

PRAXISLEITFADEN

VERTRIEBSSYSTEME UND KARTELLRECHT



INHALT

Seite 2

Handelsvertreter
Handelsvertreterausgleich

Seite 3

Händlersysteme
Kommissionäre
Franchise
Kartellrecht
Gruppenfreistellung

Seite 4

Niederlassung
Arbeitnehmer
Versand, Internet

Einleitung

Vertrieb kann **unmittelbar** (etwa durch den Außendienst, das Telefon oder Internet) erfolgen. Gängig sind auch **mittelbare Vertriebssysteme** über Handelsvertreter, Vertragshändler, Kommissionäre oder Franchisenetze. Die einzelnen Vertriebsformen haben strategisch, betriebswirtschaftlich und auch juristisch Vor- und Nachteile, die sich aus den jeweiligen Charakteristika des gewählten Systems ergeben.

Zu beachten sind neben dem Thema effektiver Vertriebssteuerung vor allem Kosten- und Kalkulationsaspekte. Zu berücksichtigen sind letztlich auch die juristischen Konsequenzen, die dem jeweiligen System innewohnen.

Der Vertrieb über den angestellten **Außendienst** lässt eine sehr direkte Einflussnahme auf die Mitarbeiter zu, bedeutet aber auch – als Nachteil – regelmäßig hohe Personalkosten, die gegenüber dem Vorteil einfacher Margenkalkulation abgewogen werden müssen. Der Einsatz von freien **Handelsvertretern** bietet die Möglichkeit erfolgsorientierter Vergütung, hat aber auch den Nachteil, dass aufgrund einer EU-Richtlinie in allen Mitgliedsstaaten Gesetze zum Schutz des Handelsvertreters beachtet werden müssen – man denke nur an den „berühmten“ zwingenden Handelsvertreterausgleichsanspruch am Ende der Vertragsbeziehung.

Händlersysteme (ein Händler kauft und verkauft die Produkte) müssen nicht so weitgehende Regelungen zum Schutz des Händlers berücksichtigen, wie das bei Handelsvertretern der Fall ist. Allerdings wohnen Händlersystemen geringere Margen inne, auch wenn die Absatzrisiken weitergehend auf Händler übertragen werden können. Wesentlich zu berücksichtigen ist allerdings das **EU-Kartellrecht**, wonach vertriebstypische Bestimmungen wie Gebietsbeschränkungen, Exklusivitäten, Wettbewerbsverbote, etc. engen Wirksamkeitsvoraussetzungen unterliegen – von Preisvorgaben ganz zu schweigen.

Kommissionssysteme stehen in der Mitte zwischen Handelsvertreter- und Händlermodellen; der Kommissionär verkauft im eigenen Namen, aber auf fremde Rechnung.

Franchisesysteme verlangen die Zurverfügungstellung von Schutzrechten (Marken, o.ä.) und ein entsprechendes System-Know-how, das an den Franchisenehmer gegen Lizenzgebühren (*royalties*) überlassen wird.

Dieser Leitfaden soll Ihnen grundsätzliche Zusammenhänge erläutern und praktische Hinweise geben.

JUV 2007
AWARDS

KANZLEI DES JAHRES
FÜR VERTRIEBSSYSTEME



HANDELSVERTRETER

Der Handelsvertreter **vermittelt** Geschäfte für den Geschäftsherrn (*Prinzipal*) und kann dabei Abschlussvollmacht haben oder nicht.

Auf Basis einer **EU-Richtlinie** (aus dem Jahr 1986) ist das Handelsvertreterrecht in allen Mitgliedstaaten zum Schutze der dort tätigen Handelsvertreter weitgehend vereinheitlicht. Es kann auch nicht durch die Wahl eines Nicht-EU-Rechts umgangen werden (dies hat der Europäische Gerichtshof im Jahr 2000 mit Blick auf kalifornisches Recht festgestellt – sog. *Ingmar Entscheidung*; das OLG München hat ferner in einem ähnlichen Fall 2006 entschieden, dass Schiedsgerichtsvereinbarungen unwirksam sind, wenn dadurch droht, dass europäisches Recht nicht beachtet wird).

Typische **zwingende Regelungen** zu Gunsten des Handelsvertreters sind z.B.:

- der Ausgleichsanspruch (siehe dazu unten),
- die Bestimmung, dass der Han-

delsvertreter auch dann Provision bekommt, wenn das vermittelte Geschäft aus vom Prinzipal zu vertretenden Gründen nicht durchgeführt wird,

- der Anspruch auf Provisionsvorschuss, wenn der Prinzipal das Geschäft ausgeführt hat,
- Abrechnungszeiträume von max. drei Monaten,
- Recht auf Auskunft und Buchauszug sowie Bucheinsicht,
- Mindestkündigungsfristen (die je nach Vertragsdauer von einem bis zu sechs Monaten betragen), etc.

Ausnahmen von den zwingenden Vorschriften sind aber – auch bei der Wahl deutschen Rechts – möglich, wenn der Handelsvertreter außerhalb der EU und des EWR tätig ist.

Aufgrund **gegenseitiger Loyalitätspflichten** ist der Handelsvertreter daran gehindert, Wettbewerbsprodukte zu vertreiben. Zudem besteht die Möglichkeit, dem Vertreter sehr genaue Vorgaben zum Tätigkeitsgebiet, den Verkaufskonditionen und -preisen etc. zu machen, weil er als Vermittler ohnehin mehr im Lager des Prinzipals

steht als bspw. ein Händler. Es ist dafür aber genau darauf zu achten, dass der Handelsvertreter keine untypischen Risiken übernehmen muss, weil sonst ein sog. *unechtes Handelsvertreterverhältnis* vorliegt. Auf ein echtes Handelsvertreterverhältnis kommt das Kartellrecht (zum Schutz des freien Wettbewerbs – siehe dazu sogleich) nicht zur Anwendung; auf unechte Handelsvertreterverhältnisse jedoch schon.

Als Vorteil eines Handelsvertreter-systems ist zu sehen, dass Provisionen an sich nur im Erfolgsfall zu zahlen sind, automatisch direkter Kundenkontakt besteht und der Handelsvertreter sehr genau und exakt über den Markt berichten muss. Zwar kann man auch einem Händler entsprechende Vorgaben machen – dann aber ist auch diesem regelmäßig ein Ausgleich (in analoger Anwendung des Handelsvertreterrechts – siehe unten) zu bezahlen.

Das Absatzrisiko gegenüber den Endkunden liegt allerdings direkt beim Prinzipal. ■

Handelsvertreterausgleich (und seine Analogie für Händler)

Der zwingende Handelsvertreterausgleich (z.B. § 89b HGB) fällt an, wenn dem Handelsvertreter gekündigt wird, sofern er die Kündigung nicht durch Fehlverhalten veranlasst hat; er fällt auch an, wenn der Handelsvertreter aus Gründen kündigt, die der Prinzipal zu vertreten hat und auch dann, wenn der Vertrag aufgrund einer Befristung oder aus Altersgründen oder durch einvernehmliche Regelung endet.

Die Berechnung des Handelsvertreterausgleichs erfolgt in den EU-Staaten unterschiedlich. In Deutschland hat sie durch die Rechtsprechung sehr klare Konturen erhalten. Im Grunde wird auf Basis der bisherigen Tätigkeit (berücksichtigt werden die vom Handelsvertreter geworbenen Stammkunden) ermittelt, welche Provisionen der **Handelsvertreter** verdienen könnte, wenn das Vertragsverhältnis fortgesetzt würde. Diese Prognose kann z.B. fünf Jahre in die Zukunft gehen, wobei jedes Jahr eine gewisse Abwanderungsquote angenommen wird. Am Ende werden sämtliche erzielbaren Provisionen während der Prognosedauer addiert und um Sondereffekte bereinigt (sog. Billigkeitsabzug). Höchstens (insofern gibt es eine Kappungsgrenze) umfasst der Handelsvertreterausgleich aber die durchschnittliche Jahresprovision, die der Vertreter während der letzten fünf Vertragsjahre erzielt hat. Das kann dennoch sehr viel Geld sein.

Die deutsche Rechtsprechung hat bei Vorliegen gewisser Voraussetzungen auch für den **Händler** in analoger Anwendung des Handelsvertreterrechts einen Ausgleichsanspruch entwickelt. Voraussetzung dafür ist, dass der Händler zum einen in die Absatzorganisation des Lieferanten eingebunden ist und darüber hinaus während oder am Ende der Zusammenarbeit die Kundendaten an den Lieferanten übermitteln muss. Ansatzpunkt ist dabei der Rohertrag des Händlers, d.h. Verkaufspreis minus Einkaufspreis, bereinigt um etwa 5-20% nicht vertretertypische Vergütung. Diese Rechtsprechung ist international „gefürchtet“, setzt sich jedoch zum Teil auch in anderen Ländern innerhalb oder außerhalb der EU durch (bspw. zuletzt auch in der Schweiz). Nur ganz vereinzelt gibt es nationale Regelungen, die einem Händler durch Gesetz bereits einen Ausgleichsanspruch zusprechen (so z.B. in Belgien und in Ländern Südamerikas). Details sollten in jedem Fall geprüft werden.

Zu beachten ist, dass nach deutschem Recht ein **Verzicht** auf Handelsvertreterausgleich (etwa als Vergleichslösung in einer Aufhebungsvereinbarung) nur wirksam ist, wenn wenigstens gleichzeitig auch die Zusammenarbeit endet.



HÄNDLERSYSTEME

Händler kaufen und verkaufen Produkte. Sie tragen damit selbst Absatzrisiken und erwarten Gewinnmargen.

Händlerrecht ist in den meisten EU-Mitgliedsstaaten gesetzlich nicht geregelt – es gibt jedoch (vor allem in Deutschland) umfangreiche **Rechtssprechung**, die sich bisweilen am Handelsvertreterrecht orientiert (siehe bspw. oben zum Ausgleichsanspruch). Nach der deutschen Rechtsprechung gibt es eine Reihe von zu beachtenden Händlerrechten. Bspw. ist der Händler berechtigt, das Lager (falls er eines unterhalten musste) am Ende der Zusammenarbeit zurückzugeben; Details sind zu prüfen.

Maßgeblich beeinflusst ist das Händlerrecht durch das europäische **Kartellrecht** oder das deutsche Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Da der Händler als freier Unternehmer im Markt agiert, kann er nur im Rahmen des Kartellrechts in seiner Freiheit beschränkt werden (dazu unten). ■

KOMMISSIONÄRE

Kommissionäre verkaufen an ihre Kunden im eigenen Namen aber auf Rechnung des Lieferanten (Kommittenten). Wirtschaftlich wie juristisch stehen sie also **zwischen Handelsvertreter- und Händlermodellen**. Regelmäßig haben Kommissionäre ein Warenlager (*Konsignationslager*), das im Eigentum des Kommittenten steht und aus dem sie Waren entnehmen und veräußern können (dies begründet meist steuerrechtlich eine **Betriebsstätte** im Ausland).

Kommissionssysteme haben in jüngerer Vergangenheit wachsende Beliebtheit gefunden. Der Kommissionär hat kein Absatzrisiko, weshalb bspw. große Flächenvermarkter gerne Kommissionärsware veräußern bzw. Laden- und Regalflächen mehr oder weniger vermieten. Auf der anderen Seite gibt das Kommissionsystem die Möglichkeit, auf den Kommissionär ohne die strengen Vorgaben des Kartellrechts einzuwirken, ohne Handelsvertreterssysteme begründen zu müssen. Die Ausges-

taltung eines Kommissionsmodells muss dafür aber gut durchdacht sein – der Kommissionär darf kein Absatzrisiko übernehmen. ■

FRANCHISE

Der Franchisenehmer kauft und verkauft im eigenen Namen. Er muss an den Franchisegeber Lizenzgebühren (*royalties*) bezahlen, weil er vom Franchisegeber Rechte (Corporate Identity, Corporate Design, etc.) sowie besonderes **Betriebsführungs-Know-how** zur Verfügung gestellt bekommt.

Ein immer wiederkehrendes Thema ist dabei, dass der Franchisenehmer zu Beginn der Zusammenarbeit über die Chancen und Risiken der Betriebsführung ehrlich aufgeklärt wird.

Teilweise sind Franchisesysteme im engeren Sinn nicht gegeben, obwohl sie so heißen (etwa weil das Know how, CI etc. nicht ausreichend groß sind, um als Franchise zu gelten). Dann besteht das Problem, dass Regelungen und Wertungen (wie etwa im Kartellrecht) nicht greifen, weil nur ein Schein-Franchisesystem gegeben ist. Das kann sehr nachteilige Folgen haben. ■

KARTELLRECHT

Dem Schutz des freien Wettbewerbs dient das deutsche Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), das sich weitgehend an das EU-Kartellrecht (Art. 101 AEUV) anlehnt hat. Im Grundsatz sind danach sämtliche Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen verboten, die eine Einschränkung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken.

Eine **Einschränkung des Wettbewerbs** ist immer dann gegeben, wenn ein an sich freier Akteur in seiner Freiheit, wie er auf dem Markt agieren will, eingeschränkt ist.

Es gibt dabei typische **Kernbeschränkungen** (*Hardcore Restrictions*), die unabhängig von den Marktanteilen der Akteure verboten sind und auch nicht vom Kartellverbot freigestellt werden können. Solche Kernbeschränkungen sind z.B. Preisvorgaben (den Verkaufspreis des Wiederverkäufers betreffend), Beschrän-

kungen der Tätigkeit gegenüber bestimmten Kundengruppen oder in bestimmten Gebieten (sofern nicht zwischen aktivem und passivem Wettbewerb unterschieden wird). Weitere Kernbeschränkungen sind insbesondere in selektiven Vertriebssystemen zu beachten.

Liegen keine Kernbeschränkungen vor, so können Wettbewerbsbeschränkungen unterhalb der sog. **Spürbarkeitsschwelle** freigestellt sein. Die Spürbarkeitsschwelle liegt im Bereich des Vertriebs (d.h. bei Vereinbarungen zwischen vor- und nachgelagerten Marktstufen) bei Marktanteilen von idR 15%. Werden diese Marktanteile überschritten, so kann eine Freistellung nach den europäischen sog. **Gruppenfreistellungsverordnungen** in Betracht kommen. Auch nach den Gruppenfreistellungsverordnungen aber sind nur Beschränkungen denkbar, wenn der Marktanteil des Lieferanten keine 30% auf dem relevanten Markt überschreitet.

Die **Gruppenfreistellung** erfordert dabei das Einhalten weiterer Kriterien (z.B. Unterscheidung zwischen aktivem und passivem Wettbewerb bei Gebietsbeschränkungen, Maximaldauer für Wettbewerbsverbote u.ä.). Einzelfragen sind genau zu prüfen.

Außerhalb der EU ist zudem nationales Kartellrecht, das den nationalen Markt schützt, zu beachten. ■

Gruppenfreistellung aktuell

Die für den Vertrieb bedeutsamen europäischen Gruppenfreistellungsverordnungen (GVOen) sind die **Vertikal-GVO** (330/2010) und die **Kfz-GVO** (461/2010), die die bisherige Regelung bis Mai 2013 verlängert, danach gilt auch für den Kraftfahrzeugmarkt die Vertikal-GVO mit Besonderheiten für den Reparaturmarkt. Dies sollte berücksichtigt werden.



NIEDERLASSUNG

Der Vertrieb über eine Niederlassung oder eine eigene Gesellschaft im Ausland hat vor allem **gesellschaftsrechtliche** und **steuerrechtliche** Implikationen.

Durch die Präsenz am Markt ist der direkte Marktzugang sichergestellt, die Rechtsbeziehungen zwischen der Niederlassung oder Auslandsgesellschaft und den Kunden richten sich naturgemäß nach dem nationalen Recht des betreffenden Landes. ■

ARBEITNEHMER

Vertrieb über Arbeitnehmer (Reisende) hat den Vorteil sehr direkter Einflussnahme auf den Mitarbeiter und betriebswirtschaftlich den Nachteil, dass regelmäßig hohe Kosten entstehen.

Ein Arbeitnehmer im Ausland kann sich ferner auf den **Arbeitnehmerschutz** seines Landesrechts bzw. des Landes in dem er tätig ist, berufen. ■

VERSAND, INTERNET

Eine weitere Möglichkeit des internationalen Geschäftsverkehrs ist im Absatz direkt über den Versandhandel und vor allem das Internet zu sehen.

Hierbei ist zu beachten, dass innerhalb der EU mit der **Fernabsatzrichtlinie** von 1997 sowie der **E-Commerce-Richtlinie** von 2000 weitgehende Rechte zum Schutz des Verbrauchers eingeführt wurden.

Gegenstand dieser Regelungen sind eine Reihe von **Informationspflichten**, Vorgaben an die technische **Ausgestaltung der Webshops** sowie – insbesondere – das Erfordernis, dem Verbraucher die Möglichkeit des **Widerrufs** einzuräumen. Insbesondere die zuletzt genannte Verpflichtung hat in der jüngeren Vergangenheit wiederholt zu Rechtsunsicherheit geführt. Die bspw. von der Bundesregierung selbst herausgegebene *Musterwiderrufsbelehrung* ist von deutschen Gerichten wiederholt für unwirksam erachtet worden und wurde mehrfach nachgebessert. Ab 2014 soll es europaweite Vorgaben dazu geben.

International ist zu beachten, dass nach dem europäischen Recht sich jeder Verbraucher auf sein Landesrecht berufen kann, wenn er in seinem Land auf ein entsprechendes Angebot hin den Vertrag geschlossen hat. Fraglich ist allerdings, ob es in anderen Ländern noch strengere Regelungen zum Schutz des Verbrauchers gibt, als dies in Deutschland der Fall ist.

Diese Frage stellt sich generell im Hinblick auf das deutsche Recht, das dem Verbraucherschutz ganz besondere Bedeutung zuteil werden lässt. Die Gewährleistungsrechte des deutschen Kaufrechts sind sehr weitgehend; die Haftung des deutschen Verkäufers ist praktisch kaum beschränkbar und die Verbraucherrückgriffsregelungen innerhalb der Lieferkette dürften einzigartig sein. Auch aus diesem Grund wird im internationalen Geschäftsverkehr zu überlegen sein, ob bzw. inwiefern das deutsche Recht gewählt und/oder im Vertrag modifiziert werden sollte. ■

Ihre Ansprechpartner für Handels- und Vertriebsrecht in München



■ **Dr. Martin Rothermel**
Tel. +49 (0) 89 21038 176
Fax. +49 (0) 89 21038 300
m.rothermel@taylorwessing.com



■ **Dr. Benedikt Rohrßen**
Tel. +49 (0) 89 21038 176
Fax. +49 (0) 89 21038 300
b.rohrssen@taylorwessing.com



■ **Michael Kieffer**
Tel. +49 (0) 89 21038 176
Fax. +49 (0) 89 21038 300
m.kieffer@taylorwessing.com

Impressum:

Taylor Wessing
Isartorplatz 8, 80331 München
Tel. +49 (0) 89 21038 -0 Fax +49 (0) 89 21038-300

DIESER LEITFADEN ENTHÄLT NUR EINE AUSWAHL VON RELEVANTEN INFORMATIONEN ZUM THEMA UND ERSETZT NICHT DIE BERATUNG IM EINZELFALL. FÜR DIE VOLLSTÄNDIGKEIT UND RICHTIGKEIT DER IN DIESEM LEITFADEN ENTHALTENEN INFORMATIONEN WIRD KEINE HAFTUNG ÜBERNOMMEN.

TaylorWessing

Partnerschaftsgesellschaft von Rechtsanwälten Steuerberatern, Solicitors und Avocats à la Cour, Sitz Düsseldorf, AG Essen, PR 1530

Beijing Berlin Bratislava Brunn Brüssel Budapest Cambridge Dubai Düsseldorf Frankfurt Hamburg Kiew Klagenfurt London München Paris Prag Shanghai Singapur Warschau Wien

www.taylorwessing.com