

### WISSENSCHAFTLICHER BEIRAT

**Professor Dr. Frank Arloth,**

Amtschef des Bayerischen  
Staatsministeriums der Justiz

**Detlev Böenkamp,** Chefsyndikus  
Hella KGaA Hueck & Co.

**Professor Dr. Markus Gehrlein,**  
Richter am Bundesgerichtshof a. D.

**Karin E. Geissl,** Rechtsanwältin,  
Attorney at Law, Freshfields Bruckhaus  
Deringer

**Dr. Peter Gladbach,**  
Rechtsanwalt, AUDI AG

**Professor Dr. Christian Heinrich,**  
Katholische Universität, Ingolstadt

**Dr. Uta Karen Klawitter,**  
General Counsel AUDI AG

**Professor Dr. Thomas Klindt,**  
Rechtsanwalt, Noerr

**Nora Klug, LL.M.,**  
General Counsel Robert Bosch GmbH

**Dr. Thomas Laubert,**  
General Counsel Daimler AG

**Professor Dr. Rolf-Dieter Mönning,**  
Rechtsanwalt, Mönning Feser Partner

**Professor Dr. Dr. h.c. Hanns Prütting,**  
Universität zu Köln

**Dr. Jürgen Reul,**  
Leiter Aufsichtsratsangelegenheiten  
und Corporate Governance BMW AG

**Professor Dr. Jens M. Schmittmann,**  
Rechtsanwalt, FOM Hochschule, Essen

**Dr. Reinhard Siegert,** Rechtsanwalt,  
Heuking Kühn Lüer Wojtek

**Dr. Martin Wagener,**  
Rechtsanwalt

### SCHRIFTFLEITUNG

**Dr. Nicholas Schoch,** Rechtsanwalt,  
Freshfields Bruckhaus Deringer

### STÄNDIGE MITARBEITER

Dr. Charlotte Harms, Paul Harenberg,  
Camillo v. Haugwitz

- Dr. Nicholas Schoch, Dr. Charlotte Harms, Paul Harenberg und  
Camillo von Haugwitz
- 1 **Mehr Fortschritt wagen ...**
- Prof. Dr. Thomas Klindt
- 2 **Decoupling from China**
- Dr. Laura Nasse
- 3 **Das neue Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz**
- Prof. Dr. Marcel Kaufmann
- 12 **Vorfahrt für Elektromobilität**
- Lars Eckhoff, LL.M. (Wellington) und Phillip Bubinger, M.C.B.L.  
(Mannheim/Adelaide)
- 16 **Das neue digitale Kaufrecht**
- Dr. Benedikt Wolfers, M.A. und Nils Schlenkhoff
- 24 **Autonomes Fahren ist möglich: Deutschland als regulatorischer  
Tempomacher**
- Dr. Moritz Becker und Jan Henning Buschfeld
- 32 **Automobilindustrie in der ESG-Transformation**
- Dr. Michaela Felisiak, LL.M. und Dr. Martina Schlamp
- 41 **Update Legal Tech**
- Alexander Yoshi Matsumoto
- 48 **Aufwandsregulierung nach strafprozessualen Auskunftserteilungen**
- Michael Öttinger
- 52 **Das Batterierecht im Wandel – bestehende und bevorstehende  
Anforderungen an die Automobilbranche**
- Christian A. Mayer und Ines Coenen
- 60 **Schnellladegesetz und Deutschlandnetz – Katalysator oder Bremse  
der Verkehrswende?**
- Dr. Charlotte Harms
- 66 **Die nachträgliche Aktivierung von automatisierten und autonomen  
Fahrfunktionen nach § 1 lit. h StVG**
- Dr. Reinhard Siegert und Dr. Ruth Schneider
- 78 **Tuner sind keine Wiederverkäufer?! – Das Porsche-Tuning II Urteil  
lässt aufhorchen  
Anmerkung zu BGH, Urteil vom 6.7.2021 – KZR 35/20**
- Chiara Panfili, LL.M. und Prof. Dr. Felix Buchmann
- 82 **Das Widerrufsrecht bei Leasingverträgen  
Besprechung der Vorlagebeschlüsse des OLG Frankfurt a. M., 22.9.2021 –  
17 U 42/20 und des LG Ravensburg, 24.8.2021 – 2 O 238/20**

- 69 Da sich aus der Antwort auf die Fragen 1 bis 3 ergibt, dass Art. 101 Abs. 1 AEUV dahin auszulegen ist, dass das Opfer einer wettbewerbswidrigen Verhaltensweise eines Unternehmens eine Schadensersatzklage gegen eine Tochtergesellschaft wegen der Beteiligung der Muttergesellschaft an dieser Verhaltensweise erheben kann, sofern sie eine wirtschaftliche Einheit bilden und daher zusammen dieses Unternehmen bilden, ist davon auszugehen, dass diese Bestimmung damit einer nationalen Regelung entgegensteht, die in einem solchen Fall die Möglichkeit vorsieht, die Haftung für das Verhalten einer Gesellschaft einer anderen Gesellschaft nur dann zuzurechnen, wenn die zweite Gesellschaft die erste Gesellschaft kontrolliert.
- 70 Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass der Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts zur Gewährleistung der Wirksamkeit sämtlicher Bestimmungen des Unionsrechts u. a. den nationalen Gerichten auferlegt, ihr nationales Recht so weit wie möglich unionsrechtskonform auszulegen (Urteile vom 24. Juni 2019, *Popławski*, C-573/17, EU:C:2019:530, Rn. 57, und vom 4. März 2020, *Bank BGŻ BNP Paribas*, C-183/18, EU:C:2020:153, Rn. 60).
- 71 Diese Gerichte müssen das nationale Recht bei seiner Anwendung daher unter Berücksichtigung des gesamten innerstaatlichen Rechts und unter Anwendung der dort anerkannten Auslegungsmethoden so weit wie möglich anhand des Wortlauts und des Zwecks der in Rede stehenden primärrechtlichen Bestimmung auslegen, um die volle Wirksamkeit dieser Bestimmung zu gewährleisten und zu einem Ergebnis zu gelangen, das im Einklang mit dem mit ihr verfolgten Zweck steht (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 24. Juni 2019, *Popławski*, C-573/17, EU:C:2019:530, Rn. 73 und 77, und vom 4. März 2020, *Bank BGŻ BNP Paribas*, C-183/18, EU:C:2020:153, Rn. 66).
- 72 Die Verpflichtung zur unionsrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts hat jedoch bestimmte Grenzen und darf insbesondere nicht als Grundlage für eine Auslegung *contra legem* des nationalen Rechts dienen (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 4. Juli 2006, *Adeneler u. a.*, C-212/04, EU:C:2006:443, Rn. 110, sowie vom 4. März 2020, *Bank BGŻ BNP Paribas*, C-183/18, EU:C:2020:153, Rn. 67).
- Unter diesen Umständen hätte das vorliegende Gericht, wenn es sich nicht in der Lage sähe, Art. 71 Abs. 2 des Gesetzes über den Schutz des Wettbewerbs im Einklang mit der in Rn. 67 des vorliegenden Urteils vorgenommenen Auslegung von Art. 101 Abs. 1 AEUV auszulegen, diese nationale Bestimmung unangewendet zu lassen und Art. 101 Abs. 1 AEUV unmittelbar auf den Ausgangsrechtsstreit anzuwenden.
- Insoweit erscheint es auf den ersten Blick nicht ausgeschlossen, dass, wie die spanische Regierung in ihren schriftlichen Erklärungen geltend gemacht hat, eine Tochtergesellschaft im Rahmen einer Schadensersatzklage auf der Grundlage von Art. 71 Abs. 2 Buchst. a des Gesetzes über den Schutz des Wettbewerbs haftbar gemacht werden kann. Nach dieser Bestimmung ist eine Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht nämlich jede Zuwiderhandlung gegen die Art. 101 oder 102 AEUV oder gegen die Art. 1 oder 2 dieses Gesetzes. Nach den Ausführungen der spanischen Regierung kann aber der Tochtergesellschaft das schädigende Ereignis nach Art. 71 Abs. 2 Buchst. a dieses Gesetzes zugerechnet werden, was jedoch vom vorliegenden Gericht zu prüfen sein wird.
- Unter diesen Umständen ist auf die vierte Frage zu antworten, dass Art. 101 Abs. 1 AEUV dahin auszulegen ist, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, die die Möglichkeit vorsieht, die Haftung für das Verhalten einer Gesellschaft einer anderen Gesellschaft nur dann zuzurechnen, wenn die zweite Gesellschaft die erste Gesellschaft kontrolliert.
- [...]

# Anmerkungen

RA Dr. Reinhard Siegert und RAin Dr. Ruth Schneider, München\*

## Tuner sind keine Wiederverkäufer?! – Das Porsche-Tuning II Urteil lässt aufhorchen

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 6.7.2021 – KZR 35/20

*Die Entscheidung des BGH gibt Gelegenheit, sich mit den Möglichkeiten und Grenzen des Selektivvertriebs, welcher im Absatz von Neufahrzeugen regelmäßig das bevorzugte Vertriebssystem ist, auseinander zu setzen. Der BGH macht deutlich, dass es für die kartellrechtskonforme Ausgestaltung von Vertriebsverträgen auf jedes Detail ankommt. Insbesondere Verkaufsverbote sollten stets einer kritischen kartellrechtlichen Würdigung unterzogen werden.*

### I. Zum Sachverhalt und Hintergrund des Rechtsstreits

Das zu besprechende Urteil erging in einem auf § 33 Abs. 4 GWB gestützten Rechtsstreit zwischen einem Unternehmensverband als Klägerin und dem Kfz-Hersteller Porsche

\* Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. IV.

(Beklagte zu 2) bzw. dessen deutscher Vertriebsgesellschaft (Beklagte zu 1) als Beklagten. Die Klage war im Wesentlichen darauf gerichtet, die Verwendung von Klauseln zu unterlassen, die den Weiterverkauf an Tuning-Unternehmen betrafen:

Die deutsche Porsche-Vertriebsgesellschaft hatte den Vertragshändlern im selektiven Porsche-Vertriebssystem („Porsche-Zentren“) im „Porsche Händler- und Servicevertrag“ Verkäufe von neuen Porsche Serienfahrzeugen an nicht autorisierte Wiederverkäufer untersagt. Dabei wurde ausdrücklich klargestellt, dass nicht autorisierte Wiederverkäufer auch Unternehmen sind, die „Porsche Serienfahrzeuge zum Zwecke der gewerblichen Umrüstung oder Veredelung (sog. Tuning) erwerben wollen, um die getunten Fahrzeuge weiterzuverkaufen“, oder „Porsche Serienfahrzeuge erwerben wollen, um sie als so genannte Präsentations-, Vorführ- oder Ausstellungsfahrzeuge für Tuning-Produkte zu verwenden.“ Untersagt wurde zudem der Verkauf von Porsche-Teilen und Porsche-Zubehör u. a. an Unternehmen, die diese „als Bauteil zur Herstellung von Tuner-Fahrzeugen oder zum Umbau, zur Umrüstung, zur Leistungssteigerung oder zur Veredelung von Porsche-Fahrzeugen“ oder „zur Herstellung oder zur Instandsetzung oder Instandhaltung von Tuning-Komponenten, unabhängig davon, ob sie Bestandteil eines Fahrzeugs sind oder nicht“, verwenden wollen.

Dieser Entscheidung voraus geht das Urteil des BGH vom 6.10.2015 (GRUR-RS 2015, 17973 – Porsche-Tuning). Der BGH hatte hierin Porsche verpflichtet, das klagende Tuning-Unternehmen weiterhin zu handelsüblichen Bedingungen zu beliefern. Die Pflicht wurde auf eine Verletzung von § 19 Abs. 1 und 2 Nr. 1 sowie § 20 Abs. 1 GWB gestützt. Demgegenüber betrifft die Porsche-Tuning II Entscheidung Fragen des Kartellverbots nach § 1 GWB.

## II. Amtliche Leitsätze des BGH<sup>1</sup>

1. Erheblich im Sinne des § 33 Abs. 4 Nr. 1 Buchst. a GWB ist eine Anzahl betroffener Unternehmen dann, wenn sie in der Weise repräsentativ sind, dass ein missbräuchliches Vorgehen des Verbands zur Durchsetzung von Individualinteressen ausgeschlossen werden kann.
2. Ein Vertragshändlern auferlegtes, auf die Kundengruppe der Unternehmen, die sich mit dem individuellen Umbau, der Umrüstung durch Austausch von Fahrzeugkomponenten und der Leistungssteigerung (Tuning) von Serienfahrzeugen einer bestimmten Marke (hier: Porsche) befassen, bezogenes und beschränktes Belieferungsverbot ist eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung.
3. In einem selektiven Vertriebssystem ist der für den Umfang einer zulässigen Vertriebsbindung maßgebliche Begriff des Wiederverkäufers objektiv zu bestimmen. Tuning-Unternehmen sind als solche keine Wiederverkäufer.
4. Die Darlegungs- und Beweislast für die Einhaltung der Marktanteilsschwelle des Art. 3 Abs. 1 Vertikal-GVO obliegt derjenigen Partei, die sich darauf beruft.

## III. Klagebefugnis im Sinne von § 33 Abs. 4 Nr. 1 GWB<sup>2</sup>

Beim Kläger handelt es sich um einen Verband, dem nach eigenen Angaben 129 Mitglieder angehören. Sämtliche der Mitglieder produzieren und vertreiben Tuningteile. Allerdings ist nur ein Teil der Mitglieder von den Maßnahmen seitens Porsche betroffen.

Gemäß § 33 Abs. 4 Nr. 1 GWB verfügen rechtsfähige Verbände über die Befugnis, kartellrechtliche Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche geltend zu machen, wenn (i) ihnen eine erhebliche Anzahl betroffener Unternehmen angehört und (ii) sie insbesondere nach ihrer personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung imstande sind, ihre satzungsmäßigen Aufgaben der Verfolgung gewerblicher oder selbstständiger beruflicher Interessen tatsächlich wahrzunehmen.

Erheblich im Sinne des § 33 Abs. 4 Nr. 1 lit. a GWB ist nach Auffassung des BGH eine Anzahl betroffener Unternehmen dann, wenn sie in der Weise repräsentativ sind, dass ein missbräuchliches Vorgehen des Verbands ausgeschlossen werden kann. Dies könne schon bei einer geringen Zahl entsprechend tätiger Mitglieder anzunehmen sein.<sup>3</sup> Eine markenabhängige Bewertung sei allerdings erforderlich, so dass lediglich auf Porsche spezialisierte Tuning-Unternehmen vom geltend gemachten Kartellverstoß betroffen sein könnten.

Aufgrund der Tatsache, dass der Kläger zu den vorstehenden Voraussetzungen ausreichend und unwidersprochen vorgetragen habe, bestehe nach Meinung des zuständigen Senats kein Grund zur Annahme eines missbräuchlichen Vorgehens.

*Zwischenfazit:* Von einer Klagebefugnis im Sinne von § 33 Abs. 4 Nr. 1 GWB ist bereits dann auszugehen, wenn die Klagepartei glaubhaft darlegt, dass sie eine hinreichende Anzahl ihrer Mitglieder repräsentiert, welche vom geltend gemachten Kartellverstoß betroffen sein sollen. Nur in Zweifelsfällen muss die Klagepartei hinsichtlich der Widerlegung des Missbrauchsvorwurfs ihrer Beweislast in vollem Umfang nachkommen.

## IV. Feststellung einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von § 1 GWB<sup>4</sup>

Der BGH bejahte zunächst die Frage, ob das Verbot, Neufahrzeuge an Unternehmen zu verkaufen, welche diese zu Tuning-Zwecken einsetzen wollen, in den Anwendungsbereich des Kartellverbots fällt. Gemäß der oben (in Abschnitt I.) dargelegten Klausel würden die Porsche-Vertragshändler im Wettbewerb untereinander beschränkt, indem ihnen der Neuwagenabsatz an Tuning-Unternehmen untersagt werde. Darüber hinaus beschränke man damit aber auch unabhängige Tuning-Unternehmen im Wettbewerb gegenüber der Beklagten zu 2 als Herstellerin von Kraftfahrzeugen der Marke Porsche. Aufgrund des Angebots eigener Tuning-Programme seitens Porsche bestehe

1 BGH, Urteil vom 6.7.2021 – KZR 35/20, BeckRS 2021, 25611.

2 BGH, Urteil vom 6.7.2021 – KZR 35/20, BeckRS 2021, 25611, Rn. 1, 18 ff.

3 So bereits BGH, Urteil vom 16.11.2006 – I ZR 218/03, GRUR 2007, 610, Rn. 18 – Sammelmitgliedschaft V, zu § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG.

4 BGH, Urteil vom 6.7.2021 – KZR 35/20, BeckRS 2021, 25611, Rn. 30–36.

nämlich ein Wettbewerbsverhältnis. Der Zugang zu Neufahrzeugen sei für Tuning-Unternehmen unerlässlich, um ihr Angebot an getunten Fahrzeugen präsentieren zu können. Eine vollständige Substitution durch Gebrauchtfahrzeuge sei keine Option; bei der Einführung neuer Modelle wären unabhängige Tuning-Unternehmen regelmäßig benachteiligt, weil sie erst zu einem deutlich späteren Zeitpunkt in der Lage seien, die von ihnen getunten Fahrzeuge zu präsentieren.

Die Tatsache, dass die Verbotsklausel nach ihrem Wortlaut nicht unmittelbar an eine bestimmte Kundengruppe (Tuning-Unternehmen), sondern an den Verwendungszweck (Erwerb von Neuwagen zum Zwecke (i) des Tunings und anschließenden Weiterverkaufs und/oder (ii) der Präsentation von Tuning-Produkten) anknüpft, sei aus Sicht des BGH irrelevant. Dass es sich um eine Kundengruppenbeschränkung handele, ergebe sich bereits daraus, dass die Klausel aufgrund der mit Tuning-Produkten einhergehenden Anschaffungskosten rein faktisch nur solche Unternehmen umfasse, die sich auf Tuning spezialisiert hätten.

*Zwischenfazit:* Für die Einordnung als Kundengruppenbeschränkung soll es nach Auffassung des BGH nicht auf die konkrete Anknüpfung an eine solche Kundengruppe in der entsprechenden Klausel ankommen. Es genüge bereits, wenn sich aus dem Sinn und Zweck der Klausel eine derartige Beschränkung eindeutig ergibt.

## V. Keine Ausnahme vom Kartellverbot<sup>5</sup>

Nach Ansicht des BGH ist die angegriffene Klausel auch nicht nach den für den qualitativ selektiven Vertrieb geltenden Grundsätzen vom Kartellverbot ausgenommen. Die von der Rechtsprechung des EuGH entwickelte Ausnahme gilt nämlich lediglich für diejenigen qualitativen Kriterien zur Auswahl der Wiederverkäufer, die für die Organisation eines selektiven Vertriebssystems erforderlich sind. Diese müssen darüber hinaus nicht nur einheitlich und diskriminierungsfrei angewandt werden; die Eigenschaften des fraglichen Erzeugnisses müssen zur Wahrung der Qualität oder zur Gewährleistung des richtigen Gebrauchs ein solches Vertriebsnetz auch erfordern.<sup>6</sup>

Der BGH geht von dem Grundsatz aus, dass der Verkauf an nicht autorisierte Wiederverkäufer im Rahmen eines zulässigen selektiven Vertriebssystems grundsätzlich untersagt werden könne. In der Tat zeichnen sich selektive Vertriebssysteme dadurch aus, dass sich der Anbieter verpflichtet, die Vertragswaren oder -dienstleistungen unmittelbar oder mittelbar nur an Händler zu verkaufen, die anhand festgelegter Merkmale ausgewählt werden, und in denen sich diese Händler verpflichten, die betreffenden Waren oder Dienstleistungen nicht an Händler zu verkaufen, die innerhalb des vom Anbieter für den Betrieb dieses Systems festgelegten Gebiets nicht zum Vertrieb zugelassen sind (vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. e Vertikal-GVO). Allerdings billigt der BGH den Parteien des Vertriebsvertrages keine Einschätzungsfreiheit im Hinblick auf den Begriff des „Wiederverkäufers“ zu. Dieser sei vielmehr objektiv im Kontext des jeweiligen Vertriebsvertrages zu bestimmen. Ein Hersteller könne nicht selbst vertraglich festlegen, wer „Wiederverkäufer“ ist.

Aufgrund der Tatsache, dass sich der Selektivvertrieb bei Porsche auf den Weiterverkauf von neuen Serienfahrzeugen der Marke Porsche beziehe, sei nach objektiven Maßstäben im Porsche-Vertriebssystem Wiederverkäufer nur derjenige, der Porsche-Neuwagen erwerbe und ohne wesentliche Veränderung weiterverkaufe. Tuning-Unternehmen hingegen nähmen Änderungen an den Neufahrzeugen vor und behielten diese für eine gewisse Zeit zu Vorführzwecken. Erfolge später ein Weiterverkauf des getunten Porsche, entspreche dies nicht mehr einem Weiterverkauf des Neufahrzeuges. Diese Unterscheidung rechtfertige es, unabhängige Tuning-Unternehmen nicht als „Wiederverkäufer“ im Sinne des Porsche-Händlervertrages anzusehen.

Darüber hinaus ist der BGH der Auffassung, dass es an der nötigen Erforderlichkeit des Weiterverkaufverbots mangle. Die Festlegung einer gewissen Mindesthaltedauer hätte nach Ansicht des Senats bereits genügt, um dem Schutz des Selektivvertriebs Rechnung zu tragen.

*Zwischenfazit:* Bei der Definition des Begriffs „Wiederverkäufer“ ist darauf zu achten, dass dieser anhand objektiver Kriterien bestimmt wird, und zwar ausgehend vom ursprünglichen Vertragsprodukt. Dabei geht der BGH nur dann von einem im Selektivvertrieb zu untersagenden „Wiederverkauf“ aus, wenn die Weiterveräußerung ohne wesentliche Veränderung erfolgt. Die Wesentlichkeitsschwelle wird dabei jedenfalls in der hier zu besprechenden Entscheidung vom Senat recht niedrig angesetzt.

## VI. Keine Freistellung nach einer der Gruppenfreistellungsverordnungen<sup>7</sup>

Eine Freistellung vom Kartellverbot nach § 2 GWB i. V. m. Art. 2 Abs. 1 Vertikal-GVO bzw. Art. 4 Kfz-GVO kommt nach Auffassung des BGH nicht in Betracht. Die Darlegungs- und Beweislast für die Anwendbarkeit der entsprechenden Gruppenfreistellungsverordnung obliege derjenigen Partei, die sich auf sie berufe.

Der Vortrag der Beklagten, wonach als relevanter Markt derjenige des Großhandels mit Pkw (ohne weitere Unterteilung nach Fahrzeugklassen oder Marken) anzusehen sei, hält nach Meinung des BGH einer rechtlichen Überprüfung nicht stand. Die von den Beklagten angeführte Entscheidung der Europäischen Kommission sei im Rahmen einer Fusionskontrolle ergangen; sie sei für eine Marktabgrenzung im Rahmen der Vertikal-GVO nicht geeignet, da hier in der Regel die Händlersicht entscheidend sei, und nicht – wie in der Fusionskontrolle üblich – die Endverbrauersicht.<sup>8</sup> Warum dies im vorliegenden Fall anders sein sollte, hätten die Beklagten nicht dargelegt. Auch im Übrigen sei zu den Marktanteilen nicht bzw. nicht ausreichend vorgegangen worden.

Der BGH weist zusätzlich darauf hin, dass die Anwendung der Gruppenfreistellung überdies an Art. 4 lit. b Vertikal-

5 BGH, Urteil vom 6.7.2021 – KZR 35/20, BeckRS 2021, 25611, Rn. 37–40.

6 Vgl. EuGH, Urteil vom 13.10.2011 – C-439/09, WuW/E EU-R 2163, Rn. 40 ff. – Pierre Fabre; EuGH, Urteil vom 6.12.2017 – C-230/16, WuW 2018, 27, Rn. 24 – Coty.

7 BGH, Urteil vom 6.7.2021 – KZR 35/20, BeckRS 2021, 25611, Rn. 42–54.

8 So auch Nolte, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Band 2 Europäisches Kartellrecht, 13. Aufl. 2018, nach Art. 101 AEUV Rn. 389 m. w. N.

GVO scheitere, da die angegriffene Vertragsklausel eine unzulässige Kundengruppenbeschränkung darstelle. Bei den unabhängigen Tuning-Unternehmen handle es sich gerade nicht um Wiederverkäufer im Sinne der Gruppenfreistellungsverordnung (vgl. oben, Abschnitt V.), sodass keine der Ausnahmevorschriften des Art. 4 lit. b i–iv Vertikal-GVO greife.

*Zwischenfazit:* Die klare Aussage des BGH, wonach Markt- abgrenzungen in Fusionskontrollentscheidungen grundsätzlich nicht auf Sachverhalte, welche die Vertikal-GVO betreffen, übertragen werden können, muss dahingehend interpretiert werden, dass sich Unternehmen, welche sich auf die Anwendbarkeit von Gruppenfreistellungsverordnungen berufen möchten, zukünftig deutlich intensiver mit Markt- abgrenzungen auseinandersetzen müssen. Sie tragen die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die von ihnen vorgenommene Markt- abgrenzung gerechtfertigt ist und dass die Marktanteile korrekt berechnet wurden. Die schlichte Behauptung, die relevante Markt- anteilsgrenze würde bei Weitem nicht überschritten werden, wird in Zukunft nicht mehr genügen.

## VII. Kartellrechtliche Bewertung im Übrigen<sup>9</sup>

Auch das im Händlervertrag enthaltene Verkaufsverbot von Porsche-Ersatzteilen und Porsche-Zubehör wird vom BGH als kartellrechtswidrig eingestuft. Dabei diskutiert der BGH insbesondere die in Art. 4 lit. b) iv Vertikal-GVO enthaltene Ausnahme vom Verbot der Kundenkreisbeschränkung. Diese Ausnahme gelte allerdings nur für den Weiterverkauf von Teilen, die dem Abnehmer (hier: den Porsche-Zentren) zur Weiterverwendung geliefert werden, und zudem nur für den Weiterverkauf an Kunden, die diese Teile für die Herstellung derselben Art von Waren verwenden würden, wie sie der Anbieter (hier: Porsche) herstellt. Hingegen könne der klassische unveränderte Weiterverkauf von Teilen und Zubehör nicht beschränkt werden.<sup>10</sup> Zwar könnten im Ergebnis die Beklagten den Porsche-Zentren untersagen, die Mitglieder des Klägers mit Teilen aus den eigenen Porsche-Tuning-Programmen zu beliefern, „die zu einer wertschöpfenden Weiterverwendung und von vornherein nicht zum unveränderten Weiterverkauf an die Porsche-Zentren geliefert werden“.<sup>11</sup> Insoweit sei im Händlervertrag der Beklagten aber keine Unterscheidung zwischen derartigen speziell zur wertschöpfenden Weiterverwendung im Porsche-Zentrum und sonstigen Teilen vorgesehen. Dies führe dazu, dass die Klausel nach Art. 4 lit. b Vertikal-GVO insgesamt unwirksam sei.

Darüber hinaus weist der BGH darauf hin, dass bei Ersatzteilen eine markenspezifische Abgrenzung geboten sei. Aus diesem Grund sei davon auszugehen, dass die Beklagte zu 2) über einen Marktanteil von mehr als 30 % verfügt, wes-

wegen bereits aus diesem Grund die Vertikal-GVO keine Anwendung fände.

Im Hinblick auf das ausnahmslos geltende Verbot des Verkaufs der Porsche-Ersatzteile und/oder des Porsche-Zubehörs zum Einbau in Fremdfabrikate liege, wie der Senat ohne weitere Begründung feststellt, zwar lediglich eine Verwendungs-, und keine Kundengruppenbeschränkung vor. Allerdings liege der relevante Marktanteil – wie bereits dargestellt – aufgrund der markenspezifischen Abgrenzung bei über 30 %, sodass nach Art. 3 Vertikal-GVO der Anwendungsbereich der Vertikal-GVO bereits nicht eröffnet sei. Eine Einzelfreistellung nach § 2 GWB komme mangels entsprechenden Vortrags nicht in Betracht.

*Zwischenfazit:* Die rechtliche Bewertung des BGH lässt erkennen, dass bei der Gestaltung von Vertragsklauseln in Händlerverträgen äußerste Vorsicht geboten ist. Um von den Ausnahmen vom Verbot der Kundenkreisbeschränkung nach Art. 4 lit. b Vertikal-GVO profitieren zu können, bedarf es einer sorgfältigen und feingliedrigen Formulierung. Zudem bestehen im Ersatzteilvertrieb angesichts der markenspezifischen Markt- abgrenzung allenfalls sehr beschränkte Gestaltungsmöglichkeiten selbst im Hinblick auf bloße Verwendungsbeschränkungen.

## VIII. Zusammenfassung

Die Entscheidung des BGH veranschaulicht sehr klar, dass Anwender von Selektivvertriebssystemen im Hinblick auf die Ausgestaltung ihrer Weiterverkaufsbeschränkungen einer objektiven Bewertung unterworfen sind. In diesem Zusammenhang nimmt der BGH auch das Interesse der Tuning-Unternehmen an dem Bezug entsprechender Neufahrzeuge in den Blick. Nach Ansicht des BGH soll der Bezug von Neufahrzeugen für die Geschäftstätigkeit der Tuner unerlässlich sein. Mit diesen Erwägungen schlägt der Senat zugleich den Bogen zu seiner Porsche-Tuning Entscheidung von 2015.

Darüber hinaus verdeutlicht das Urteil die Relevanz der Gruppenfreistellungsverordnungen als sog. „safe harbour“ für Kfz-Hersteller. Sowohl die Vertikal-GVO, deren Geltungsdauer mit Ablauf des 31.5.2022 endet, als auch die Kfz-GVO, die noch bis zum 31.5.2023 gilt, unterliegen derzeit einem Reformprozess. Es bleibt abzuwarten, welche Neuerungen und Herausforderungen die beiden Gruppenfreistellungen mit sich bringen.

<sup>9</sup> BGH, Urteil vom 6.7.2021 – KZR 35/20, BeckRS 2021, 25611, Rn. 59–65.

<sup>10</sup> Vgl. hierzu auch Leitlinien für vertikale Beschränkungen, 2010/C 130/01, Rn. 55.

<sup>11</sup> BGH, Urteil vom 6.7.2021 – KZR 35/20, BeckRS 2021, 25611, Rn. 63, unter Verweis auf die Porsche-Tuning Entscheidung (vgl. BGH, GRUR-RS 2015, 17973 Rn. 101).