssystemkonformen Ausstattung seines Betriebes getätigt hat, soll davor geschützt werden, dass die Absatzzentrale das Absatzmittlungsverhältnis einseitig durch ordentliche Kündigung beendet, bevor jene Investitionen amortisiert sind. Ein solcher Schutz erscheint dabei nicht etwa allein für die Jahre der Anlaufphase des Kooperationsverhältnisses im Hinblick auf die anfänglichen Systemeingliederungsinvestitionen des Absatzmittlers erwägenswert, sondern auch während des längst bestehenden Absatzmittlungsverhältnisses, in dem der Absatzmittler auf „Veranlassung“ der Systemzentrale laufend zu neuen Investitionen genötigt sein kann. Die Frage nach einem Anlauf- und Investitionsschutz ist von umso größerer Bedeutung, als für derartige Investitionen ein Aufwendungsersatzanspruch des Absatzmittlers nach Geschäftsbesorgungsrecht (§§ 675 Abs. 1, 670 BGB) nicht in Betracht kommt. Sie ist unabhängig von der Gewährung eines Ausgleichsanspruches nach § 89b HGB. Denn dieser Ausgleichsanspruch ist auf eine Entschädigung für den Verlust der vom Absatzmittler akquirierten Kundschaft und auf einen Ausgleich des von ihm geschaffenen und bei Vertragsbeendigung der Systemzentrale zugute kommenden Goodwill gerichtet; mit den vom Absatzmittler getätigten Investitionen hat § 89 b HGB nichts zu tun. Derzeit ist in Deutschland - anders als in manchen Nachbarländern, z.B. in Österreich (§ 454 österr. HGB) - ein Investitionsersatzanspruch für Absatzmittler (noch) nicht von der Rechtsprechung anerkannt.³⁷

³⁶ Vgl. dazu vorbereitend *Claus-Wilhelm Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 266 ff.; sodann grundlegend *Peter Ulmer*, Der Vertragshändler, 1969, S. 459 ff.; *ders.*, in: FS Möhring, 1975, S. 295 ff.; *Carsten-Thomas Ebenroth*, Absatzmittlungsverträge im Spannungsverhältnis von Kartell- und Zivilrecht, 1980, S. 172 ff.

³⁷ Vgl. dazu näher *Ulf Wauschkuhn / Johannes Teichmann*, Der Investitionsersatzanspruch im europäischen Vergleich, RIW 2009, S. 614 – 620.

Auch bei den anderen zahlreichen Abwicklungs- und Folgeproblemen der Beendigung von Vertragshändler-, Kommissionsagenten- und Franchiseverträgen behält die Treue- und Rücksichtnahmepflicht der Systemzentrale gegenüber dem Absatzmittler ihre herausragende Bedeutung.³⁸ Nur in seltenen Fällen enthalten die Absatzmittlungsverträge ausdrückliche Regelungen über ein Rückgaberecht für nicht abgesetzte Vertragsware, ungenutzte Betriebsmittel oder überschüssige Ersatzteile nach Beendigung des Vertragsverhältnisses. In solchen Ausnahmefällen wird etwa dem Vertragshändler oder Franchisenehmer im Vertriebsvertrag ein durch einseitige Gestaltungserklärung auszuübendes Rückverkaufsrecht zu angemessenem Preis eingeräumt. Fehlt es an einer solchen Vereinbarung (oder ist sie ungenügend), bildet die nachvertragliche Treuepflicht den dogmatischen Anknüpfungspunkt für die Ableitung eines Rückgaberechts des Absatzmittlers (und der korrespondierenden Rücknahmepflicht des Absatzherrn) für derartige Vertragsware, Ersatzteile, Betriebsmittel und Ausstattungsgegenstände, die für den Absatzmittler nach Vertragsbeendigung weitgehend wert- und nutzlos geworden sind. Der Grundsatz von Treu und Glauben bestimmt den Maßstab für Umfang und Grenzen eines Rückgaberechts und steuert die Verteilung des Verwertungsrisikos derartiger Gegenstände, die aufgrund der Vertragsbeendigung nicht mehr ihrer ursprünglichen Bestimmung zugeführt werden können. Schon im Jahr 1970 hat der *BGH* in einem Grundsatzurteil zum Vertriebsrecht ausgesprochen, dass die nachvertragliche Treuepflicht eines Herstellers/Lieferanten gegenüber einem Vertragshändler in ihrer Intensität über die üblicherweise nach Beendigung eines Vertrages geschuldeten Sorgfalts- und Nebenpflichten hinausgeht.³⁹ Begründet wird dies mit der besonderen funktionellen Ausrichtung des Absatzmittler-Betriebes auf die Interessen der Absatzzentrale und mit der Abhängigkeit des Absatzmittlers von den Planungen des Systemkopfs. Die gesteigerte nachvertragliche Treuepflicht wurde vom *BGH* dahingehend konkretisiert, dass sich aus ihr für den Geschäftsherrn auch die Pflicht ergeben kann, in zumutbarem Umfang an der Vertragsabwicklung mitzuwirken und zur Schadensabwen-

³⁸ Grundlegend bereits für den Vertragshändler *Peter Ulmer*, *Der Vertragshändler*, 1969, S. 468 ff.

³⁹ *BGH*, Urt. v. 21.10.1970 - VIII ZR 255/68, *BGHZ* 54, 338, 344 = *JZ* 1971, 264 mit Anm. *Peter Ulmer* = *NJW* 1971, 29 mit Anm. *Peter Finger*, S. 555; vgl. auch *BGH*, Urt. v. 25.05.1988 - VIII ZR 360/86, *NJW* 1988, 1077 = *EWiR* § 9 *AGBG* 11/88, 737 (*Heinz-Dieter Assmann*).

derung im Zuge der Auflösung des engen Kooperationsverhältnisses beizutragen. Dieser Grundgedanke beansprucht auch für solche Franchiseverhältnisse Geltung, bei denen der Absatzmittler in gewissem Umfang zur Lagerhaltung, zum Kunden- und Ersatzteildienst verpflichtet ist, aber nach Vertragsende nichts mehr mit den Waren, mit den auf das Systemprodukt zugeschnittenen Einzelteilen, Spezialwerkzeugen, Ausstattungsgegenständen usw. anfangen kann. Der Absatzmittler darf auf solchen Gegenständen der Vertragsware und der Betriebsausstattung, im Extremfall gar auf einem vollen und unverkäuflichen Lager- oder Ersatzteilbestand nicht „sitzenbleiben“.

Freilich kann sich der Absatzmittler auf § 242 BGB nur bei einer von ihm nicht veranlassten Kündigung des Vertrages berufen; andernfalls müsste er sich seinerseits nach § 242 BGB ein widersprüchliches Verhalten entgegenhalten lassen⁴⁰; es versteht sich, dass ein schuldhaftes Verhalten des Absatzmittlers nicht mit einer Entlastung des von ihm vertraglich übernommenen Dispositionsrisikos belohnt werden darf. Umgekehrt muss aber ein schuldhaftes Verhalten des Geschäftsherrn und Lieferanten zu einer Verschärfung seiner Mitwirkungs- und Rücknahmepflichten führen. Das Risiko der erschwerten Verwertung eines auf Veranlassung des Lieferanten angelegten Waren- oder Ersatzteillagers ist danach grundsätzlich von demjenigen Vertragspartner zu tragen, der die Vertragsbeendigung zu vertreten hat; bei einer beiderseitig verursachten Kündigung ist auch eine beiderseitige Verteilung des Risikos angebracht. Für die Ausgestaltung der Rücknahmepflicht des Lieferanten und des damit korrespondierenden Rückgaberechts des Absatzmittlers ist im konkreten Einzelfall sowohl inhaltlich wie auch zeitlich entscheidend, was den Parteien unter Abwägung der beiderseitigen Interessen billigerweise zuzumuten ist. Die Mitwirkungspflicht des Geschäftsherrn bei der Abtragung der dem Absatzmittler aus dem Kooperationsverhältnis verbliebenen Lasten kann auch nur solche Warenbestände, Rohstoffvorräte oder Ersatzteillager oder Ausrüstungsgegenstände betreffen, deren Anhäufung und Vorhaltung im Interesse einer ordnungsgemäßen Vertragserfüllung geboten war. Dabei findet die Verpflichtung des Lieferanten zur gebührenden Rücksichtnahme auf die Absatzmittlerinteressen und zur dementsprechenden Rücknahme von Gegenständen dort ihre Grenze, wo der Absatzmittler bei einer zumutbaren Eigenanstrengung selbst Verwertungsmöglichkeiten ausschöpfen

⁴⁰ *BGH*, Urt. v. 21.10.1970 - VIII ZR 255/68, *BGHZ* 54, 338, 342 f.

kann. Auch in diesem Bereich der vertikalen De-Integration hat die *BGH*-Rechtsprechung inzwischen vielfach Ergänzungen und Vertiefungen, Verfeinerungen und Bestätigungen erfahren.

5. Ordnungsaufgaben des Vertriebskartellrechts

Dem vorstehenden, nur beispielhaften, aber doch vielleicht illustrativen Panoptikum vertriebsvertragsrechtlicher Problembereiche, lässt sich eine kurze Übersicht über die Ordnungsaufgaben des Vertriebskartellrechts zur Seite stellen. Mit der vertikalen Vorwärtsintegration und dem Marketinggedanken in der Absatzwirtschaft ist der Einsatz von Vertriebsverträgen als Instrumenten des selektiven Vertriebs in der Hand der systemsteuernden Hersteller bzw. Lieferanten verbunden.⁴¹ Dabei wählt der Lieferant für den Abschluss von Vertriebsverträgen aus der Gruppe aller möglichen Marktpartner auf der nachgelagerten Wirtschaftsstufe einige aus, die gemäß seiner Zielvorstellung den optimalen Vertrieb der Produkte ermöglichen, und schließt andere Bewerber von der Geschäftsbeziehung aus, die gewissen qualitativen oder quantitativen Anforderungen der Konzeption seines Vertriebssystems nicht entsprechen. Bei der qualitativen Selektion wird die Aufnahme von Geschäftsbeziehungen von der Erfüllung bestimmter fachlicher und betrieblicher Qualifikationen wie der Unternehmensgröße, dem Einzugsgebiet, der Ausstattung, dem Standort, dem Ruf, den Umsätzen, oder der Finanzausstattung des künftigen Absatzmittlerbetriebs abhängig gemacht; nach quantitativen Kriterien erfolgt die Selektion, wenn der Hersteller generell nur mit einer bestimmten Zahl von Großhändlern oder Einzelhändlern kontrahieren, also mit Blick auf die eigene Leistungsfähigkeit, auf die optimale Marktbearbeitung und auf den systeminternen Wettbewerb auf der operativen Stufe die Vertriebsstellenzahl eines Marktraums begrenzen will.

Es gibt kein vertragliches Vertriebssystem ohne irgendwelche Vertriebsbindungen zulasten der Absatzmittler, die deren wirtschaftliche Handlungs- und Bewegungsfreiheit einschränken und die zumindest formal wettbewerbsbeschränkenden Charakter haben. Diese Vertikalbindungen, die bei den klassischen herstellerdominierten Fachhandels-, Ver-

⁴¹ Vgl. dazu grundlegend *Christian J. Meier*, Der selektive Vertrieb im EWG-Kartellrecht, Bd. 1, 1979, S. 1 ff.; *Marie-Claude Mathé*, in: *RabelsZ* 48 (1984), S. 721 ff.; *Thomas Pawlikowski*, Selektive Vertriebssysteme, 1983, S. 32 ff.; *Carsten-Thomas Ebenroth*, Absatzmittlungsverträge im Spannungsverhältnis von Kartell- und Zivilrecht, 1980, S. 130 ff.

tragshändler- und Franchisesystemen als die „Transmissionsriemen“ des Selektivvertriebs und der vertikalen Vorwärtsintegration wirken, sind ihrer Art, Zusammensetzung und Menge nach von Vertriebssystem zu Vertriebssystem sehr unterschiedlich und nur schwer systematisierbar, da sie auf die jeweilige Marketingkonzeption des Systems zugeschnitten und von der jeweiligen Macht- und Interessenkonstellation abhängig sind.⁴² Besondere praktische und rechtliche Bedeutung kommt den Bezugsbindungen, insbesondere den Alleinbezugsbindungen zu: In aller Regel erlegt der Absatzherr als Hersteller bzw. Lieferant dem Absatzmittler die Verpflichtung auf, bestimmte Waren oder Sortimentsteile, bisweilen auch sämtliche für den Weiterverkauf vorgesehenen Güter oder Rohmaterialien von ihm selbst oder von vorgeschriebenen anderen Lieferanten (*approved suppliers*) zu beziehen. Beim Dienstleistungs-Franchising sind vor allem die für die Leistungserbringung benötigten Betriebsmittel von Bezugsbindungen erfasst (z.B. Maschinen und chemische Konzentrate für Autowaschanlagen oder Reinigungsbetriebe). Die Ausgestaltung solcher Bezugsbindungen kann von einfachen Mindestabnahmequoten (*performance standards*) für einzelne Produkte bis zu Alleinbezugsbindungen für das Gesamtsortiment (Bedarfsdeckungsvereinbarungen, *full line forcing*) reichen. Bei den sogenannten Vertriebsbindungen des Absatzmittlers sind vor allem Kunden- und Gebietsbindungen zu unterscheiden. Bei den eher seltenen Kundenbindungen (*customer restrictions*) werden bestimmte Abnehmergruppen vorgeschrieben (z.B. darf er nur Endverbraucher beliefern) oder ausgeklammert (z.B. darf er keine Behörden oder keine Großabnehmer beliefern, weil sich der Lieferant solche Kunden meist selbst zur Belieferung vorbehält). Auch Querlieferungsverbote (keine Lieferung an andere Absatzmittler) gehören hierher. Die ungleich wichtigeren Gebietsbindungen

⁴² Vgl. dazu grundlegend Kurt Biedenkopf, Vertragliche Wettbewerbsbeschränkungen und Wirtschaftsverfassung - Die Ausschließlichkeitsbindung als Beispiel, 1958, S. 30 ff.; Thomas Kapp, Wettbewerbsbeschränkungen durch vertikale Vertriebsbindungen?, 1984, S. 27 ff.; Dieter Ahlert, in: Ahlert (Hrsg.), Vertragliche Vertriebssysteme zwischen Industrie und Handel, 1981, S. 43 ff., 68 ff. mit instruktiver Tabelle auf S. 69; Bruno Tietz / Günther Mathieu, Das Kontraktmarketing als Kooperationsmodell, 1979, S. 37; Christian J. Meier, Der selektive Vertrieb im EWG-Kartellrecht, Bd. 1, 1979, S. 149 ff.; Thomas Pawlikowski, Selektive Vertriebssysteme, 1983, S. 208 ff.; wegweisend vor allem Edmund Sundhoff, FS für R. Seyffert, 1968, S. 479 ff.; Rudolf Krasser, Der Schutz von Preis- und Vertriebsbindungen, 1972, S. 9; Rolf S. Lehmpfuhl, Vertriebsbindungen, 1965, S. 35; Otto Sandrock, Grundbegriffe des GWB, 1968, S. 395 ff.

(*territorial restrictions*) kommen gleichfalls in verschiedenen Ausgestaltungsformen vor. Absolute Gebietsbindungen erlauben den Absatz nur im Exklusivgebiet und bedrohen Grenzüberschreitungen u.U. mit Vertragsstrafen oder Ausgleichszahlungen an den benachbarten, eigentlich zuständigen Händler (Übergrenzprovisionen). Relative Gebietsbindungen erlauben dem Händler zwar "Passivverkäufe" an Kunden von außerhalb des eigenen Marktverantwortungsbereichs (*area of primary responsibility*), gestatten ihm aber keine aktive Akquisition jenseits der Gebietsgrenzen. Daneben finden sich aber auch Bindungen des Lieferanten gegenüber dem Absatzmittler wie vor allem die Einräumung von Alleinvertriebsrechten (*exclusive dealing*) und damit die Gewährung von Gebietsschutz für den jeweiligen Händler eines bestimmten Exklusivgebiets. Solche „Selbstbindungen“ erlegt sich die Absatzzentrale schon im Interesse ihres Raumaufteilungskonzept aus eigener Initiative auf.

Durch ein das vertragliche Vertriebssystem flankierendes Gebietschutzsystem - die Gebiete werden etwa auf der Basis von Einwohnerzahlen abgesteckt - sollen andere Absatzmittler gehindert werden, mittelbar von den Verkaufsanstrengungen, insbesondere von den Werbekampagnen, vom *pre-sale-* und *after-sale-service* des Gebietsnachbarn zu profitieren, indem sie - dank eigener ersparter Kosten - die Waren oder Dienstleistungen billiger anbieten als der besonders einsatzfreudige Nachbarhändler und von diesem letztlich die Kundschaft abziehen; sie sollen nicht in den Genuss eines „*free ride*“ auf Kosten jenes aktiven Absatzmittlers kommen dürfen.⁴³ Die wechselseitigen Gebietsschutzvereinbarungen in den Absatzmittlungsverträgen aggregieren sich zu einem Raumordnungsplan und zu einem Marktaufteilungskonzept des Lieferanten. Ein mehr oder weniger abgesicherter Gebietsschutz gehört in den meisten Branchen praktisch zu den Funktionsbedingungen des vertraglichen Vertriebssystems. Von daher ergibt sich die besondere Bedeutung des Rechts der vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen für das Vertriebsrecht, das in das kartellrechtliche Problemspektrum des „selektiven Vertriebs“ und der „vertikalen Inhalts- und Abschlussbindungen“ eingebunden ist und bei dem es um die wettbewerbsbeschränkungsrechtliche Bewältigung der vertikalen Partnerselektion und Partnerintegration geht.

⁴³ Vgl. zur Free-Rider-Problematik die umfassende Darstellung von *Thomas Kapp*, Wettbewerbsbeschränkungen durch vertikale Vertriebsbindungen?, 1984, S. 49 ff.

Bei den hieraus erwachsenden Ordnungsaufgaben kommt das Wettbewerbsbeschränkungsrecht zum Einsatz, d.h. das deutsche GWB und das europäische Kartellrecht (Art. 101 f. AEUV) mit seinen vertriebsbezogenen Gruppenfreistellungsverordnungen der Europäischen Kommission. Hier stehen im Mittelpunkt die seit dem 01.06.2010 geltende sogenannte Schirm- oder Vertikal-GVO 330/2010 (*umbrella block exemption regulation*)⁴⁴ und die gleichfalls zum 01.06.2010 in Kraft getretene sogenannte Kfz-GVO 461/2010⁴⁵ sowie - für „Altfälle“ - deren Vorgänger.⁴⁶ Im Vertriebskartellrecht wurde in der *BGH*- und *EuGH*-Rechtsprechung der Gefahrenschwerpunkt der ja eigentlich effizienz- und wohlfahrtssteigernden vertikalen Integration in einem Übermaß an Vertikalbindungen und damit in einer wettbewerbsmindernden „Versäulung“ und „Verkrustung“ der Absatzwirtschaft gesehen. Die vertraglichen Vertriebssysteme erforderten die Lösung von teilweise höchst ambivalenten marktstrukturellen und marktverhaltensbezogenen Wettbewerbsproblemen: die Einschränkung des Bezugswettbewerbs auf der Handelsebene durch ein Abschneiden der Bezugsquellen für die Systemaußenseiter; die Einschränkung des Vertriebswettbewerbs auf der Herstellerebene durch ein Verstopfen der Absatzkanäle für die Konkurrenten der Systemzentrale; die Reduktion des produkt- und systeminternen Wettbewerbs (intra-brand competition) bei tendenzieller Intensivierung des produkt- und systemexternen Wettbewerbs (inter-brand competition) auf der Händlerstufe; die Übertragung von Herstelleroligopolen auf die Handelsebene; die Änderung der Wettbewerbsstruktur vom atomistischen Individualwettbewerb zum Wettbewerb der Vertriebssysteme. Das einschlägige Problemspektrum kann hier nur durch einige Schlagworte und unter pauschalem Verweis auf die vertriebsrechtlichen Handbücher abgesteckt werden; zu jedem der Stichworte ließen sich Dutzende von weiterführenden Nachweisen nennen: Alleinlieferungspflichten, Alleinbezugspflichten, Ausschließlichkeitsbindungen, Belieferungsanspruch, Diskriminierungsverbot, Gebietsschutzvereinbarungen, Geschäftsverweigerung, Immanenztheorie, indirekte Preisbindungen, Höchstpreisbindungen, „schwarze“, „weiße“, „rote“ und „graue“ Klauseln, Konditionenbindungsverbot, Kontrahierungs-

⁴⁴ ABl.EU vom 23.04.2010, Nr. L 102, S. 1 ff.

⁴⁵ ABl.EU vom 28.10.2010, Nr. L 129, S. 52 ff.

⁴⁶ Vgl. *Christoph Liebscher / Eckhard Flohr / Alexander Petsche* (Hrsg.), *Handbuch der EU-Gruppenfreistellungsverordnungen*, 2. Aufl. 2012.

anspruch, Kundenbeschränkungen, Lieferantenpreisdifferenzierung, Markenexklusivität, Mehrmarkenvertrieb, Mindestabnahmepflichten, Passivverkäufe, Preisbindungsverbot, Provisionsabgabeverbot, quantitative und qualitative Selektionskriterien, Querlieferungsverbote, Rücklieferungsverbote, Strukturkündigungsklauseln, Sprunglieferungsverbote, „unechte“ Handelsvertreterverträge, unverbindliche Preisempfehlungen, Verwendungsbeschränkungen, Wettbewerbsverbote.

III. Die Herausforderungen des Vertriebsrechts

1. Von der vertikalen Vorwärtsintegration zur vertikalen Gruppenkooperation

Bislang haben Rechtsprechung und Rechtswissenschaft, anwaltliche und unternehmerische Rechtspraxis zum Vertriebsvertrags- und zum Vertriebskartellrecht die Herausforderungen, die die vertikale Vorwärtsintegration für die Absatzwirtschaft in den vergangenen sechzig Jahren gebracht hat, durchaus zu bewältigen vermocht und dabei zugleich ein Vertriebsrecht geschaffen, das bis hin zur "Handbuchreife" dogmatisiert und systematisiert werden konnte. Es darf aber nicht verschwiegen werden, dass es auch manche Defizite und Versäumnisse im heutigen, richterrechtlich geprägten Vertriebsrecht zu beklagen gibt, die - positiv betrachtet - wohl die vertriebsrechtlichen Herausforderungen der kommenden Jahrzehnte bilden. Diese Defizite und Versäumnisse, denen sich die höchstrichterliche Rechtsprechung gemeinsam mit der Rechtswissenschaft und mit der absatzwirtschaftlichen Praxis zu stellen hat, haben eine gemeinsame Wurzel: Die vertikale Vorwärtsintegration, die bislang die vertriebsrechtliche Entwicklung beherrscht hat, ist inzwischen keineswegs mehr die allein bestimmende Kraft und Bewegung im Verhältnis zwischen Industrie und Handel. Schon seit mehr als zwei Jahrzehnten ist zu beobachten, dass sich der noch bis Anfang der neunziger Jahre eher beschränkte Typenkanon von Absatzmittlern und Vertriebssystemen stark auffächert und sich eine früher unvorstellbare Diversifizierung vollzieht. Es geht dabei keineswegs nur um das verstärkte Auftreten von Depotsystemen, Regalmietsystemen, *Shop-in-the-shop*-Systemen oder Strukturvertriebssystemen. Es geht auch nicht nur um das Aufblühen des Direktvertriebs vor allem im Konsumgüterbereich durch das Internet, also um das Erstarken des Fernabsatzes und besonders des *E-Commerce*. Wichtiger erscheint vielmehr, dass sich vertragliche Vertriebssysteme mit sehr unterschiedlichen, keineswegs mehr allein durch die vertikale Vorwärtsintegration

geprägten Macht- und Interessenkonstellationen ausformen. Schon seit einiger Zeit ist fraglich, ob die industrieseitig dominierten Vertriebssysteme klassischer Prägung nach ihrer Zahl und Bedeutung noch überwiegen.⁴⁷ Moderne Vertriebsvertragssysteme des Franchising, teilweise auch des Vertragshandels, der Handelsvertretung und der Kommissionsagentur werden seit einigen Jahren häufig mit dem Begriff der vertikalen Gruppenkooperation charakterisiert.⁴⁸ In der Tat lässt sich in der modernen Absatzwirtschaft spätestens seit der Jahrtausendwende eine Tendenz erkennen, wonach die vertikale Gruppenkooperation die klassische vertikale Vorwärtsintegration zumindest ergänzt, wenn nicht gar ablöst; dies provoziert auch in den vertriebsrechtlichen Bewältigungsmustern einen Paradigmawechsel in Richtung auf normative Diversifizierung. Prägnant formuliert: Das Vertriebsrecht muss sich von seiner traditionellen Fixierung auf die Regelungsprogramme des Handelsvertreterrechts und von den Analogiebildungen für andere Vertriebskooperationen lösen. Im Einzelnen verbergen sich hinter dem Schlagwort der vertikalen Gruppenkooperation verschiedene absatzwirtschaftliche Strömungen, die zugleich die bisherigen Schwachstellen des Vertriebsrechts offenbaren und die künftigen Aufgaben für Rechtsprechung, Rechtswissenschaft und vertriebsrechtliche Gestaltungspraxis erkennen lassen.⁴⁹

2. Relativierung der Geschäftsbesorgungsdoktrin

Die Verabschiedung der einseitigen Handelsvertreter- und Geschäftsbesorgungsorientierung ist eine wirklich vordringliche Aufgabe. Das Ver-

⁴⁷ Vgl. grundlegend und vorausschauend *Erich Batzer / Josef Lachner / Walter Meyerhöfer*, Die handels- und wettbewerbspolitische Bedeutung der Kooperationen des Konsumgüterhandels. Bd. 1 - 3, 1989; *Wolfgang Irrgang* (Hrsg.), Vertikales Marketing im Wandel, 1993; *Dieter Ahlert / Rainer Olbrich* (Hrsg.), Integrierte Warenwirtschaftssysteme und Handelscontrolling, 1994; *Joachim Zentes* (Hrsg.), Strategische Partnerschaften im Handel, 1992; *Jürgen Kirsch*, Handelsorientiertes Herstellermarketing, 1987.

⁴⁸ Vgl. dazu grundlegend und vorausschauend *Bruno Tietz*, Der Gruppenwettbewerb als Element der Wettbewerbspolitik, 1981; *Bruno Tietz / Günther Mathieu*, Das Kontraktmarketing als Kooperationsmodell, 1979; *dies.*, Das Franchising als Kooperationsmodell für den mittelständischen Groß- und Einzelhandel, 1979; vgl. ferner *Arno Sölter*, Kooperative Absatzwirtschaft, 1971; *ders.*, Bezugsbindungen in vertikalen Kooperationssystemen, 1980; *Dieter Ahlert*, in: Ahlert (Hrsg.), Vertragliche Vertriebssysteme, 1981.

⁴⁹ Vgl. dazu schon *Michael Martinek*, Vom Handelsvertreterrecht zum Recht der Vertriebssysteme, in: ZHR Bd. 161 (1997) (Doppelheft 1-2, Jubiläumsheft zum 100. Geburtstag des HGB), S. 67 - 101.

triebsrecht darf nicht länger einspurig an Über-/Unterordnungsverhältnissen und Interessenwahrungsverhältnissen ausgerichtet sein, indem es die Vertriebsverträge rechtsdogmatisch durchweg nach dem Leitbild des Handelsvertretervertrags als Anwendungsfälle kaufmännischer Geschäftsbesorgung (Absatzmittlung) zu verstehen sucht.⁵⁰ Die das Vertriebsvertragsrecht beherrschende Geschäftsbesorgungsdoktrin steht ganz im Banne der vertikalen Vorwärtsintegration und gründet in der keineswegs mehr uneingeschränkt gültigen Annahme, dass das industrielle Unternehmen in der heutigen Wirtschaft völlig im Mittelpunkt stehe und durch sein Übergewicht an Kapital und gesamtwirtschaftlicher Bedeutung auch das Wirtschaftsleben auf den Handelsstufen dominiere. Diese Vorstellung wird der heutigen Bedeutung des „erstarkten Handels“ in beachtlichen Teilen des absatzwirtschaftlichen Geschehens nicht mehr gerecht.⁵¹ Bisher fühlte sich der Rechtsanwender im Vertriebsrecht nicht selten und geradezu mit einem gewissen Automatismus dazu veranlasst, den Absatzmittler als schutzwürdig anzusehen (bis hin zur Anwendung des Verbraucherdarlehensrechts auf Absatzmittler) und eine ausgleichende Gerechtigkeit walten zu lassen, um die vermutete Abhängigkeits- und Unterlegenheitsstellung des Absatzmittlers zu kompensieren. Das Handelsvertreterrecht als bisheriges „Leitbild“ des Absatzmittlungsrechts verleiht dem Vertriebsrecht gleichsam eine sozialschutzrechtliche Schlagseite.⁵² Es finden sich aber längst Formen „vertikaler“ Absatzkooperation *ohne* Eingliederung des Händlers in das Absatzsystem des Herstellers, *ohne* Hauptpflicht des Händlers zur interessenwahrenden Absatzförderung und insbesondere *ohne* Weisungsabhängigkeit des Händlers, bei denen beispielsweise eine analoge Anwendbarkeit des § 89b HGB mangels Ähnlichkeit mit einem Handelsvertreterverhältnis rundweg ausscheiden muss. Derzeit läuft das Vertriebsrecht ständig Gefahr, ein Über-/Unterordnungsverhältnis

⁵⁰ Vgl. den Untertitel des Buches von *Peter Ulmer*, *Der Vertragshändler - Tatsachen und Rechtsfragen kaufmännischer Geschäftsbesorgung beim Absatz von Markenwaren*, 1969; vgl. auch *Winfried Veelken* *ZVglRWiss* 89 (1990), 358 ff.; *Michael Martinek*, *Franchising*, 1987, S. 196 ff.; *ders.*, *Aktuelle Fragen des Vertriebsrechts*, 3. Aufl. 1991, Rn. 24 ff.

⁵¹ Grundlegend und vorausschauend *Arno Sölter*, *Kooperative Absatzwirtschaft*, 1971, S. 1 ff.; *ders.*, *Bezugsbindungen in vertikalen Kooperationssystemen*, 1980, S. 1 ff.; *Norbert Gahrens*, *Die Ökonomisierung der Warendistribution durch zwischenbetriebliche Kooperation*, 1990, S. 1 ff.; vgl. auch *Michael Martinek*, *Franchising*, 1987, S. 121 ff., S. 138 ff.; *Heribert Meffert*, in: *Meffert* (Hrsg.), *Marketing im Wandel*, 1980, S. 3 ff.

⁵² Vgl. dazu schon *Michael Martinek*, *Franchising*, 1987, S. 80 ff.; *ders.*, *Moderne Vertragstypen Bd. II*, 1992, S. 25 ff. und 57 ff.; *ders.*, *ZHR* Bd. 161 (1997), S. 67 ff., 95.

zwischen Hersteller und Absatzmittler auch dort anzunehmen, eine Weisungsbindung auch dort in den Vertrag hineinzulesen und eine Schutzwürdigkeit des Absatzmittlers auch dort zu unterstellen, wo von all dem keine Rede sein kann. Auf diese Weise droht das Vertriebsrecht teilweise die Abhängigkeit des Absatzmittlers erst herbeizureden und erst selbst die Probleme zu schaffen, zu deren Lösung es dann antritt.

3. Händlerkooperationen – Verbundgruppen – Horizontalisierungstendenzen

Als weitere Aufgabe und Herausforderung des künftigen Vertriebsrechts lässt sich eine stärkere Berücksichtigung solcher vertraglichen Vertriebssysteme nennen, die allein vom Handel, d.h. ohne Herstellerbeteiligung aufgebaut werden und die durchaus eigenen Regeln folgen. Zu Unrecht sieht man im klassischen Vertriebsrecht den Großhändler meist nur als „rechtlichen“ Vertragspartner des Einzelhändlers an, hinter dem eigentlich der Hersteller als „wirtschaftlicher“ Vertragspartner steht (Stichwort: durchlaufende Vertriebsbindungen).⁵³ Auch dieses Vorstellungsbild ist noch gänzlich von der vertikalen Vorwärtsintegration beeinflusst, die in Wirklichkeit die Absatzlandschaft keineswegs mehr uneingeschränkt beherrscht. Das moderne Vertriebsrecht muss auch die vertraglichen Vertriebssysteme allein des Handels bewältigen, die von einem Großhändler oder einer *Software-Zentrale* als Systemzentrale geleitet werden und die unter eigener Handelsmarke und mit eigenem Sortiment in Konkurrenz zu herstellergeleiteten und herstellerbeteiligten Vertriebssystemen sowie zu den horizontalen Verbundgruppen des Handels stehen. Es war ein Fehler des bisherigen Vertriebsrechts, sich nicht hinlänglich mit Verbundgruppen, Einkaufsgenossenschaften, Zentralregulierungssystemen etc. beschäftigt zu haben. Derartige Vertriebssysteme sind inzwischen zu einem unübersehbaren Faktor in der absatzwirtschaftlichen Landschaft geworden und keineswegs immer nach dem Muster der industriebeherrschten Absatzmittlungsverhältnisse strukturiert. Vielmehr können sie durchaus - ob als „freiwillige Kette“ in vertriebsvertraglicher oder wie die klassischen Einkaufsgenossenschaften in gesellschaftsrechtlicher Form organisiert - ohne Weisungsberechtigung und autokratische Marke-

⁵³ Vgl. dazu *Peter Ulmer*, *Der Vertragshändler*, 1969, S. 92 und 294 sowie *Thomas Kapp*, *Wettbewerbsbeschränkung durch vertikale Vertriebsbindungen?*, 1984, S. 30 ff.

tingführerschaft der Zentrale, statt dessen mit partnerschaftlicher Beteiligung der Absatzorgane an der Systemsteuerung und an der Entwicklung der Marketingkonzeption organisiert sein.⁵⁴

Als damit zusammenhängende Aufgabe und Herausforderung des künftigen Vertriebsrechts lässt sich die Einbeziehung der immer stärker ausgeprägten horizontalen Kooperationsformen in der Absatzwirtschaft nennen. Allzu einseitig ist derzeit der Blick auf vertragliche Vertriebssysteme als fächerförmige Bündel von individualvertraglichen Verhältnissen zwischen der Systemzentrale und den einzelnen Betrieben an der Absatzfront gerichtet. In Wirklichkeit sind einer Vielzahl von Vertriebssystemen zumindest gewisse horizontale Elemente eigen, etwa in Form eines Erfahrungsaustauschs der Absatzorgane untereinander oder einer gemeinsam ausgeübten Beratungsfunktion für die Zentrale. Die entscheidende Frage ist der Grad ihrer Ausprägung, der durchaus sehr verschieden, jedenfalls aber auch sehr hoch sein kann, mögen solche horizontalen Elemente auch nicht immer in den bilateralen Vertikalverträgen aufzuspüren sein, weil sie sich erst in Vollzug der Systemkooperation konstituieren. Gewiss können etwa Beiräte von Vertragshändlern im Kfz-Vertrieb (Händlerbeiräte) auf bloß konsultative Funktionen beschränkt sein oder gar eine bloße Alibi-Funktion zur Verschleierung der in Wirklichkeit strikt autokratischen Zentralsteuerung besitzen. In manchen Branchen können aber auch Händler-Beiräte zu Steuerungsorganen erstarkt sein, denen gegenüber die Systemzentrale möglicherweise sogar die Stellung eines ausführenden Organs zur Implementation der gemeinschaftlich erarbeiteten Marketingkonzeption hat. Schon haben sich Vertriebssysteme mit mehr oder weniger stark ausgebauten horizontalen Elementen und mit partizipativen Entscheidungsstrukturen etabliert, bei denen sich die Systemzentrale mög-

⁵⁴ Vgl. dazu etwa *Volker Beuthien / Günter Christian Schwarz*, Kooperationsgruppen des Handels und Franchisesysteme in Europa aus der Sicht des EG-Wettbewerbsrechts, 1993; *Andreas K. Baumgarten*, Das Franchising als Gesellschaftsverhältnis, 1993; *Fabienne Kutscher-Puis*, Die Verbundgruppen des Handels und ihre Anschlussverträge – eine Untersuchung des deutschen und französischen Vertragsrechts, 2006; *Christian Bahr*, Verbundgruppenfranchising und Kartellverbot, 2002; *Frank Markmann*, Franchising in Verbundgruppen, 2002; *Frank Markmann / Günter Olesch*, Franchisesysteme und Verbundgruppen, in: *Dieter Ahlert* (Hrsg.), Handbuch Franchising & Cooperation, 2001, S. 107 ff.; *Günter Olesch*, Die Einkaufsverbände des Einzelhandels, 1980; *Günter Olesch / Harald Ewig*, Das Management von Verbundgruppen, 2003; *Joachim Zentes / Dirk Morschett*, Perspektiven und Strategien der Verbundgruppen im Handel und Handwerk, ZfgGW 2003, S. 143 ff.

licherweise nur noch als ausführendes Organ der Systempartner darstellt. So haben sich in einigen Branchen Vertriebssysteme zwischen „geschwächter“ Industrie und „erstarktem“ Handel gebildet, die das Leitbild der autokratisch gesteuerten, fächer- oder pyramidenförmigen, strikt vertikal organisierten Vertriebssysteme zugunsten von Modellen partnerschaftlicher Mitwirkungsbefugnisse und horizontaler Mitentscheidungsbefugnisse der „Systempartner“ ablösen. Hierin manifestiert sich eine Abwendung vom einseitig dominierten Zentralmarketing eines Herstellerunternehmens und eine Hinwendung zum vertikal-kooperativen, wirtschaftsstufenübergreifenden Gemeinschaftsmarketing. Das hier verborgene Problempotential wird vom klassischen Vertriebsrecht nicht hinreichend thematisiert. Ein vertragliches Vertriebssystem kann nicht nur ein Vertragsverbund, sondern auch ein Verbandsvertrag sein. Vertriebssysteme können - und zwar schon seit den achtziger Jahren des vergangenen Jahrhunderts⁵⁵ - ohne weiteres auch Innenverbände und legale bzw. legalisierbare „Kartelle“ sein.

4. Industrialisierung der Dienstleistungen

Eine weitere Zukunftsaufgabe des Vertriebsrechts ist die stärkere Hinwendung zu den vertraglichen Vertriebssystemen im Dienstleistungssektor. Das überkommene Vertriebsrecht beschränkt seinen Gesichtskreis tendenziell immer noch auf den Warenabsatz. Systeme des reinen Dienstleistungsvertriebs (Gastronomie, Hotellerie, Partnerschaftsvermittlung, Reinigungsbetriebe, Zeitarbeitsbüros, Sprach- oder Musikschulen, Schülerhilfen, juristische Repetitorien etc.) werden erst in jüngerer Zeit und bislang noch nicht hinreichend als vertikale Kooperation zwischen selbständigen Dienstleistungsunternehmen zur Kenntnis genommen, sondern traditionell und noch allzu oft in das Gebiet der lizenzvertraglichen Verhältnisse verwiesen und damit auf den Aspekt der Nutzungsüberlassung von Marken und Kennzeichen, Namen und Geschäftssymbolen verkürzt. Es ist ein Versäumnis, dass das Vertriebsrecht bislang keinen Absatzmittlertypus für im eigenen Namen und auf eigene Rechnung erbrachte

⁵⁵ Vgl. dazu BKart, Bek. Nr. 41/86 v. 22.04.1986 = WuW 1986, 679 „System-gut Logistik Service“; BkartA v. 31.03.1987 - B6-796000-J-151/85, WuW/E BKartA 2267 „System-gut Logistik Service“; BKartA, Bek. Nr. 61/86 v. 2.07.1986 = WuW 1986, 792 „UTS, Umzugs- und Transport-Systeme“; BKartA, Bek. Nr. 23/87 v. 10.03.1987 = WuW 1987, 480 „Pinguin-Frischfracht-Systeme“; BkartA v. 1.06.1989 - B5-791000-Ib-220/88, WuW 1989, 850 „German Parcel“.

Dienstleistungen hat. In weiten Teilen des Dienstleistungssektors werden die Vertriebsformen des Warenabsatzes mit Zeitverzögerung imitiert⁵⁶ und führen zu einer Vertikalstufung des Gefüges der Dienstleistungsunternehmen, die eine warenabsatzanaloge Einschaltung von Absatzmittlern durch Systemzentralen ermöglicht oder gar erfordert. Die Entwicklung und Erbringung standardisierter Dienstleistungen als vorprogrammierter Massengüter unter Einbettung in ein ausgefeiltes Marketingkonzept, der Einbau des Prinzips der großen Serie in die Dienstleistungsangebote (Stichwort: Industrialisierung der Dienstleistungen) hat sich in Parallele zur Idee des Markenartikels vollzogen und wirft auch absatztechnologisch warenanaloge Probleme auf. Dies wird indes vom derzeit herrschenden Vertriebsrecht tendenziell nur am Rande (meist als atypische Erscheinungsform des Franchising oder des „Lizenzvertriebs“) zur Kenntnis genommen.

5. Internationalisierung und Europäisierung der Distribution

Als fünfte Aufgabe des künftigen Vertriebsrechts wird man die Bewältigung der Internationalisierung des Vertriebsgeschehens, die Verarbeitung der Vorgaben und Umsetzungen des europäischen Rechts, die rechtsvergleichende Berücksichtigung der Rechtslage in den Nachbarländern und die Lösung der vertriebspezifischen kollisionsrechtlichen Fragestellungen nennen müssen. Dies erscheint dermaßen selbstverständlich und allgegenwärtig, dass es keiner Vertiefung und Belege bedarf; es betrifft übrigens nicht nur die Praxis der absatzwirtschaftlichen und rechtspraktischen Gestaltungen, sondern auch die vertriebsrechtswissenschaftliche Grundlagendiskussion. Hiervon können wegweisende Impulse ausgehen. Im internationalen Dialog des modernen *law of distribution* kann man etwa lernen, dass Vertriebsverträge bisweilen als hybride Gebilde (*intermediate organizations*) zwischen vertragsgesteuertem Markt und verbandlicher Organisation begriffen werden müssen und deshalb das Konzept des vertikalen „Verbundes“ von Absatzmittlungsverträgen eines Vertriebsvertragssystems um das Konzept eines horizontalen „Verbandes“

⁵⁶ Vgl. aber die vorausschauenden Überlegungen von *Jürgen Knigge*, Franchise-Systeme im Dienstleistungssektor, 1973, S. 1 ff. und *Erich Kaub*, Franchise-Systeme in der Gastronomie, 1980, S. 3 ff.

aller systemangehörigen Absatzmittler mit „ihrer“ Zentrale ergänzt werden muss.⁵⁷

ZUSAMMENFASSUNG UND SCHLUSS

Das Vertriebsrecht hat sich in Deutschland ebenso wie in den Nachbarländern als ein eigenständiges Rechtsgebiet mit immenser praktischer Bedeutung konsolidiert und eine *Community* der Vertriebsrechtler hervor gebracht. Vertriebsrecht ist das Vertrags- und Wirtschaftsrecht des Vertriebs (synonym: des Absatzes) von Waren und Dienstleistungen. Es umfasst den indirekten Vertrieb über vertragliche Vertriebssysteme unter Einschaltung von Absatzmittlern wie Handelsvertretern, Vertragshändlern, Kommissionsagenten, Franchisenehmern oder autorisierten Fachhändlern, aber auch andere Formen des indirekten Selektivvertriebs und des Universal- oder Streuabsatzes. Es umfasst zudem vertriebliche Verbundgruppen, freiwillige Ketten, Einkaufsgemeinschaften und atypische Kooperationsformen. Auch der direkte Vertrieb bis hin zum *E-Commerce* (Internetvertrieb) mit seinen verbraucherschutzrechtlichen Dimensionen gehört dazu. Im Mittelpunkt steht das Recht der vertraglichen Vertriebssysteme, das sich vor allem als Richterrecht aus dem Handelsvertreterrecht entwickelt hat und die neuen Absatzmittlertypen etwa des Vertragshandels oder Franchising im Licht der vertikalen Vorwärtsintegration konturiert hat. Das Vertriebsvertragsrecht hat eine Reihe von Ordnungsaufgaben zu bewältigen, die von den Aufklärungspflichten bei Vertragsverhandlungen und der AGB-rechtlichen Kontrolle bis hin zum Ausgleichsanspruch und zur nachvertraglichen Vertragsabwicklung reichen. Es hat bislang seine Hauptaufgabe allzu einseitig im Schutz der Absatzmittler vor Übervorteilung, Ausbeutung, und Einschränkung der unternehmerischen Bewegungsfreiheit gesehen.

⁵⁷ Zur Entwicklung der internationalen Theoriedebatte im Vertriebsrecht vgl. die Beiträge in: *Christian Joerges* (Hrsg.), *Franchising and the Law - Theoretical and Comparative Approaches in Europe and the United States* = Das Recht des Franchising - Konzeptionelle, rechtsvergleichende und europarechtliche Analysen, 1991; *Gunther Teuber*, *Netzwerk als Vertragsverbund*, 2004; *ders.*, „Verbund“, „Verband“ oder „Verkehr“? Zur Außenhaftung von Franchising-Systemen, in: *ZHR* Bd. 154 (1990), S. 189 – 217; *ders.*, Das Recht hybrider Netzwerke, in: *ZHR* Bd. 165 (2001), S. 550 – 575; vgl. auch die Grundlagenkapitel von *Michael Martinek*, in: *Michael Martinek / Franz-Jörg Semler / Eckhard Flohr* (Hrsg.), *Handbuch des Vertriebsrechts*, 4. Aufl. 2016, §§ 1 - 4.

Das Vertriebskartellrecht versteht sich in erster Linie als das Recht der Vertikalbindungen, insbesondere der Bezugs- und der Gebietsbindungen, der Koppelungsbindungen, der Kunden- und der Verwendungsbeschränkungen, sowie des Selektivvertriebs. Auch das Diskriminierungsverbot spielt eine herausragende Rolle. Bei den hieraus erwachsenden Ordnungsaufgaben für einen funktionierenden produktinternen und vor allem produktexternen Wettbewerb kommt das Wettbewerbsbeschränkungsrecht zum Einsatz, d.h. das deutsche GWB und das europäische Kartellrecht (Art. 101 f. AEUV) mit seinen vertriebsbezogenen Gruppenfreistellungsverordnungen der Europäischen Kommission. Hier stehen im Mittelpunkt die seit dem 01.06.2010 geltende sogenannte Schirm- oder Vertikal-GVO 330/2010 und die gleichfalls zum 01.06.2010 in Kraft getretene sogenannte Kfz-GVO 461/2010.

Die künftigen Aufgaben des Vertriebsrechts wird man zuvörderst in einer Überwindung der einseitigen Ausrichtung am Handelsvertreterrecht und an der vertikalen Vorwärtsintegration (Geschäftsbesorgungsdoktrin) sehen müssen. Den partnerschaftlichen Formen der vertikalen Gruppenkooperation zwischen Lieferanten- und Dienstleistungszentralen einerseits sowie Händlern und Dienstleistungsbetrieben andererseits muss verstärkt Rechnung getragen werden. Ferner ist den horizontalen Händlerkooperationen und den vertrieblichen Verbundgruppen sowie den kooperativen Organisationsformen des Vertriebs industrialisierter Dienstleistungen größere Aufmerksamkeit zu widmen. Auch muss selbstverständlich die Internationalisierung und die Europäisierung der Distribution verstärkt gewürdigt werden.

An Aufgaben für die Weiterentwicklung des modernen Vertriebsrechts fehlt es also nicht. Das Vertriebsrecht als das Recht der unternehmerischen Kooperation beim Absatz von Sachgütern und Dienstleistungen wird quantitativ und qualitativ in neue Dimensionen vorstoßen müssen. Es wird sich als Rechtsgebiet im Schnittbereich des Vertrags-, Handels-, Kartell- und Lauterkeitsrechts fortentwickeln und seine Ausformung zu einem eigenständigen, systematisch geschlossenen und dogmatisch-konstruktiv durchdrungenen Rechtsgebiet vorantreiben müssen.

ÖZET

Satım ve Dağıtım Ağı Hukuku (Vertriebsrecht) nedir? Satım ve dağıtım ağı hukuku, mal ve hizmetlerin dağıtımına ilişkin olan sözleşme, ticaret ve rekabet hukukunu ifade etmektedir. Satış acentesi, lisanslı distribütör (imtiyaz sahibi), komisyoncu, franchising alan kişi ya da yetkili bayi şeklinde sözleşmesel dağıtım sistemleri aracılığıyla yapılan dolaylı dağıtım şekillerini ve bundan başka diğer seçimli ve evrensel dolaylı dağıtım şekillerini kapsar. Dağıtım ortaklıkları, bağımsız perakendeciler, satın alma ortaklıkları ve diğer atipik ortaklık sistemleri de buna dâhildir. Ayrıca, tüketicinin korunması hukuku boyutlarıyla e-ticaret (internet satışı) gibi direkt dağıtım şekli de satım ve dağıtım ağı hukuku alanına aittir.

Makalenin odak noktasında esasen acentelere dair hukuktan içtihat yoluyla evrilen ve lisanslı distribütörler, franchising alanlar gibi yeni dağıtım organlarını şekillendiren sözleşmeye dayalı satım ve dağıtım ağı hukuku yer almaktadır. Sözleşmeye dayalı satım ve dağıtım ağı hukuku, sözleşme görüşmeleri bağlamındaki bilgilendirme yükümlülüğünden ve genel işlem şartlarına ilişkin incelemelerden, peştemaliye bedeli taleplerine ve sözleşme sonrası tasfiye meselelerine kadar uzanan çeşitli meselelerle uğraşmaktadır. Sözleşmeye dayalı satım ve dağıtım ağı hukuku konuları şimdiye kadar epeyce tek taraflı bir biçimde, dağıtıcı organların gabine maruz kalması, sömürülmesi ve girişim özgürlüklerinin kısıtlanması etrafında dönmektedir.

Diğer bir odak noktası dağıtım sistemleri ve pazarlama kanallarına yönelik rekabet hukuku düzenlemeleri üzerindedir. Bu, her şeyden önce dış ticaretin dikey kısıtlamalara ilişkin hukuk kurallarına, özellikle tek satıcılık sözleşmelerine, bölgesel sınırlamalara, müşteri sınırlamalarına, bağlı sözleşmelere, kullanım sınırlamalarına ve seçici dağıtımına ilişkindir. Ek olarak, burada antitröst ve rekabet hukukunun ayrımcılık karşıtı kuralları önem taşımaktadır. Mevcut bir markada ve daha da önemlisi markalar arası rekabette ortaya çıkan normatif problemler, esasen Alman Karteller ve Rekabet Kısıtlamaları Hakkında Kanunu (GWB) ve Komisyon tarafından çıkarılan ve dağıtım ağına ilişkin olan blok muafiyet düzenlemelerini (BER – Block Exemption Regulations) içine alan AB rekabet hukuku (Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma m. 101 vd.) uyarınca çözümlenmektedir. Bu bağlamda “dikey” ya da “şemsiye” olarak tabir edilen 1 Haziran 2010’da yürürlüğe giren BER 330/2010 ve AB motorlu taşıtı da denilen yine 1 Haziran 2010’da yürürlüğe giren BER ilgili blok muafiyet düzenlemelerinin merkezinde yer almaktadır.

Satım ve dağıtım ağı hukukunun geleceğine ilişkin ilk olarak çözümlenmesi gereken konu, perakendecilerin ve distribütörlerin kontrolüne ilişkin acentelik hukukundaki ve ileriye doğru dikey bütünleşme paradigmasındaki (principal-agent doktrinini) tek taraflı yönelimin aşılmasıdır. Gelecekteki satım ve dağıtım ağı hukuku, bir tarafında tedarikçiler veya hizmet sağlayıcıları, diğer tarafında bayi ve hizmet noktalarının bulunduğu ortaklıklar üzerinde temellenen dikey grup kooperasyonunu daha iyi bir şekilde düzenlemelidir. Buna ek olarak, önüretimli (“endüstriyelmiş”) hizmetleri veren perakendeciler, bağımsız gruplar ve bunun yanı sıra diğer ortaklıklar da şüphesiz bir şekilde daha büyük bir ilgiyi hak etmektedir. Bu süreç içerisinde mal ve hizmetlerin dağıtımının uluslararasılaşmasına ve Avrupalılaşmasına daha büyük önem verilmelidir.