



Stellungnahme

Entwurf der Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung (Vertikal-GVO) und der Leitlinien zur Vertikal-GVO

Die Centralvereinigung Deutscher Wirtschaftsverbände für Handelsvermittlung und Vertrieb (CDH) e.V. vertritt als Spitzenverband die Interessen von rund 60.000 Handelsvertretungen in Deutschland, die als selbstständige Unternehmen Waren zwischen Unternehmen aus allen Wirtschaftsstufen, ausgenommen die Vermittlung an den Endverbraucher, vermitteln. Der Wert der von den Handelsvertretungen gegen Provision vermittelten Warenumsätze beläuft sich auf ca. 180 Mrd. Euro pro Jahr in Deutschland. Darüber hinaus hat die überwiegende Zahl der Handelsvertretungen eine Doppelfunktion inne; sie sind nicht nur als Vermittler sondern auch als Eigenhändler tätig.

Sowohl in ihrer Funktion als Vermittler als auch als Eigenhändler können Handelsvertreter von dem Verbot Art. 81 Abs. 1 EG und den in der Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung (Vertikal-GVO) mit ihren Leitlinien enthaltenen Regelungen betroffen sein.

VERTIKAL-GRUPPENFREISTELLUNGSVERORDNUNG

Art. 3 Vertikal-GVO Marktanteilsschwelle

Nach Art. 3 Vertikal-GVO der Entwurfsfassung ist eine Freistellung nach der Vertikal-GVO nur noch möglich, wenn keines der an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen einen Anteil von mehr als 30% an einem von einer vertikalen Vereinbarung betroffenen relevanten Markt hält.

Dies kann für Eigen- bzw. Vertragshändler in bestimmten Fallkonstellationen eine erhebliche Verschärfung zu der derzeit geltenden Fassung bedeuten. Bislang gilt für vertikale Vereinbarungen mit einer Alleinbelieferungsverpflichtung eine Freistellung nach der GVO, wenn der Anteil nur des Käufers an dem relevanten Markt, auf dem er die Vertragswaren oder –dienstleistungen einkauft, 30% nicht überschreitet. Diese Unterscheidung zwischen vertikalen Vereinbarungen mit Alleinbelieferungsverpflichtung und ohne eine solche wird in dem Entwurf zu Art. 3 GVO vollständig aufgehoben.

Die nunmehr erforderliche Einhaltung der Marktanteilsschwelle von 30% sowohl auf Lieferanten als auch auf Käuferseite würde Vereinbarungen zwischen Eigen- bzw. Vertragshändlern – die zwar selbst die Marktanteilsschwelle von 30% nicht erreichen – und großen ausländischen Unternehmen – die diese Marktanteilsschwelle erreichen – erheblich erschweren bis wirtschaftlich unmöglich machen. Die Folge wäre, dass sich die wirtschaftlich schwächere Vertragspartei mit den übernommenen Risiken durch entsprechende Vereinbarungen nicht mehr schützen kann. Dies gilt insbesondere für die Fälle der Markterschließung und Produktneueinführung auf dem einheimischen Markt (Käuferseite). Da es nicht mehr möglich ist, in diesen Vertriebsvereinbarungen, in denen regelmäßig eine Alleinbelieferungsverpflichtung vereinbart wird, einen Gebiets- und Kundenschutz aufzunehmen, durch die sich der Eigen- bzw. Vertragshändler in Anbetracht des übernommenen Risikos schützen kann, würde bezüglich neuer Produkte eine Markterschließung und Produkteinführung verhindert. Vertriebsunternehmen würden so erhebliche Marktchancen und ein beachtliches Wachstumspotential genommen.

Die Neufassung führt in diesen Situationen mithin zu nicht sachgerechten Ergebnissen. Aus Sicht der CDH sollte die derzeit geltende Regelung des Art. 3 Abs. 1 und 2 GVO beibehalten werden.

LEITLINIEN ZUR VERTIKAL-GVO

Nachfolgend soll nur auf die in Kapitel II. „Grundsätzlich nicht unter Art. 81 Abs. 1 fallende vertikale Vereinbarungen“ der Leitlinien zur Vertikal-GVO getroffene Regelung zu Handelsvertreterverträgen eingegangen werden.

Die CDH begrüßt die Neufassung der Leitlinien im Großen und Ganzen, da sie in Bezug auf Transparenz und Übersichtlichkeit eine erhebliche Verbesserung darstellt. Jedoch werden einzelne Regelungen kritisch betrachtet.

Neue Systematik des Kapitel II. 2. „Handelsvertreterverträge“

In der bis zum 31. Mai 2010 geltenden Fassung der Leitlinien zur Vertikal-GVO wird zwischen echten und unechten Handelsvertreterverträgen in Abs. 13 unterschieden. Echte fallen dabei nicht unter Art. 81 Abs. 1 EG, während unechte Handelsvertreterverträge darunter fallen und nur nach der Vertikal-GVO befreit sein können. Echte Handelsvertreterverträge liegen vor, wenn die wesentlichen Risiken für den zwischen dem Geschäftsherrn und dem Kunden zustande gekommenen Geschäftsabschluss beim Geschäftsherrn verbleiben. Anderenfalls liegt ein unechtes Handelsvertreterverhältnis vor. In Abs. 16 erfolgt die Aufzählung von typischen Risiken.

In dem vorliegenden Entwurf wird nicht mehr zwischen echten und unechten Handelsvertreterverträgen unterschieden. Es wird lediglich geregelt, dass Handelsvertreterverträge nicht in den Anwendungsbereich des Art. 81 Abs. 1 EG fallen. Die Herausnahme des Begriffs „unechter Handelsvertreter“ wird von der CDH begrüßt und überaus positiv bewertet, da hierdurch zu den traditionellen Begriffen zurückgefunden wird.

In einem ersten Abschnitt (Abs. 12 bis 17) wird der Handelsvertretervertrag zunächst definiert, danach wird geregelt, wann Art. 81 Abs. 1 EG auf Handelsvertreterverträge Anwendung findet und wann nicht (Abs. 18 bis 21). Nach letztgenannten Regeln wird der Handelsvertreter kartellrechtlich wie ein Eigenhändler behandelt und fällt damit unter Art. 81 Abs. 1 EG, wenn er weitergehendere Risiken übernimmt, als es seinem Status entspricht.

Konsequenzen aus der Rechtsprechung der Daimler Chrysler-Entscheidung des 1. EuG (Aktenzeichen C-217/05 vom 14. Dezember 2006)

In Abs. 14 ist nun noch ein drittes, an die Entscheidung des 1. EuG angelehntes Risiko aufgeführt, das für die Einstufung des Vertrags als Handelsvertretervertrag von Bedeutung ist. Dieses beschäftigt sich mit Risiken aus sonstigen Tätigkeiten wie etwa „after sales“, Reparaturserviceleistungen oder Tätigkeiten auf anderen relevanten Märkten, die zwar vom Auftraggeber verlangt, vom Handelsvertreter aber nicht im Namen des Auftraggeber durchgeführt werden. Es wird dabei differenziert, ob diese übernommene Tätigkeit für den Handelsvertreter unerlässlich ist, um den Vertrieb der Waren oder Dienstleistungen durchführen zu können, und damit kein Zusatzgeschäft vorliegt oder ob eben die Tätigkeit nicht unerlässlich ist und somit als Zusatzgeschäft anzusehen ist. Zum kartellrechtlichen Risiko werden sie somit, wenn die Zusatztätigkeiten für den Verkauf oder Ankauf der Vertragswaren oder Vertragsdienstleistungen im Namen des Auftraggebers unerlässlich sind.

Neuordnung der Kriterien in Abs. 16

In Abs. 16 wurden die aufgezählten Aspekte neu geordnet und den in Abs. 14 aufgezählten Risiken systematisch angepasst. Die Aspekte 1 bis 4 enthalten vertragspezifische Risiken, 5 und 6 geschäfts- bzw. marktspezifische Risiken und 7 und 8 das neu eingeführte dritte Risiko aus anderen Tätigkeiten.

Die so erlangte Strukturierung der Risiken wird von der CDH begrüßt, da sie die Transparenz und die bessere Verständlichkeit erhöht.

Abgrenzungskriterien in Abs. 16 sind nicht geeignet

Ausschlaggebender Faktor für die Abgrenzung derjenigen Vereinbarungen, die unter den Anwendungsbereich des Art. 81 Abs. 1 EG fallen, und denjenigen, die nicht darunter fallen, ist das finanzielle und geschäftliche Risiko des Handelsvertreters. Hierdurch soll der Handelsvertreter vom Eigenhändler abgegrenzt werden.

Hierzu finden sich wie auch schon in der bis zum 31. Mai 2010 geltenden Fassung der Leitlinien in Abs. 16 Abgrenzungskriterien. Diese setzen sich mit dem Inhalt von Handelsvertreterverträgen und insbesondere mit den Pflichten der Handelsvertreter auseinander. Zwar wurden die Kriterien in Abs. 16 neu geordnet. Diese sind jedoch mit Ausnahme der Spiegelstriche 7 und 8 des neuen Entwurfs inhaltlich identisch geblieben.

Wie schon in einer früheren Stellungnahme der CDH vom 22. November 1999 zu der derzeit geltenden Fassung der Leitlinien zur Vertikal-GVO herausgestellt, sieht die CDH die Abgrenzungskriterien auch heute nicht als geeignet an. Es drängt sich wie auch schon früher der Eindruck auf, dass diese Regelungen gerade nicht an der praktischen Tätigkeit des Handelsvertreters orientiert sind. Die Abgrenzungskriterien greifen stark in das traditionelle Beziehungsgeflecht zwischen Handelsvertretern und vertretenen Unternehmen ein und gefährden dadurch den Vertriebsweg über Handelsvertretungen.

Zu Spiegelstrich 1 (Beteiligung an Distributionskosten)

Ein Handelsvertretervertrag, der nicht von Art. 81 Abs. 1 EG erfasst wird, soll nur vorliegen, wenn sich der Handelsvertreter nicht an den Kosten – insbesondere den Transportkosten – beteiligt, die mit der Lieferung bzw. dem Erwerb von Waren oder Dienstleistungen verbunden sind. Erbringt der Handelsvertreter dennoch Transportleistungen, so liegt hiernach nur ein Handelsvertretervertrag vor, wenn diese Kosten vom vertretenen Unternehmen übernommen werden.

Problematisch ist in diesem Zusammenhang, dass Handelsvertreter an den beschriebenen Kosten mitunter auch indirekt durch die Minderung ihrer Provisionen beteiligt werden. Nach § 87b Abs. 2 S. 2 HGB können „Nebenkosten namentlich für Fracht, Verpackung, Zoll, Steuern“ die Basis zur Berechnung der Provision mindern, wenn „die Nebenkosten dem Dritten besonders in Rechnung gestellt (worden) sind.“ Liegt diese Voraussetzung vor, so wird der Handelsvertreter indirekt durch die Minderung der Basis zur Berechnung seines Provisionsanspruchs an den Kosten beteiligt, die mit der Lieferung bzw. dem Erwerb der Ware oder der Erbringung der Dienstleistung verbunden sind. Aus Sicht der CDH müsste daher klargestellt werden, dass eine derartige Beteiligung an diesen Kosten nicht gemeint sein kann.

Praxisnah ist Satz 2, wonach ein Handelsvertretervertrag auch dann vorliegt, wenn sich der Handelsvertreter an Distributionskosten beteiligt, sofern die Kosten hierfür von dem vertretenen Unternehmen übernommen werden. Allerdings ist fraglich, inwieweit die europäische Kommission bei ihrer zukünftigen Beurteilung berücksichtigen wird, dass derartige Kosten durch das vertretene Unternehmen nicht nur ausdrücklich, sondern häufig auch indirekt durch Zahlung einer höheren Provision ausgeglichen werden.

Spiegelstrich 1 schafft somit auch in diesem Bereich erhebliche Abgrenzungsprobleme und geht inhaltlich zu weit. Die Regelung ist aus Sicht der CDH dahingehend klarer zu fassen und zu präzisieren, dass die Fälle des § 87b Abs. 2 S. 2 HGB ausdrücklich ausgenommen werden und auch eine indirekte Beteiligung an den Distributionskosten nicht als schädlich angesehen wird.

Zu Spiegelstrich 2 (Übernahme des Lagerrisikos)

Ein Handelsvertretervertrag der nicht in den Anwendungsbereich des Art. 81 Abs. 1 EG fällt, soll auch zukünftig nur dann vorliegen, wenn der Handelsvertreter nicht auf eigene Kosten oder eigenes Risiko Vertragswaren lagert.

Zunächst ist herauszustellen, dass Handelsvertreter, um langfristig am Markt bestehen zu können, verstärkt Dienstleistungen anbieten müssen, die über die eigentliche Vermittlungstätigkeit hinausgehen. Hierzu zählt auch die Lagerhaltung. Aus den Statistiken der CDH geht hervor, dass 22,9% aller Handelsvertretungen ein Lager mit Waren führen, die im Eigentum des vertretenen Unternehmens stehen.

Für die Bereitstellung eines Lagers erhält der Handelsvertreter jedoch meistens eine Vergütung durch eine zusätzlich zur normalen Provision vom Unternehmer gezahlte „Lagerhaltungsprovision“. Somit fällt der Handelsvertretervertrag, der eine solche „Lagerhaltungsprovision“ enthält, bereits aus dem Anwendungsbereich des Art. 81 Abs. 1 EG heraus.

Den CDH-Statistiken ist jedoch auch zu entnehmen, dass 29% der Handelsvertretungen, die ein Lager unterhalten, keine bzw. keine kostendeckende

Vergütung hierfür erhalten. Um nicht weite Teile des Berufsstands Art. 81 Abs. 1 EG zu unterwerfen, sollte insoweit eine Einschränkung des Anwendungsbereichs vorgenommen werden.

In der Praxis nicht unüblich ist es, dass ein Handelsvertreter zwar kein gesamtes Lager unterhält, jedoch zu Vorführzwecken einzelne Produkte des Unternehmers einzeln oder zu mehreren in einem separaten Raum lagert (Handlager/Musterkollektion). Hierfür erhält er keine weitergehende Vergütung. Aus Sicht der CDH darf die Unterhaltung eines solchen Handlagers nicht unter Spiegelstrich 2 fallen. Der Handelsvertreter muss, um seinen Kunden die Produkte vorführen und somit seiner Verpflichtung zur Interessenwahrnehmung gegenüber dem Unternehmer nachkommen zu können, einen solchen Vorrat auf eigene Kosten anlegen.

Aus Sicht der CDH sollten in Spiegelstrich 2 Handlager/Musterkollektionen ausdrücklich ausgenommen werden. Weiterhin sollte Spiegelstrich 2 dahingehend ergänzt werden, dass der Handelsvertreter „nicht auf eigene Kosten oder eigenes Risiko *in nennenswertem Umfang* Vertragswaren lagert, ...“

Zu Spiegelstrich 3 und 4 (Haftung des Handelsvertreters)

Die in Spiegelstrich 3 und 4 normierte Haftung des Handelsvertreters ist lediglich eine Wiederholung einer gesetzlichen Haftung des Handelsvertreters bei schuldhaftem Verhalten. Aus Sicht der deutschen Gesetzeslage sind beide Spiegelstriche nicht erforderlich als Kriterium im Hinblick auf die Risikoabgrenzung.

In jedem Fall sollte in Spiegelstrich 4 jedoch aufgenommen werden, dass auch die Delkrederehaftung ausgenommen wird. Die nach dem Handelsvertreterrecht (§ 86b HGB) zulässige Übernahme des Delkredererisikos durch den Handelsvertreter gegen Zahlung einer entsprechenden Delkredereprovision darf kartellrechtlich nicht dazu führen, dass in solchen Fällen kein Handelsvertretervertrag im Sinne der Leitlinien vorliegt. Die Einschränkung könnte durch folgende Formulierung erfolgen: „ ... *mit Ausnahme von Delkredere-Bürgschaften*“.

Zu Spiegelstrich 5 (Beteiligung an Werbungskosten)

Ein Handelsvertretervertrag, der nicht vom Art. 81 Abs. 1 EG erfasst wird, soll nach Spiegelstrich 5 nur vorliegen, wenn der Handelsvertreter weder unmittelbar noch mittelbar verpflichtet ist, in Absatzförderungsmaßnahmen zu investieren und sich z.B. an den Werbeaufwendungen des Auftraggebers nicht beteiligt.

Laut CDH-Statistik führen 72,1% aller Handelsvertretungen Verkaufsförderungsmaßnahmen durch. Eine Kostenerstattung in vollem Umfang erhalten jedoch nur 15,4% dieser Handelsvertretungen.

Spiegelstrich 5 muss vor dem Hintergrund betrachtet werden, dass der Handelsvertreter, sofern er Werbemaßnahmen vornimmt, lediglich seiner vertraglichen Pflicht nachkommt, nämlich sich für den Vertrieb der „ihm anvertrauten Geschäfte (ein)zusetzen“, (vgl. Art. 3 Abs. 2a Handelsvertreterrichtlinie). Beide Parteien des Handelsvertretervertrags haben ein Interesse daran, die Waren zu verkaufen. Daher kommen Werbemaßnahmen des vertretenen Unternehmers auch dem Handelsvertreter zugute, wie auch Werbemaßnahmen des Handelsvertreters dem vertretenen Unternehmen dienen.

Da die Werbemaßnahmen des Unternehmers eben auch dem Handelsvertreter nutzen, ist es in vielen Branchen nicht unüblich, dass sich der Handelsvertreter an den Kosten von Verkaufsförderungsmaßnahmen des vertretenen Unternehmens im Rahmen seiner finanziellen Möglichkeiten beteiligt. Verstärkte Werbemaßnahmen tragen zu erhöhten Provisionseinnahmen des Handelsvertreters bei.

Zu diesem Zusammenhang ist seitens der CDH herauszustellen, dass der Handelsvertreter ein eigenes Unternehmen führt. Er muss für sein „Produkt“ – nämlich die Vermittlung von Verträgen – eigene Werbemaßnahmen durchführen, häufig verfügen Handelsvertretungen über einen eigenen Internetauftritt in dem natürlich auch Werbung für den Hersteller erfolgt. Da er diese Werbemaßnahmen für seine Vermittlungsleistungen betreibt, sind diese Aufwendungen gerade nicht der Sphäre des von ihm vertretenen Unternehmens zuzuordnen. Zwar wirbt er mittelbar mit dieser Werbung auch für das Produkt des von ihm vertretenen Unternehmens, dies erfolgt jedoch lediglich als denknotwendiger Reflex.

Zudem ist mit dem Merkmal „Beteiligung an Werbekosten“ keine saubere Grenzziehung möglich. Die Handelsvertreter, die Verkaufsförderungsmaßnahmen durchführen, können hierfür vom vertretenen Unternehmen ganz, nur teilweise oder gar nicht vergütet werden. Es fragt sich, was nun hierunter fallen soll.

Aufgrund der stark in den Status der Handelsvertreter eingreifenden Wirkung und der entstehenden erheblichen Abgrenzungsprobleme ist aus Sicht der CDH zumindest eine Präzisierung der Regelung dahingehend nötig, dass diese ausschließlich für auf den Auftraggeber zugeschnittene und verwendbare Werbemaßnahmen bezogen wird. Die CDH schlägt hier folgende Umformulierung des Spiegelstrichs 5 vor:

„- weder unmittelbar noch mittelbar verpflichtet ist, in *ausschließlich auf die Vertragswaren des Auftraggebers bezogene*, verkaufsfördernde Maßnahmen zu investieren und sich z.B. an den Werbeaufwendungen des Auftraggebers beteiligt und hierfür keinen Werbekostenzuschuss erhält;“ (Änderungen/Ergänzungen *kursiv*).

Zu Spiegelstrich 6 (Aufbau eines eigenen Verteilernetzes)

Die Regelung in Spiegelstrich 6, wonach ein Handelsvertretervertrag nur dann vorliegt, wenn der Handelsvertreter nicht in marktspezifische Ausrüstungen, Räumlichkeiten oder Mitarbeiterschulungen investiert, ist ebenfalls kritisch zu bewerten. Sie bedeutet einen erheblichen Eingriff in die unternehmerische Entscheidungsfreiheit des Handelsvertreters. Dem Handelsvertreter wird hierdurch der Aufbau eines eigenen Vertriebsnetzes erheblich erschwert, wenn nicht sogar unmöglich gemacht. Es sollte auch in Zukunft dem Handelsvertreter überlassen bleiben, wie er seinen Betrieb organisiert, welche Investitionen er tätigt und ob und wie viele Arbeitnehmer er anstellen bzw. Untervertreter er einsetzen will.

Hierdurch wird insbesondere die Arbeit von Generalvertretungen, mit denen die meisten ausländischen Unternehmen zusammenarbeiten, erheblich erschwert. Ohne den Aufbau eines eigenen Verteilernetzes ist es diesen Generalvertretern nicht möglich, ihren Vertragspflichten nachzukommen; insoweit kann sich diese Regelung durch die Erschwerung des Absatzes von Produkten sogar ihrerseits als wettbewerbsschädlich erweisen. Vor allem für KMU aus dem Ausland wird der Zugang zum deutschen Markt so erheblich erschwert.

Es sollte klargestellt werden, dass die Kommission Aufwendungen ins Visier genommen hat, die speziell auf den Vermittlungsauftrag zugeschnitten und nicht mehr anderweitig verwandt werden können. Die CDH schlägt daher folgende Umformulierung des Spiegelstrichs 6 vor:

„- nicht in marktspezifische, ausschließlich auf den Auftraggeber zugeschnittene und verwendbare Ausrüstungen, Räumlichkeiten und Mitarbeiterschulungen investiert, wie z.B. einen Kraftstofftank im Falle des Kraftstoffeinzelschadens oder spezielle Software für den Verkauf von Policen im Falle von Versicherungsvermittlern, es sei denn, ihm steht bei Vertragsende ein Ersatzanspruch für diese getätigten Investitionen zu;“

Zu Spiegelstrich 7 (Aufbau eines Servicedienstes)

Wir möchten hier zunächst auf zwei Ungenauigkeiten in der deutschen Fassung hinweisen, die den Bedeutungsgehalt verändern. Zum einen wurde der Begriff „unless“ bei der ersten Verwendung aus der englischen Fassung mit „oder“ übersetzt. Zutreffend wäre hier aber eine Übersetzung mit den Worten „es sei denn“. Zum anderen wurde „not indispensable“ lediglich mit „unerlässlich“ und nicht mit „nicht unerlässlich“ übersetzt.

In Spiegelstrich 7 wird aufgeführt, wann die Erbringung von Zusatzleistungen durch den Handelsvertreter den Handelsvertretervertrag in den Anwendungsbereich des Art. 81 Abs. 1 EG fallen lässt. Dies ist der Fall, wenn die Erbringung der Zusatzleistung nicht vom vertretenen Unternehmer vergütet wird bzw. wenn sie ein Zusatzgeschäft darstellt, welches nicht unerlässlich für den Handelsvertreter ist, um seinen Pflichten aus dem Handelsvertretervertrag nachkommen zu können.

Spiegelstrich 7 wurde also dahingehend erweitert, dass neben der Vergütung durch den vertretenen Unternehmer nun auch ausreichend für das Vorliegen eines Handelsvertretervertrags, der nicht unter Art. 81 Abs. 1 EG fällt, ist, dass die Erbringung von Zusatzleistungen eben ein Zusatzgeschäft darstellt, dieses also nicht unerlässlich (d.h. erlässlich = entbehrlich) zur Wahrnehmung der Pflichten aus dem Vertrag ist. Sobald kein Zusatzgeschäft vorliegt, die Dienstleistung also unerlässlich

ist zur Wahrnehmung der Pflichten aus dem Vertrag, findet auf diesen Vertrag Art. 81 Abs. 1 EG Anwendung.

Dieses Kriterium wurde der Daimler Chrysler-Entscheidung des 1. EuG (Aktenzeichen C-217/05 vom 14. Dezember 2006) entnommen. Hier stellte das 1. EuG fest, dass die Risiken, die der Handelsvertreter für After-Sales-Serviceleistungen trägt, bei der Würdigung der Risiken, die mit den Pflichten des Handelsvertreters aus dem Vertragsverhältnis mit dem Auftraggeber zusammenhängen grundsätzlich nicht ins Gewicht fallen. Diese sollen erst ins Gewicht fallen, wenn sie für die Erfüllung des Vertrags durch den Handelsvertreter unerlässlich sind, also eben kein Zusatzgeschäft mehr darstellen.

Spiegelstrich 7 wird von der CDH sehr kritisch gesehen. Es wird daher angeregt, die Formulierung „in vollem Umfang“ beim ersten Ausnahmetatbestand der Vergütung durch den Auftraggeber zu streichen. Hierdurch soll erreicht werden können, dass auch die Zahlung höherer Provisionen als die üblicherweise gezahlten als ausreichend angesehen werden können für die Annahme des Merkmals „vom Auftraggeber vergütet“. Ansonsten wären Auftraggeber und Handelsvertreter gezwungen, für jeden einzelnen Fall eine Rechnung stellen zu müssen; „in vollem Umfang“ impliziert ferner, dass die Vergütung genau erfolgen muss und nicht nur über eine Pauschale erfolgen kann.

Die Entwurfsfassung trägt damit in erheblichem Umfang dazu bei, den Vertriebsweg Handelsvertreter stark zu gefährden, da es für einen Auftraggeber unkomplizierter und kostengünstiger sein kann, den Vertrieb über eigene Mitarbeiter/Unternehmen durchzuführen. Als ausreichend zur Erfüllung dieses Ausnahmetatbestands muss die erhöhte Zahlung einer Provision oder einer Pauschale angesehen werden können.

Zu Spiegelstrich 8 (Tätigkeiten auf anderem relevanten Markt)

Ergänzend zu Spiegelstrich 7 führt Spiegelstrich 8 aus, dass ein Vertrag dann als Handelsvertretervertrag einzustufen ist und damit nicht unter Art. 81 Abs. 1 EG fällt, wenn der Handelsvertreter nicht auf einem anderen (sachlich relevanten) Markt tätig ist, sofern dies nicht unerlässlich ist, um seinen Verpflichtungen aus dem Vertrag nachkommen zu können.

Wird der Handelsvertreter also auf einem anderen sachlich relevanten Markt während seiner Tätigkeit aus dem hier in Frage stehenden Vertrag tätig, so fällt der Vertrag nur dann nicht unter Art. 81 Abs. 1 EG, wenn dieses Tätigwerden ein Zusatzgeschäft darstellt, also nicht unerlässlich (d.h. erlässlich = entbehrlich) ist zur Wahrnehmung der Pflichten aus dem Vertrag. Sobald kein Zusatzgeschäft mehr vorliegt, diese Tätigkeit also unerlässlich ist, fällt der Vertrag in den Anwendungsbereich des Art. 81 Abs. 1 EG.

Hier ist schon nicht ersichtlich, warum nicht – wie in Spiegelstrich 7 – ein Ausnahmetatbestand bezüglich der Vergütung durch den Auftraggeber angeführt wird, sondern nur die Ausnahme, dass dieses Tätigwerden entbehrlich zur Wahrnehmung der Pflichten aus dem Vertrag ist.

Spiegelstrich 8 ist aus Sicht der CDH entweder ganz zu streichen oder es ist zumindest der Ausnahmetatbestand der Vergütung durch den Auftraggeber einzufügen. Würde dieser Spiegelstrich unverändert Geltung erlangen, so wäre der Vertriebsweg Handelsvertreter stark gefährdet. Dies ist vor allem dann ersichtlich, wenn ein Handelsvertreter einen Konzern mit mehreren verschiedenen Produktparten vertritt. Würde hier die Vertretung mehrerer oder aller Produktparten innerhalb eines Vertrags vereinbart werden, so wäre dieser Vertrag nach Spiegelstrich 8 nicht mehr als Handelsvertretervertrag zu qualifizieren. Der Handelsvertreter wäre auf mehreren (sachlich relevanten) Märkten innerhalb seiner Tätigkeit aus dem in Frage stehenden Vertragsverhältnis tätig und dies würde für ihn auch kein Zusatzgeschäft darstellen, da er dazu nach dem Vertrag mit dem Auftraggeber verpflichtet wäre. Einzige Möglichkeit wäre hier, für jede Produktparte einen einzelnen Vertrag über die Vertretung abzuschließen oder eben nur für eine Produktparte die Vertretung zu übernehmen.

Ein weiteres Problem ergibt sich hier daraus, dass Handelsvertreter, die bspw. die Lieferung von Fenstern oder Türen vermittelt, meist nach Abschluss des vermittelten Liefervertrags auch für die genaue Vermessung (sog. Aufmaß) und gegebenenfalls auch für den Einbau des bestellten Produkts verantwortlich sind. Regelmäßig werden für diese Tätigkeiten jedoch keine gesonderten Vergütungen geleistet, sondern es

wird eine höhere (als die übliche ohne Erbringung derartiger Dienstleistungen) Provision gezahlt.

Die CDH schlägt hier folgende Formulierung vor: *„nicht auf anderen (sachlich relevanten) Märkten tätig ist, es sei denn, der Auftraggeber übernimmt hierfür zumindest mittelbar die Kosten (z.B. durch die Zahlung einer höheren Provision als die übliche), bzw. diese Tätigkeit auf einem anderen Markt ist nicht unerlässlich, um die Vertragswaren oder -dienstleistungen im Namen des Auftraggebers ankaufen oder verkaufen zu können oder sie steht in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der Vermittlungsleistung und der Auftraggeber vergütet diese Tätigkeit zusätzlich (z.B. durch eine höhere als die üblicherweise bei derartigen Vermittlungsleistungen gezahlte Provision).*

Änderung Abs. 17

Kritisch zu beurteilen ist auch die Änderung in Abs. 17. In der bis zum 31. Mai 2010 geltenden Fassung regelt Abs. 17, dass die Aufzählung der in Abs. 16 genannten Risiken nicht erschöpfend ist und dass Art. 81 Abs. 1 EG wie bei jeder anderen vertikalen Vereinbarung möglicherweise anwendbar ist, wenn der Handelsvertreter eines oder mehrere der genannten Risiken oder einen Teil oder mehrere der genannten Kosten trägt.

Mit dem vorliegenden Entwurf wird Abs. 17 erheblich verschärft. Dieser regelt weiterhin, dass die Aufzählung der in Abs. 16 genannten Aspekte nicht erschöpfend sei. Trage jedoch der Handelsvertreter eines oder mehrere der genannten Risiken, so sei der Vertrag nicht mehr als Handelsvertretervertrag zu qualifizieren und damit nicht mehr von Art. 81 Abs. 1 EG ausgenommen. Dies ist im Gegensatz zur jetzt geltenden Fassung eine erhebliche Verschärfung des Wortlauts. Art. 81 Abs. 1 EG ist bei Vorliegen eines der genannten Risiken zwingend anwendbar und nicht nur lediglich möglicherweise wie bei jeder anderen vertikalen Vereinbarung.

Bei der Beurteilung der in Abs. 16 aufgeführten Risiken gibt Abs. 17 dann wohl eine gewisse Prüfungsreihenfolge und auch Gewichtung der Aspekte vor. Zunächst sollen die Aspekte zu den vertraglichen Risiken zu prüfen sein. Hat der Handelsvertreter

solche übernommen, so sei bereits dies ausreichend, um den Handelsvertreter als Eigenhändler zu qualifizieren. Erst wenn diese Aspekte zu verneinen sind, sei auf die Aspekte der geschäfts- bzw. marktspezifischen Risiken einzugehen. Auf die Aspekte der anderweitigen Tätigkeiten sei dann erst bei der Verneinung der Übernahme von vertrags- und geschäfts- bzw. marktspezifischen Risiken einzugehen.

Auch für die unterschiedlichen Kategorien der Risiken (vertraglich, geschäftlich und sonstige Tätigkeiten) soll eine Gewichtung gelten. Nur wenn vertragliche Risiken nicht vorliegen, soll auf die marktspezifischen Risiken eingegangen werden. Nur wenn vertragliche und auch marktspezifische Risiken nicht vorliegen, soll auf Risiken aus anderen Tätigkeiten eingegangen werden. Angesichts der Stufigkeit ist zu hinterfragen, ob nun die Übernahme eines einzigen vertraglichen Risikos ausreichend ist – nach dem Wortlaut des Abs. 17 wohl ja, der in Satz 2 von der Übernahme eines Risiko spricht und dann im weiteren die Prüfungsreihenfolge vorgibt –, um den Handelsvertreter kartellrechtlich als Eigenhändler zu qualifizieren, und ob es nicht mehr darauf ankommt, dass eben gerade keine anderen Risiken im geschäfts- bzw. marktspezifischen Bereich oder aus sonstige Tätigkeiten übernommen werden.

Somit könnte alleine die Einrichtung und Unterhaltung eines Lagers durch den Handelsvertreter diesen als Eigenhändler qualifizieren. Dies erscheint äußerst bedenklich, zumal ein Großteil der Handelsvertreter ein solches Lager unterhält.

Aus diesen Gründen ist aus Sicht der CDH eine Änderung zwingend erforderlich. Diese Prüfungsreihenfolge und Abstufung darf nicht zwingend ausgestaltet sein, sondern es müssen in bestimmten Fällen Ausnahmen zugelassen werden, damit die Regelung insgesamt flexibler und marktgerechter wird. Klargestellt werden sollte ferner, dass durch das Fehlen von in den Leitlinien aufgezählten geschäftsspezifischen oder sonstigen Risiken ein übernommenes vertragliches Risiko wieder ausgeglichen werden kann. Ansonsten könnte schon alleine z.B. die Unterhaltung eines Lagers (auch nur in geringem Umfang) die kartellrechtliche Freistellung eines Handelsvertretervertrags beseitigen, ohne dass berücksichtigt werden kann, dass eben andere oder sogar alle weiteren Risiken gerade nicht übernommen werden.

Die CDH sieht durch die beabsichtigte Neufassung der Leitlinien zur Vertikal-GVO erhebliche Gefahren auf den Berufsstand der Handelsvertreter zukommen, die extremstensfalls zur vollständigen Eliminierung dieses Vertriebswegs führen kann, da er an Attraktivität erheblich einbüßen würde und im Verhältnis zu anderen Vertriebswegen (z.B. den angestellten Reisenden) nicht mehr konkurrenzfähig wäre. Auch im Interesse der Rechtssicherheit fordert die CDH eine für Handelsvertretungen sachgerechtere Lösung insbesondere im Hinblick auf die in Abs. 16 aufgezählten Risiken. Diese müssen an die tatsächlichen Gegebenheiten angepasst werden.

Berlin, den 7. September 2009

Centralvereinigung
Deutscher Wirtschaftsverbände für
Handelsvermittlung und Vertrieb

gez. H.H. Pfeil
Stv. Hauptgeschäftsführer

gez. Indra Eberhardt
Internationale Abteilung

Centralvereinigung Deutscher Wirtschaftsverbände
für Handelsvermittlung und Vertrieb (CDH)
Postanschrift: 10873 Berlin · Verbändehaus: Am Weidendamm 1 A · 10117 Berlin
Telefon: (030) 7 26 25 600 · Telefax: (030) 7 26 25 699
E-Mail: centralvereinigung@cdh.de · www.cdh.de