
Aufsätze

Michael Martinek*

Offener Brief an die Leser und Autoren zum zehnjährigen Jubiläum ihrer ZVertriebsR

I. Präambel

Auch bei einer juristischen Fachzeitschrift bietet ein Jubiläum einen schönen Anlass für einen *Rückblick* und vor allem einen *Ausblick*, wobei sich *in casu* eine Erinnerung und Anknüpfung an den Aufsatz des Verfassers anbietet, der in Heft 1/2012 der ZVertriebsR erschienen ist und als eine Art *keynote address* den Titel trug: „Vertriebsrecht als Rechtsgebiet und Aufgabe – Zur Programmatik der neuen Zeitschrift für Vertriebsrecht“. Weniger naheliegender erscheint dafür vielleicht die – juristischen Fachkreisen als Kommunikations- und Diskursmittel unvertraute – Form eines „offenen Briefes“ an die Leser und Autoren; bei näherem Hinschauen erweist sie sich aber doch als passend, um den Rückblick wie mehr noch den Ausblick unmittelbar an die Leser und Autoren zu adressieren und damit die Konsumenten und Produzenten der Zeitschrift umstandslos einzubeziehen und anzusprechen. Grund zum Feiern des zehnjährigen Geburtstags der ZVertriebsR haben die Leser und Autoren mehr noch als der Verlag, die Herausgeber und die Schriftleiter: zu bejubeln ist mit gelassener Befriedigung und lächelnder Genugtuung ein wirkliches Erfolgsprojekt.

II. Rückblick und Danksagung

Nun, der Rückblick kann knappgehalten werden. Denn es ist allgemein anerkannt und unübersehbar, dass sich der vor zehn Jahren mit der ZVertriebsR eingeschlagene Weg als konzeptionell und substanzial richtig erwiesen hat: Die Zeit war reif für eine Fachzeitschrift, die von der integrativen Kraft der Grundidee geprägt ist, im Vertriebsrecht das Recht der unternehmerischen Kooperation beim Absatz von Sachgütern und Dienstleistungen einer eigenständigen Betrachtung zuzuführen und die Bewältigung der damit gestellten Ordnungsaufgaben und Rechtsprobleme vor allem vertrags- und kartellrechtlicher Art kritisch

zu begleiten und zu fördern. Bei der rechtswissenschaftlichen Behandlung und der verlegerischen Pflege des Vertriebsrechts musste von Anfang an und muss bis heute die vertriebsrechtliche Rechtsprechung eine zentrale Rolle spielen. Indes hat sich die ZVertriebsR nie auf einen „Rechtsprechungsreport“ beschränkt. Vielmehr hat sie sich in den redaktionellen Beiträgen stets auch um wegweisende Innovationen auf diesem Rechtsgebiet bemüht, das inzwischen ein breit aufgefächertes und schwer durchdringbares, aber doch zunehmend konsolidiertes Querschnitts-Rechtsgebiet darstellt: Ausgehend von klassischen vertrags- und kartellrechtlichen Fragestellungen erstreckt es sich über die Materien des Online-Vertriebs und die Probleme mit spezifisch lauterkeitsrechtlichem oder gewerblich-schutzrechtlichem Bezug bis hin zu Randbereichen wie dem Exportkontroll- oder Produkthaftungsrecht. Nachdem das Vertriebsrecht bis hin zur „Handbuchreife“ dogmatisiert und systematisiert werden konnte, durfte der Ruf nach einer einschlägigen juristischen Fachzeitschrift nicht länger ungehört bleiben.

Die ZVertriebsR hat sich in den zurückliegenden zehn Jahren behauptet, bewährt und bewiesen. Das zum Jubiläum vorgelegte, dankenswerter Weise vom Verlag und unserem Ko-Schriftleiter Dr. *Max Rösch* erstellte Zehnjahresregister mit seinen verschiedenen Rubriken wie Aufsätze, Berichte und Editorials, Entscheidungsrezensionen und Buchbesprechungen, Vertriebsrechtliche Nachrichten und Pressemitteilungen legt eindrucksvoll Zeugnis davon ab, dass die *Community* der Vertriebsrechtler in „ihrer“ ZVertriebsR ein lebendiges Forum der Information und Diskussion, der Konversation und Kommunikation gefunden hat. Deshalb muss im Mittelpunkt des Rückblicks auf die zehnjährige Erfolgsgeschichte eine Danksagung stehen, und zwar an die Leser und Autoren: *Ihnen* ist der Erfolg zu verdanken. *Sie* tragen das Projekt und das Programm, den Prozess und den Progress der ZVertriebsR wirtschaftlich und inhaltlich. Für die Lebendigkeit unseres kommunikativen Forums spricht dabei übrigens, dass mancher „Leser“ den Weg zum „Autor“ der ZVertriebsR gefunden und gleichsam „Karriere“ gemacht hat, möglicherweise bis hinein in den Herausgeberbeirat, der natürlich bei der Danksagung nicht unerwähnt bleiben darf. Dies ist umso bemerkenswerter, als die ZVertriebsR bis heute in gewisser Hinsicht ein gemeinnütziges Projekt ist: Autoren wie Herausgeber arbei-

* Der Verfasser, Univ.-Prof. a. D. Dr. Dr. Dr. h.c.mult. *Michael Martinek*, M. C. J. (New York), Hon.-Prof. Johannesburg und Wuhan, war bis zu seiner Emeritierung 2019 Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung sowie Direktor des Instituts für Europäisches Recht an der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität des Saarlandes in Saarbrücken. Inzwischen ist er vor allem als Rechtsanwalt und Schiedsrichter im internationalen Wirtschaftsrecht tätig. Er ist einer der Gründer und der Herausgeber sowie einer der Schriftleiter der ZVertriebsR.

ten honorarfrei. Es dürfte ja wohl für das fachliche *Standing* der inzwischen (auch von der Rechtsprechung) vielzitierten ZVertriebsR „Bände sprechen“, dass deren Autoren selbst auf ein symbolisches Honorar verzichten, wie sie es allemal bei diesem oder jenem Konkurrenzblatt einheimen könnten.

III. Ausblick und Aufgaben

Während der kurze *Rückblick* anlässlich unseres Zehnjahresjubiläums mithin vor allem mit einer Danksagung an die Leser und Autoren verbunden ist, soll der *Ausblick* ein wenig ausführlicher geraten und auf eine Ermunterung und Ermutigung gerichtet sein, die nicht nur an ein „weiter so!“, sondern durchaus an ein „mehr noch!“ appelliert. Dabei spekuliert die Schriftleitung darauf, dass immer mehr Leser auch zu Autoren werden und die *Community* des Vertriebsrechts stärken. An offenen Fragen und künftigen Aufgaben mangelt es in unserem Vertriebsrecht nun wirklich nicht. Lassen Sie mich nur wenige konkrete Beispiele meta-dogmatischer Grundsatzprobleme anführen:

1. Digitalisierung

Das Vertriebsgeschehen digitalisiert sich zunehmend, begleitet und katalysiert im B2B- wie im B2C-Bereich von einer Multi- oder gar Omnichannel-Strategie. Die Marketingexperten und Absatzwirtschaftler sind angesichts einer betriebswirtschaftlichen Literaturflut und vor allem angesichts der praktischen Innovationsschübe im Bereich Digitalisierung den (hier wie so oft) nachvollziehenden Juristen spürbar voraus, die auf diesem Feld gern immer noch auf der Datenschutz-Grundverordnung herumreiten oder bei den BGB-Vorschriften zum *E-commerce* stehen geblieben sind anstatt die juristischen Potenziale und Konsequenzen etwa von *Smart Retail*, *Smart Contracts* oder von *Social Media Marketing* für ihre Mandanten auszuloten. In immer mehr Branchen setzen sich *shopless commerce*-Anbieter durch. Längst schon ziehen *Artificial Intelligence*- und *Virtual Reality*-Methoden in das moderne Marketing ein, bald schon werden die „Einkaufserlebnisse“ mit hyperpersonalisierten Angeboten über *Customer Data Platforms* bzw. der *Personal Cloud* präsentiert werden und verlangen vertriebsvertragliche Regelungskonzepte von uns verdutzten Juristen. Kurz: Wir werden uns als Vertriebsrechtler verstärkt der Bewegung „Recht der Digitalisierung“ zuwenden müssen, wenn wir nicht den Anschluss verlieren, sondern an vorderster Front die Pionierarbeit auf dem Gebiet der *Legal Technology* des *Digital Marketing* leisten wollen.

2. Hybride und flexible Formen vertikaler und horizontaler Gruppenkooperation

Auch unsere traditionellen Grundverständnisse des Vertriebsrechts können dabei ins Wanken geraten: Der für lange Zeit eher beschränkte Typenkanon von Absatzmittlern und Vertriebssystemen hat sich bereits stark aufgefächert; es vollzieht sich eine früher unvorstellbare *Diversifizierung*. Es geht dabei keineswegs nur um das verstärkte Auftreten von Depotsystemen, Regalmietsystemen, Shop-in-the-shop-Systemen, Formen des (Marken-)Lizenzvertriebs oder Schneeball- und Strukturvertriebssystemen. Wichtiger und entscheidend ist vielmehr, dass sich vertragliche Vertriebssysteme mit sehr unterschiedlichen, keineswegs mehr allein durch die vertikale Vorwärtsintegration geprägten Macht- und Interessenkonstel-

lationen ausformen. Schon heute ist fraglich, ob die industrieseitig dominierten Vertriebssysteme klassischer Prägung nach ihrer Zahl und Bedeutung noch überwiegen. Die vertrauten Vertriebsvertragssysteme nach Art des Franchisings, des Vertragshandels, der Handelsvertretung und der Kommissionsagentur werden zunehmend um „modernere“, hybride und flexible Formen der vertikalen und der horizontalen Gruppenkooperation ergänzt; dies provoziert auch in den vertriebsrechtlichen Bewältigungsmustern einen Paradigmawechsel in Richtung auf normative Diversifizierung. Im Einzelnen verbergen sich hinter dem Schlagwort der vertikalen und horizontalen Gruppenkooperation sehr verschiedene absatzwirtschaftliche Strömungen, die zugleich die derzeitigen Schwachstellen des Vertriebsrechts offenbaren und die künftigen Aufgaben für Rechtsprechung und Rechtswissenschaft erkennen lassen.

3. Umsturz des handelsvertreterrechtlichen Leitbilds

Eine wichtige Aufgabe ist dabei wohl die Verabschiedung der einseitigen Handelsvertreter- und Geschäftsbesorgungsorientierung des gesamten Vertriebsrechts, das künftig nicht mehr einspurig an Über-/Unterordnungsverhältnissen und Interessenwahrungsverhältnissen ausgerichtet sein darf. Die Epoche, in der Vertriebsverträge rechtsdogmatisch durchweg nach dem Leitbild des Handelsvertretervertrags als Anwendungsfälle kaufmännischer Geschäftsbesorgung (Absatzmittlung) verstanden wurden, neigt sich womöglich recht schnell ihrem Ende zu. Die das Vertriebsvertragsrecht beherrschende Geschäftsbesorgungsdoktrin steht noch 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“ oder gar „autonomen“ Handels“ in beachtlichen Teilen des absatzwirtschaftlichen Geschehens nicht mehr gerecht. 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 Verbraucherschutzrechts auf Absatzmittler) und eine ausgleichende Gerechtigkeit walten zu lassen, um die vermutete Abhängigkeits- und Unterlegenheitsstellung des Absatzmittlers zu kompensieren. Das Handelsvertreterrecht als früheres „Leitbild“ des Absatzmittlungsrechts verlieh dem Vertriebsrecht gleichsam eine sozialschutzrechtliche Schlagseite. Es finden sich aber längst Formen vertikaler und horizontaler Absatzkooperation ohne „Eingliederung“ des Händlers in das Absatzsystem des Herstellers, ohne Hauptpflicht des Händlers zur interessenwahrenden Absatzförderung analog § 86 HGB und insbesondere ohne Weisungsabhängigkeit des Händlers, bei denen beispielsweise eine analoge Anwendbarkeit des § 89 b HGB mangels Ähnlichkeit mit einem Handelsvertreterverhältnis rundweg ausscheiden muss. Lange Zeit lief das Vertriebsrecht Gefahr, ein Über-/Unterordnungsverhältnis 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 alledem keine Rede sein kann. Auf diese Weise drohte das Vertriebsrecht teilweise die Abhän-

gigkeit des Absatzmittlers erst herbeizureden und erst selbst die Probleme zu schaffen, zu deren Lösung es dann antrat.

4. Handelsgesteuerte Gruppenkooperation

Damit ist schon eine weitere Aufgabe des künftigen Vertriebsrechts angedeutet, nämlich eine stärkere Berücksichtigung solcher vertraglichen Vertriebssysteme, 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). 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 nur noch selten von einem „Großhändler“, häufiger von einer einzelhändlergetragenen „Systemzentrale“ geleitet werden und die unter eigener Handelsmarke und mit eigenem Sortiment in Konkurrenz zu herstellergeleiteten und herstellerteiligten Vertriebssystemen sowie zu den horizontalen Verbundgruppen des Handels stehen. 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 – als Fortsetzung der „freiwilligen Ketten“ in vertriebsvertraglicher statt gesellschaftsrechtlicher Form – ohne Weisungsberechtigung und autokratische Marketingführerschaft eines Großhändlers, statt dessen mit partnerschaftlicher Beteiligung der Absatzorgane an der Systemsteuerung und an der Entwicklung der Marketingkonzeption organisiert sein.

5. Dienstleistungsvertrieb

Eine weitere Zukunftsaufgabe des Vertriebsrechts ist die stärkere Hinwendung zu den vertraglichen Vertriebssystemen im Dienstleistungssektor. Das überkommene Vertriebsrecht beschränkt seinen Gesichtskreis immer noch tendenziell auf den Warenabsatz. Systeme des reinen Dienstleistungsvertriebs (Gastronomie, Hotellerie, Partnerschaftsvermittlung, Reinigungsbetriebe, Zeitarbeitsbüros, Sprach- oder Musikschulen, Schülerhilfen, juristische Repetitorien etc.) werden kaum als Gruppenkooperation selbständiger Dienstleistungsunternehmen zur Kenntnis genommen, sondern 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 Dienstleistungen kennt. In weiten Teilen des Dienstleistungssektors werden die Vertriebsformen des Warenabsatzes mit Zeitverzögerung imitiert 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, die sich durch die Digitalisierung des Marketings nur amplifizieren. Dies wird indes vom derzeit herrschenden Vertriebsrecht tendenziell nur am Rande (meist als atypische Erscheinungsform des Franchisings) zur Kenntnis genommen.

6. Intermediate Organizations

Zu weiteren Aufgaben des künftigen Vertriebsrechts und zur Programmatik der nächsten zehn Jahre Ihrer ZVertriebsR ließe sich lang und breit elaborieren: Dabei würden triviale Stichworte wie Globalisierung oder Europäisierung nicht ausgespart werden können. Wirklich spannend wird es aber im internationalen rechtswissenschaftlichen Dialog des modernen *law of distribution*. Hier kann man schon heute etwa von Vordenkern in den USA und übrigens auch in China lernen (und wird es bald lernen müssen), dass Vertriebsverträge bisweilen als rechtlich hybride Gebilde (*intermediate organizations*) zwischen vertragsgesteuertem Austausch am Markt und verbandlicher Organisation im Markt zu verstehen sind und deshalb das Konzept des vertikalen „Verbundes“ von bilateralen Absatzmittlungsverträgen eines Vertriebsvertragssystems um das Konzept eines horizontalen „Verbandes“ aller systemangehörigen Absatzmittler mit „ihrer“ Zentrale ergänzt gehört. Was uns hinter diesen, uns im alten Europa meist noch verschlossenen Türen des künftigen Vertriebsrechts erwartet, ist noch weithin ungewiss.

IV. Vom Ausblick zum Aufruf

An Aufgaben für die Weiterentwicklung des modernen Vertriebsrechts fehlt es also nicht. Und die ZVertriebsR will, kann und soll als Pionier dabei sein. Deshalb darf in diesem offenen Brief an die Leser und Autoren an den Ausblick ein *Aufruf* angeschlossen werden, der sich als Ermutigung und Ermunterung zur Mitwirkung und Mitgestaltung „durch aktives Tun“, d. h. durch eigene Beiträge versteht. Sie sollen nicht nur zur Rückkopplung mit ihrer ZVertriebsR, zum *Feed-back*, sondern zur *Interaktivität* auferufen werden. Die Einladung richtet sich an alle Vertriebsrechtler aus der Praxis und der Wissenschaft, aus der Anwaltschaft und den Unternehmen, aus den Gerichten und Verbänden, aus den Universitäten und Ministerien, die nicht nur zur Einsendung von Aufsatzmanuskripten und Gerichtsentscheidungen, sondern auch zur Meldung von Nachrichten und Berichten oder zu Veranstaltungs- und Literaturhinweisen ermuntert werden dürfen. Die Redaktion (ZVertriebsR@beck.de) ist für diese aktive Mitwirkung nicht nur dankbar, sondern davon in ihrer erfolgreichen Arbeit sogar abhängig, denn ein lebendiges Forum der aktuellen Information und Diskussion steht und fällt mit solchen Beiträgen aus allen möglichen Quellen vertriebsrechtlicher Praxis und Theorie. Nur so kann erreicht und gewährleistet werden, dass die ZVertriebsR ihrem hohen Anspruch an Aktualität weiterhin genügt. Die ZVertriebsR ist als praxisorientiertes Informations- und Diskussionsforum der Vertriebsrechtler auf partizipative Mitgestaltung des gegenwärtigen und künftigen vertriebsrechtlichen Geschehens angelegt. In diesem Sinne bejubeln wir die inzwischen zehnjährige ZVertriebsR mit zuversichtlichem Blick in die Zukunft und mit dem gratulierenden Ausruf: *ivat, crescat, floreat!* Und alle Leser und Autoren mögen mit und durch ihre ZVertriebsR leben, wachsen und gedeihen! ■