

Stellungnahme

zum Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen

Die CDH vertritt als Spitzenverband die Interessen der Handelsvermittlungsbetriebe und Vertriebsunternehmen im Business-to-Business-Bereich, darunter ca. 60.000 Handelsvertreter- und Handelsmaklerbetriebe aller Branchen. Der Wert der von den Handelsvertretungen gegen Provision vermittelten Warenumsätze beläuft sich auf ca. 178 Mrd. € pro Jahr in Deutschland. Darüber hinaus hat die überwiegende Zahl der Handelsvertretungen zunehmend eine Doppelfunktion inne. Sie sind nicht nur als Vermittler, sondern auch als Eigenhändler tätig. Sowohl in ihrer Funktion als Vermittler, als auch in derjenigen als Eigenhändler, können Handelsvertreter von der Angleichung des deutschen an das europäische Kartellrecht betroffen sein.

Im Hinblick auf die Anforderungen an einen integrierten Binnenmarkt sind einheitliche Regelungen im europäischen Wettbewerbsrecht aus Sicht der CDH grundsätzlich zu begrüßen. Dabei sollte die weitgehende Übertragung der europäischen Kartellrechtssystematik in das deutsche Recht eine an gleichen Maßstäben vorzunehmende Beurteilung von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen auch mit rein nationaler Auswirkung ermöglichen.

Denn keinesfalls darf die Übertragung der europäischen Systematik für kleinere und mittlere Unternehmen, die lediglich lokale und regionale Sachverhalte als Marktpartner miteinander gestalten, zu einer erheblichen Verschärfung des Wettbewerbsrechtes führen, zumal eine Ungleichbehandlung der kleinen und mittleren Unternehmen, die allein dem deutschen Recht unterliegen, vom Gesetzgeber durch die 7. GWB Novelle gerade beseitigt werden sollte.

Da dem Eingreifen des europäischen Kartellverbotes bislang die Prüfung einer Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels vorgeschaltet war, gewinnt bei der Übertragung dieser Kartellrechtssystematik auf rein lokal bzw. regional wirkende Vereinbarungen, das Kriterium der fehlenden Spürbarkeit einer Wettbewerbsbeschränkung mit der hierzu von der

Kommission erlassenen sog. Bagatellbekanntmachung (Abl. 2001 / Nr. C 368 / 07) für Handelsvertreter- und Vertragshändlerverträge erheblich an Bedeutung.

Die Systemangleichung hat damit ebenfalls zur Folge, dass die Gruppenfreistellungsverordnung GVO 2790/1999 (VERTIKAL-GVO) nebst den sie erläuternden Leitlinien auf nationaler Ebene Anwendung finden – ungeachtet der bestehenden Uneinigkeit, welchen Rechtscharakter diese nach der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 vom 16. Dezember 2002 haben. Angesichts der auf europäischer Ebene gesammelten negativen Erfahrungen beim Inkrafttreten dieser Gruppenfreistellungsverordnung nebst Leitlinien auf Handelsvertreter- und Vertragshändlerverhältnisse nimmt die CDH ausschließlich zu diesem Punkt Stellung. Die Schwierigkeit einer Marktanteilsberechnung mit dem damit einhergehenden Problem der Bestimmung des hierfür relevanten Marktes und der im Wege der Selbsteinschätzung durch die Unternehmen daraus zu ziehenden Konsequenzen, hat den Fortbestand von einer Vielzahl von Vertriebsverträgen erschüttert.

Spürbarkeitsschwelle auf lokalen Märkten schneller erreicht

§ 1 des Gesetzentwurfes orientiert sich im Kern an der Verbotsvorschrift des Art. 81 Abs. 1 EGV. Die Tatbestandsmerkmale sind folglich im Lichte der zu Art. 81 Abs.1 EGV ergangenen Rechtsprechung und Rechtsanwendungspraxis auszulegen und anzuwenden.

Als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal enthält Art. 81 Abs.1 EGV das Spürbarkeitserfordernis einer Wettbewerbsbeschränkung. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH fallen nur Wettbewerbsbeschränkungen mit spürbaren Auswirkungen auf die Handlungsoption Dritter unter das Kartellverbot. Bagatellkartelle ohne wesentliche Auswirkungen auf das Funktionieren des Binnenmarktes werden nicht erfasst. Die Kommission hat die Spürbarkeitsschwelle für vertikale Vereinbarungen auf einen Marktanteil von rund 15% gesetzt.

Während bei der Anwendung des europäischen Kartellrechts wegen des Kriteriums der Zwischenstaatlichkeit davon auszugehen ist, dass sich der relevante Markt auf ein gesamtes Land bzw. mehrere Länder ggf. auch auf ganz Europa bezieht, ist bei der Anwendung des nationalen deutschen Kartellrechts davon auszugehen, dass sich der relevante Markt auf immer kleinere lokale oder regionale Flächen erstrecken kann. Je kleiner aber der relevante Markt ist, desto schneller ist die Spürbarkeitsschwelle erreicht, desto schneller liegt eine Vereinbarung mit kartellrechtlicher Relevanz vor, die zur Annahme einer Unwirksamkeit der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung führt und damit die Gesamtnichtigkeit des be-

stehenden Handelsvertreter- und Vertragshändlervertrages als Folge nach sich ziehen kann. Allein diese Gefahr könnte Hersteller davon abhalten, ihren Vertrieb in Zukunft über Handelsvertretungen bzw. Vertragshändler zu organisieren.

VERTIKAL-GVO nur bei einem Marktanteil von weniger als 30% anwendbar

Ein gleichgelagertes Problem ergibt sich bei der Anwendung der Gruppenfreistellungsverordnung auf nationaler Ebene gemäß § 2 Abs. 2 des Gesetzentwurfes. Die VERTIKAL-GVO sieht die Möglichkeit vor, dass wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen unter bestimmten Voraussetzungen vom Kartellverbot freigestellt sind, beispielsweise der für die Handelsvertreter und Vertragshändler existenziell wichtige Gebietsschutz.

Die VERTIKAL-GVO geht im Rahmen einer wirtschaftlichen Betrachtung von der Vermutung aus, dass positive Wirkungen eintreten, wenn der auf den Lieferanten entfallende Anteil bzw. bei Alleinvertriebsvereinbarungen der auf den Abnehmer entfallende Anteil an dem relevanten Markt 30% nicht überschreitet.

Ebenso wie bei der Spürbarkeitsschwelle sind die 30% der Marktanteile schneller erreicht, je kleiner der hierfür zu bestimmende relevante Markt ist.

Handelsvertreter und Vertragshändler in zweifacher Hinsicht betroffen

Das bedeutet, dass kartellrechtlich relevante Vereinbarungen auf nationaler Ebene einerseits schneller unter das Verbot des § 1 des Gesetzentwurfes fallen und sie andererseits in weniger Fällen von der VERTIKAL-GVO erfasst und damit freigestellt werden. Das kann vor allem erhebliche Auswirkungen auf den Vertrieb kleiner und mittlerer Unternehmen mit Hilfe von Handelsvertretern bzw. Vertragshändlern haben und benachteiligt diese in zweifacher Hinsicht.

Dies lässt sich mit Beispielen aus der Praxis belegen. Das nachstehende Beispiel soll exemplarisch für alle gleichgelagerten Fälle gelten.

Ein Handelsvertreter vertritt ein deutsches mittelständisches Unternehmen, das medizintechnische Produkte herstellt. Dem Unternehmen fehlen die finanziellen Mittel, einen eigenen Vertrieb einzurichten, u.a. auch, weil diese sehr speziellen medizintechnischen Produkte

nur von wenigen Kunden in Deutschland abgenommen werden. Von diesen Kunden befinden sich in Baden-Württemberg zwei und in Nordrhein-Westfalen weitere drei. Der Handelsvertretervertrag sieht einen Gebietsschutz vor, nach dem der Handelsvertreter den nördlichen Teil von Baden-Württemberg (hier sitzt ein Kunde) und ganz Nordrhein-Westfalen zugesprochen bekommt. Um einen umfassenden Kundenservice bieten zu können, ist der Handelsvertreter vertraglich verpflichtet auf eigene Kosten eine Halle zur Lagerung und Reparatur der Produkte zu errichten. Unterstellt der relevante Markt ist nach den potentiellen Kunden zu bestimmen, so hat der Handelsvertreter in Baden-Württemberg einen Marktanteil von 50% und in Nordrhein-Westfalen sogar von 100%. Um die Existenz des Handelsvertreters in diesem Fall zu sichern, ist es notwendig, dass der vereinbarte Gebietsschutz kartellrechtlich zulässig ist.

Vergleichbare Fällen lassen sich auch im Investitionsgüterbereich finden, in denen in bestimmten Märkten nur wenige „Spezialisten“ mit besonderer, auf den Vertrieb eingerichteter Ausstattung tätig sind.

Negative Erfahrungen mit der Beurteilung von Vertikalvereinbarungen auf EU-Ebene

Bereits bei der Erarbeitung und Verfassung der Leitlinien zur VERTIKAL-GVO (2790/1999) auf europäischer Ebene wurde deutlich, dass allgemein der Vertriebsweg über Handelsvertretungen in ihrer wirtschaftlichen Ausgestaltung nicht ausreichend bekannt ist, um für diese Berufsgruppe eine sachgerechte Lösung im kartellrechtlichen Sinn zu finden.

Wirtschaftliche Tätigkeit und Dienstleistungsprofil des Handelsvertreters im Wandel

Zwar wurde klargestellt, dass die sog. „echten“ Handelsvertreter nicht von dem Verbot des Art. 81 Abs. 1 EGV erfasst werden sollen, aber genauso wurde klargestellt, dass die sog. „unechten“ Handelsvertreter sowohl dem genannten Verbot des Art. 81 Abs. 1 EGV als auch der VERTIKAL-GVO unterfallen.

Anknüpfungspunkt für diese Differenzierung ist das Tatbestandsmerkmal der "Vereinbarungen zwischen Unternehmen" im Sinne des Art. 81 Abs. 1 EGV. Der EuGH und die EU-Kommission vertraten die Auffassung, dass die Handelsvertretung im Unterschied zu anderen Absatzorganisationen in das Unternehmen des Herstellers "eingegliedert" ist. Es handelt sich folglich nicht um mehrere Unternehmen, sondern nur um ein einziges Unternehmen, welches seine Vertriebsorganisation in den eigenen Geschäftsbetrieb integriert hat. Die Ver-

einbarungen mit einem Handelsvertreter unterliegen damit regelmäßig nicht dem Verbot des Art. 81 Abs. 1 EGV (vgl. EuGH vom 13. Juli 1966, Rs 23/65, Italien ./ Rat und Kommission, Slg. 1966, 457).

In Abgrenzung hierzu unterfallen Vertragshändlerverträge und „unechte“ oder besser eigenhändlergleiche Handelsvertreterverträge, in denen der Handelsvertreter wirtschaftlich betrachtet einem Vertragshändler gleichkommt, dem Verbot des Art. 81 Abs.1 EGV ebenso wie der VERTIKAL-GVO.

Die vorgenannte Abgrenzung lässt unberücksichtigt, dass sich das Berufsbild und Dienstleistungsprofil des Handelsvertreters zunehmend verändert. Mittlerweile übernimmt der Handelsvertreter weitaus mehr Tätigkeiten wahr als die reine Vermittlertätigkeit, was vor allem dem Wunsch des vertretenen Unternehmens entspricht. Das führt dazu, dass die kartellrechtliche Einordnung in „echte“ oder „unechte“ Handelsvertreter zunehmend erschwert und unsicherer wird.

Die Unternehmen legen aber größten Wert auf die Übernahme dieser Tätigkeiten. Sollte dies unter der neuen Fassung des deutschen Kartellrechts bedenklich sein, werden die Unternehmen sich für einen anderen Vertriebsweg entscheiden.

Verunsicherung bei der Bestimmung des relevanten Marktes

Große Verunsicherung bestand – und besteht nach wie vor – bei der Bestimmung des relevanten Marktes, die sowohl bei der Anwendung des Art. 81 Abs. 1 EGV als auch bei der Anwendung der VERTIKAL-GVO hohe Bedeutung hat. Diese Verunsicherung konnte nicht durch die Leitlinien beseitigt werden. Durch die 7. GWB-Novelle wird dieses Problem auch auf die Bestimmung von regionalen und lokalen Märkten ausgedehnt.

Verunsicherung bei der Bestimmung der Zwischenstaatlichkeit

Ähnlich große Verunsicherung bestand und besteht bei der Bestimmung der Zwischenstaatlichkeit. Die sehr ungenaue Definition des EuGH hilft an dieser Stelle nicht weiter. Denn aus ihr ergibt sich nicht, ob und wenn ja, ab welchem Umfang des vereinbarten Gebietsschutzes eine Vereinbarung eines deutschen Unternehmens mit einem Handelsvertreter kartellrechtlich unzulässig ist, wenn sich das Gebiet ausschließlich auf Teile von Deutschland erstreckt. Aufgrund der unterschiedlichen Systeme konnte bisher die kartellrechtliche Relevanz zweigleisig geprüft werden: Entweder hatte eine Vereinbarung Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel, dann war der relevante Markt konsequenterweise nicht auf den regionalen oder lokalen beschränkt und die Spürbarkeitsschwelle des Art. 81 Abs. 1 EGV sowie die Schwelle der 30% bei der Anwendung der VERTIKAL-GVO waren schwerer zu erreichen. Oder die Vereinbarung hatte keine zwischenstaatliche Auswirkung und vertikale Vereinbarungen mit rein inländischem Bezug unterfielen nicht dem Kartellrecht.

Diese Möglichkeit der zweigleisigen Prüfung ist künftig nicht mehr möglich und erhöht die Unsicherheit hinsichtlich der kartellrechtlichen Relevanz einer vertikalen Vereinbarung.

Kündigung der Vertriebsverträge als Vorsichtsmaßnahme

Aufgrund der dargelegten Verunsicherungen aus EU-Ebene kündigten viele vertretene Unternehmen Handelsvertreter- und Vertragshändlerverträge auf, in denen ein Gebietsschutz vereinbart war. Durchweg begründeten sie ihre Kündigung mit dem europäischen Kartellrecht, das die Vereinbarung eines Gebietsschutzes verbiete.

Hierdurch wurden Existenzen auf Unternehmensebene als auch auf Seiten der Handelsvertreter und Vertragshändler bedroht.

Die deutsche Transformation

Die gleiche und sogar eine größere Verunsicherung droht nun auf nationaler Ebene und birgt viele Gefahren für die Wettbewerbsfähigkeit von kleinen und mittleren Unternehmen in sich.

- Vereinbarung des Gebietsschutzes im Sinne der Unternehmen

Der Vertriebsweg Handelsvermittlung ist für viele kleine und mittlere Unternehmen der einzige Weg, ein markterschließendes und rentables Vertriebsnetz aufzubauen. Während ihnen oft die finanziellen Mittel fehlen, einen unternehmenseigenen Vertrieb aufzubauen, können sie bei der Handelsvermittlung mit festen Vertriebskosten kalkulieren, die sie in die Preisgestaltung einbeziehen können. Die Vereinbarung eines Gebietsschutzes hilft ihnen, ihren Vertrieb besser zu koordinieren und zu lenken. Auch sichert dieser einen flächendeckenden Vertrieb sowie eine tiefgreifende Marktdurchdringung, welches im Interesse des vertretenen Unternehmens liegt. Fehlt die Vereinbarung eines Gebietsschutzes, ist davon auszugehen, dass vornehmlich umsatzstarke Kunden und/oder nur Ballungsgebiete von Kunden durch die Handelsvermittlungen bearbeitet werden.

Die dargestellte Situation deckt sich im übrigen ebenfalls mit den im Rahmen der neuen VERTIKAL-GVO gewonnenen Erfahrungen zu vertikalen Vereinbarungen, nach denen bestimmte Vereinbarungen mit vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen die wirtschaftliche Effizienz innerhalb einer Produktions- und Vertriebskette erhöhen, weil sie eine bessere Koordination zwischen den beteiligten Unternehmen ermöglichen.

- Vereinbarung des Gebietsschutzes im Sinne der betroffenen Wettbewerber

Die Vereinbarung eines Gebietsschutzes ist aber nicht nur im Sinne der vertretenen Unternehmen, sondern auch im Sinne der eigentlich Betroffenen, der Handelsvertreter und Vertragshändler als Konkurrenten und Wettbewerber. Oftmals ist die Übernahme einer Vertretung mit hohen Investitionen für den Handelsvertreter und Vertragshändler verbunden, sei es, dass er beispielsweise Lagerhallen oder Verkaufsgeschäfte einrichtet. Wird ihm nun vertraglich ein Gebiet zugeteilt, in dem er tätig werden kann, wird dem Handelsvertreter bzw. Vertragshändler einerseits die Möglichkeit gegeben, eine Risikokalkulation durchzuführen und zum anderen die Möglichkeit gegeben, in einem räumlich gesicherten Umfeld das zu erwirtschaften, was er zuvor investiert hat.

- Gebietsschutz schwächt nicht den Wettbewerb

Die Vereinbarung eines Gebietsschutzes bei Handelsvertreter- und Vertragshändlerverträgen hat auch keine negative Auswirkung auf den Wettbewerb allgemein:

- (1) Die Vereinbarung eines Gebietsschutzes verhindert nicht, dass vertretene Unternehmen als Wettbewerber Konkurrenzprodukte in dem Gebiet vertreiben können.

- (2) Die Vereinbarung eines Gebietsschutzes verhindert nicht, dass das vertretene Unternehmen nicht selbst in dem Gebiet tätig wird oder weitere Vermittler einsetzt. In diesem Fall ist der Handelsvertreter bzw. Vertragshändler an dem so erwirtschafteten Umsatz zu beteiligen.

Konsequenz für Deutschland

Bleibt es bei der vollständigen Übernahme der VERTIKAL-GVO, besteht die Gefahr, dass sich die negativen Erfahrungen, die wir bei der Einführung der VERTIKAL-GVO auf europäischer Ebene gesammelt haben, auf nationaler Ebene wiederholen.

Damals haben eine Vielzahl von vertretenen Unternehmen Handelsvertreter- und Vertragshändlerverträge gekündigt, aus Sorge, der Vertrag sei aufgrund des vereinbarten Gebietsschutzes unwirksam.

Diese Sorge wird sich künftig bei den vertretenen Unternehmen noch steigern, weil sie nun aufgrund der Systemumstellung die wettbewerbsrechtliche Relevanz einer Vereinbarung selbst einschätzen müssen. Bei einer Fehleinschätzung droht die Unwirksamkeit des dem Handelsvertreter- bzw. Vertragshändlervertrags immanenten Wettbewerbsverbotes. Dieses Risiko werden vertretene Unternehmen nicht eingehen wollen, so dass eine Kündigungswelle von Handelsvertreter- und Vertragshändlerverträgen zu erwarten ist.

Hierdurch werden nicht nur die Existenzen von Handelsvertretern und Vertragshändlern bedroht oder sogar vernichtet, sondern kleinen und mittleren Unternehmen wird eine finanziell attraktive Möglichkeit genommen, den Vertrieb ihrer Waren zu gestalten, diesen regional zu festigen und schließlich zu expandieren. Auch hier werden also u.U. Existenzen bedroht.

Forderung der CDH

Die CDH fordert die Bundesregierung daher auf, eine sachgerechte Lösung für Handelsvertreter- und Vertragshändlerverträge im neuen Kartellrecht vorzusehen. Hierzu stehen mehrere Möglichkeiten zur Verfügung:

- Die VERTIKAL-GVO könnte nicht vollständig übernommen werden, indem gesetzlich klargestellt wird, dass die Vereinbarung eines Gebietsschutzes zwischen vertretenem

Unternehmen und Handelsvertreter bzw. Vertragshändler nicht unter das Verbot des § 1 fällt bzw. grundsätzlich in Abweichung zur VERTIKAL-GVO freigestellt ist.

- In der Begründung könnte ausgeführt werden, dass die VERTIKAL-GVO vollständig übernommen wird, mit der Ausnahme, dass für Fälle mit reinem Inlandsbezug höhere Schwellenwerte als die des Art. 81 Abs. 1 EGV und der VERTIKAL-GVO in Gestalt der Bagatellbekanntmachung gelten.
- In der Begründung könnte ausgeführt werden, anhand welcher Kriterien zu bestimmen ist, wann eine Vereinbarung mit rein inländischer Relevanz vorliegt.

Die CDH hält es aber darüber hinaus unbedingt für erforderlich und unerlässlich – auch um den Gleichklang mit dem europäischen Kartellrecht zu sichern –, dass in der Begründung zu § 1 des neuen Kartellrechts klargestellt wird, dass Handelsvertretervereinbarungen nicht dem Kartellrecht unterliegen. Denkbar wäre folgende Formulierung:

Bei Handelsvertreterverträgen fallen die Verpflichtungen, die aus dem Vertragsverhältnis resultieren, nicht unter § 1 GWB neue Fassung.

Gerne stehen wir Ihnen als Ansprechpartner zur Verfügung.

Berlin, den 30. Januar 2004

Centralvereinigung
Deutscher Wirtschaftsverbände für
Handelsvermittlung und Vertrieb (CDH)



Eckhard Döpfer
Geschäftsführer
Abteilung Recht



Kerstin Berchem
Abteilung Internationales Recht

Postanschrift: 10873 Berlin • Verbändehaus: Am Weidendamm 1 A • 10117 Berlin
Telefon: (030) 72625-600 • Telefax (030) 72625-699
E-mail: Centralvereinigung @cdh.de • www.cdh.de