

Europäische Kommission
Generaldirektion Wettbewerb
Place Madou
1210 Saint-Josse-ten-Noode
Brüssel
Belgien
06. September 2021

**Öffentliche Konsultation zu den Entwürfen der Vertikal-
Gruppenfreistellungsverordnung und den Vertikal-Leitlinien**

Stellungnahme zu Ziff. 3.2 des Entwurfs der Vertikal-Leitlinien (2022)

– Regelungen über Handelsvertreterverträge –

von Bastian Müller¹

¹ Der Verfasser ist Referendar am Hanseatischen Oberlandesgericht in Hamburg. Er hat eine Dissertation mit dem Titel „Handelsvertreterprivileg im EU-Kartellrecht – Beurteilung von Handelsvertreterverträgen vor dem Hintergrund des Art. 101 Abs. 1 AEUV“ verfasst und im Juni 2021 an der Europauniversität Viadrina in Frankfurt (Oder) eingereicht.

Inhaltsverzeichnis

A.	Stellungnahme	3
I.	Definition von Handelsvertreterverträgen	3
1.	Einflussmöglichkeit des Auftraggebers als Voraussetzung	3
2.	Relevante Risiken und Kosten	5
a)	Marktspezifische Risiken.....	6
b)	Dritte Art relevanter Risiken und Rn. 31 lit. h Vertikal-LL-E.....	8
c)	Zulässigkeit freiwilliger Investitionen in verkaufsfördernde Maßnahmen	10
3.	Unbedeutende Risiken und Kosten	11
a)	Wahrscheinlichkeit als weiterer Indikator der Bedeutsamkeit	12
b)	Umgang mit Unwägbarkeiten und Versicherbarkeit von Risiken	13
4.	Mehrfirmenvertreter	13
II.	Anwendung von Art. 101 Abs. 1 AEUV auf Handelsvertreterverträge	15
1.	Provisionsweitergabeverbote.....	15
2.	Beurteilung von Vereinbarungen zwischen Auftraggeber und Handelsvertreter.....	16
III.	Handelsvertretung und Online-Plattformwirtschaft	16
1.	Keine Anbieter für die Zwecke des Handelsvertreterprivilegs.....	17
2.	Anwendung der Voraussetzungen einer echten Handelsvertretung.....	18
3.	Schutz des Auftraggebers	19
B.	Konkrete Vorschläge zur Änderung des Entwurfs der Vertikal-LL.....	20

Die von der Europäischen Kommission mit Veröffentlichung des Entwurfs der Vertikal-Leitlinien (2022) (Vertikal-LL-E) vorgeschlagenen Änderungen der Regelungen zur Thematik des sog. Handelsvertreterprivilegs sind im Wesentlichen zu begrüßen. Denn der Anfang Juli 2021 vorgelegte Entwurf hält im Grundsatz an dem bisher etablierten und auch von den Unionsgerichten angewendeten System zur kartellrechtlichen Beurteilung von Handelsvertreterverträgen fest. Zudem beinhaltet der Entwurf im Vergleich zu den derzeit noch bestehenden Regelungen aus dem Jahr 2010 insbesondere einige inhaltliche Klarstellungen und zusätzliche Beispiele, welche die Einordnung von Handelsvertreterverträgen in der Praxis erleichtern werden. Ebenfalls positiv zu bewerten ist, dass an einigen Stellen der bloße Fließtext durch zusätzlich eingefügte Absätze und Aufzählungen mit Spiegelstrichen ersetzt wurde. Dadurch sind die Regelungen nun in formaler Hinsicht übersichtlicher ausgestaltet, so dass der Leser einen leichteren Zugang zu der Materie findet. Darüber hinaus hat die Europäische Kommission ihre Ausführungen zum Handelsvertreter mit Doppelprägung erheblich ausgeweitet und auch einen Abschnitt zur Einordnung von Online-Handelsplattformen aufgenommen.

Eine nähere Betrachtung des Entwurfs hat jedoch gezeigt, dass hinsichtlich einiger Punkte noch weitere Änderungen wünschenswert sind, um Missverständnissen zukünftig vorzubeugen und dadurch das Maß an Rechtssicherheit weiter zu erhöhen (dazu A.). Daran angelehnt ergeben sich konkrete Vorschläge zur Anpassung des Entwurfs der Vertikal-LL (dazu B.).

A. Stellungnahme

Der Aufbau der folgenden Stellungnahme orientiert sich am Aufbau der Ausführungen zu Handelsvertreterverträgen im Entwurf der Vertikal-LL (2022), so dass zunächst zur „Definition von Handelsvertreterverträgen“ (dazu I.) und danach zur „Anwendung von Art. 101 Abs. 1 AEUV auf Handelsvertreterverträge“ (dazu II.) Stellung genommen wird. Anschließend folgt eine Betrachtung der Regelungen zur „Handelsvertretung und Online-Plattformwirtschaft“ (dazu III.).

I. Definition von Handelsvertreterverträgen

1. Einflussmöglichkeit des Auftraggebers als Voraussetzung

Sowohl die derzeit noch geltenden Vertikal-LL (2010),² als auch der Entwurf der Vertikal-LL (2022)³ stellen fest, dass bei einer echten Handelsvertretung der Auftraggeber in Bezug auf die für ihn ausgehandelten oder abgeschlossenen Geschäfte in der Lage sein soll, die Geschäftsstrategie zu bestimmen. Vor diesem Hintergrund führen die Vertikal-LL(-E) aus, dass Gebiets-Beschränkungen, Beschränkungen der Kundengruppe und Vorgaben zu Preisen und Konditionen nicht unter Art. 101 Abs. 1 AEUV fallen.⁴ Dass der Auftraggeber in der Lage ist, die Geschäftsstrategie zu bestimmen hängt wiederum mit zwei Faktoren zusammen: Erstens steht dem Auftraggeber gegenüber seinem Handelsvertreter

² Rn. 18 S. 3 Vertikal-LL (2010).

³ Rn. 39 S. 4 u. Rn. 44 S. 3 Vertikal-LL-E.

⁴ Rn. 18 Vertikal-LL 82010); Rn. 39 Vertikal-LL-E.

grundsätzlich ein handelsrechtliches Weisungsrecht hinsichtlich der Geschäfte zu, welche der Handelsvertreter für den Auftraggeber aushandelt / abschließt.⁵ Zweitens ist für die kartellrechtliche Privilegierung erforderlich, dass der Auftraggeber die wesentlichen wirtschaftlichen Risiken trägt, welche mit den genannten Geschäften zusammenhängen.

Insofern setzt eine echte Handelsvertretung nach den derzeitigen und den zukünftigen Regelungen mittelbar voraus, dass der Auftraggeber die Geschäftsstrategie der Handelsvertretung bestimmen kann. **Es wird angeregt, die fehlende Einflussmöglichkeit** des Geschäftsherrn ausdrücklich **als „Ausschlusskriterium“** für eine echte Handelsvertretung in die Definition der Vertikal-LL (2022) aufzunehmen.

Zwar hätte diese Änderung für die Beurteilung der meisten Handelsvertreterverhältnisse keine Auswirkungen, weil es sich in der Regel um Fälle der „klassischen Machtverteilung“ (großer, starker Auftraggeber/Hersteller/Lieferant und kleiner, schwacher Handelsvertreter) handelt, so dass der Auftraggeber auch *tatsächlich* die Geschäftsstrategie bestimmen können wird. Mit Blick auf die aktuellen Entwicklungen und die Beurteilung von Vertragsverhältnissen mit Online-Handelsplattformen erlangt dieser Punkt hingegen eine ganz eigene Bedeutung, so dass der vorgeschlagenen Änderung eine erhebliche Klarstellungsfunktion zukommt. Denn wie die Europäische Kommission ihrem Entwurf der Vertikal-LL selbst ausführt,⁶ kann in diesen Verhältnissen die „klassische Machtverteilung“ gerade umgekehrt sein, so dass die Online-Handelsplattform die starke Stellung einnimmt. Das kann dazu führen, dass zwar die beiden bereits genannten Voraussetzungen erfüllt sind – also der Absatzmittler in rechtlicher Hinsicht ein Handelsvertreter ist⁷ und der Auftraggeber die relevanten Risiken trägt – der Auftraggeber aber dennoch nicht in der Lage ist, die Geschäftsstrategie zu bestimmen, sondern letztlich der Handelsvertreter dem Auftraggeber die Vorgaben diktiert. Eine Einflussmöglichkeit des Auftraggebers wäre damit insbesondere abzulehnen, wenn der Handelsvertreter – und also nicht der Auftraggeber – vorgibt, zu welchen Konditionen oder in welche Gebiete er die Vertragswaren veräußern will und der Auftraggeber den Handelsvertreter nicht aus wirtschaftlich nachvollziehbaren Gründen gewähren lässt, sondern aufgrund der Machtposition des Handelsvertreters.

Die vorgeschlagene Änderung würde die Darstellung der Voraussetzungen einer echten Handelsvertretung in den Vertikal-LL (2022) insofern an die aktuellen Entwicklungen anpassen und daher für die Zukunft Rechtssicherheit schaffen. Denn dadurch könnten Vertragsverhältnisse mit Online-Handelsplattformen einfacher eingeordnet werden (dazu näher unter A.III.). Zudem führt die Anpassung nicht zu einer inhaltlichen Änderung der Voraussetzungen einer echten Handelsvertretung, sondern ist nur eine weitere Konkretisierung.

⁵ Vgl. Art. 3 Abs. 2 lit. c der Handelsvertreter-Richtlinie, ABl. 1986 L. 382, 17.

⁶ Vgl. Rn. 44 Vertikal-LL-E.

⁷ Das bedeutet für diese Zwecke: Die Voraussetzungen der Rn.12 vertikal-LL 82010) bzw. Rn. 27 Vertikal-LL-E. erfüllt.

2. Relevante Risiken und Kosten

Der Entwurf der Vertikal-LL (2022) sieht auch zukünftig drei Kategorien wirtschaftlicher Risiken vor, welche für die Einstufung einer Vereinbarung als Handelsvertretervertrag von Bedeutung sind.

Zu begrüßen ist zunächst in **formaler Hinsicht**, dass diese drei Kategorien nun optisch durch Spiegelstriche voneinander getrennt beschrieben werden. Dadurch wird die Übersichtlichkeit und Verständlichkeit im Vergleich zu der bisherigen Darstellung im bloßen Fließtext erhöht (Rn. 29 Vertikal-LL-E). Wie bereits die derzeitige Fassung der Vertikal-LL (2010), beinhaltet auch der Entwurf der Vertikal-LL (2022) eine Liste mit Beispielen für Risiken und Kosten, die unter die drei Kategorien relevanter Risiken fallen (bisher Rn. 16 Vertikal-LL (2010) nun Rn. 31 Vertikal-LL-E). Positiv hervorzuheben ist dabei eine Änderung in der Formulierung („in der Regel auf Handelsvertreterverträge zutreffen“). Dadurch wird verdeutlicht, dass es sich bei der Auflistung um konkretisierende Beispiele für die drei Risikokategorien handelt. Diese Klarstellung war notwendig und schafft endgültig Rechtssicherheit dahingehend, dass nicht nur der EuGH,⁸ sondern auch die Europäische Kommission die Auflistung als Regelbeispiele und nicht als eine Art „schwarze Liste“ versteht. Dasselbe gilt für die Frage, ob es einer echten Handelsvertretung entgegensteht, wenn der Handelsvertreter zwischenzeitlich Eigentum an der zu veräußernden / zu vermittelnden Ware erlangt. Mit der lediglich formalen Änderung stellt die Europäische Kommission klar, dass es sich bei dem fehlenden Eigentumserwerb durch den Handelsvertreter ebenfalls nur um ein Regelbeispiel handelt (siehe dazu Rn. 31 lit. 1 Vertikal-LL-E).

In **inhaltlicher Hinsicht** sieht der Entwurf der Vertikal-LL (2022) zumindest bei den Kategorien der vertragsspezifischen Risiken und marktspezifischer Investitionen keine Änderungen vor. Auffällig sind jedoch kleinere sprachliche Änderungen in der deutschen Fassung bei der Definition der marktspezifischen Investitionen (Rn. 29 Spiegelstrich 2 Vertikal-LL-E), während die englischen Fassung des Entwurfs keine Änderungen vorsieht. Obgleich die Anpassungen der deutschen Fassung inhaltlich keine Auswirkungen haben, sind sie zu begrüßen und sollten beibehalten werden, weil die Regelung dadurch verständlicher wird.

Allerdings wird angeregt bei den **marktspezifischen Investitionen** aus Gründen der Klarstellung darüber hinaus noch weitere Anpassungen vorzunehmen (dazu a.). Dasselbe gilt für die **Ausführungen zur dritten Kategorie relevanter Risiken**. Denn die von der Europäischen Kommission in diesem Zusammenhang vorgeschlagenen Änderungen würden in der Praxis zu Unsicherheiten führen (dazu b.) Abgesehen davon ist es wünschenswert,

⁸ Der EuGH betrachtet die aufgeführten Faktoren als „Hinweise“, siehe EuGH, Urt. v. 14.12.2006, Rs. C-217/05, ECLI:EU:C:2006:784, Rn. 54 – CEPSA I; als Anhaltspunkte bezeichnet von Schlussanträge GA Kokott v. 13.7.2006, Rs. C-217/05, ECLI:EU:C:2006:473, Rn. 63 – CEPSA I.

dass die **Regelung zur Übernahme verkaufsfördernder Maßnahmen** angepasst werden (dazu c.).

a) Marktspezifische Risiken

Wie sich aus dem Staff Working Document zur Evaluation der Vertikal-GVO⁹ ergibt, haben Stakeholder die Definition marktspezifischer Investitionen als „nicht hinreichend klar“ kritisiert. Eine Abgrenzung von marktspezifischen Investitionen – welche der Auftraggeber zu tragen hat – und allgemeinen Investitionen / Risiken – welche auch ein echter Handelsvertreter übernehmen kann (siehe Rn. 30 Vertikal-LL-E) – anhand der derzeit geltenden Regelung sei teilweise schwierig.¹⁰ Gerade dieser Abgrenzung kommt in der Praxis jedoch eine ganz erhebliche Bedeutung zu. Denn die Einordnung und die damit verbundene (Nicht-)Übernahme einer Investition durch den Auftraggeber kann dazu führen, dass die Vereinbarung nicht als echter Handelsvertretervertrag angesehen wird. Um der Praxis an dieser Stelle eine bessere Hilfestellung zu bieten und mehr Rechtssicherheit zu schaffen, wird vorgeschlagen, die Formulierung der Definition marktspezifischer Investitionen anzupassen (dazu i.) und weitere eindeutige Beispiele für marktspezifische Investitionen aufzunehmen (dazu ii.).

i) Anpassung der Definition – Rn. 29 Spiegelstrich 2 Vertikal-LL-E

Um die Abgrenzung zwischen marktspezifischen Investitionen und allgemeinen Investitionen zu erleichtern, bedarf es aus meiner Sicht keiner *inhaltlichen* Änderung der Vertikal-LL, sondern lediglich einer Anpassung der Formulierung. In der derzeitigen Fassung der Vertikal-LL (2010) wird bereits hervorgehoben, dass marktspezifische Investitionen normalerweise versunkene Kosten darstellen. Als die dabei relevanten Kriterien wird einerseits auf die Nutzbarkeit nach Aufgabe des Geschäftsfeldes und andererseits die Veräußerbarkeit ohne erheblichen Verlust nach Aufgabe des Geschäftsfeldes abgestellt.¹¹ Es sollten **zwei Punkte klargestellt** werden:¹²

- Erstens wird angeregt deutlicher hervorzuheben, dass es bei der Aufgabe des Geschäftsfeldes um die Aufgabe der betreffenden Tätigkeit auf dem sachlich relevanten Markt und nicht um die Aufgabe der Tätigkeit allein für den konkreten Auftraggeber geht.¹³ Denn andernfalls müsste der Auftraggeber eine Investition auch dann

⁹ Commission Staff Working Document – Evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation, SWD(2020) 173 final vom 9.9.2020.

¹⁰ Commission Staff Working Document – Evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation, SWD(2020) 173 final vom 9.9.2020, S. 149.

¹¹ Rn. 14 S. 3 f. Vertikal-LL (2010).

¹² Zum Formulierungsvorschlag siehe unten B. Rn. 29 Spiegelstrich 2.

¹³ In der deutschen Literatur wird insbesondere diskutiert, wie der Begriff „Geschäftsfeld“ zu verstehen sei. Je nach enger oder weiter Auslegung wird der Anwendungsbereich der marktspezifischen Investitionen enorm ausgeweitet oder eingeschränkt; siehe dazu beispielsweise Langen/Bunte/Nolte, 13. Aufl. 2018, Bd. 2, AEUV nach Art. 101 Rn. 694.

übernehmen, wenn der Vertreter die Investition bei derselben Tätigkeit für einen anderen Auftraggeber nutzen kann. Eine Pflicht des Auftraggebers derartige Investitionen zu übernehmen, würde ihn im Wettbewerb mit anderen Auftraggebern jedoch unbillig benachteiligen.

- Zweitens sollte betont werden, dass es sich bei der Nutzbarkeit und Veräußerbarkeit um zwei gleichwertige Kriterien handelt, die beide für die Abgrenzung relevant sind.

Bei Übernahme der genannten Änderungsvorschläge würde deutlich, dass die **Abgrenzung** allgemeiner von marktspezifischen Investitionen **anhand** der nachfolgend dargestellten, vergleichsweise einfachen **zwei-stufigen Prüfung** vorzunehmen ist: Dabei wird im ersten Schritt geprüft, ob die Investition nach Aufgabe aller Tätigkeiten auf dem relevanten Markt für den Absatzmittler noch nutzbar ist. Sofern die Antwort „ja“ lautet, liegen keine versunkenen Kosten und damit auch keine marktspezifischen Investitionen vor. Lautet die Antwort „nein“, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob eine Veräußerung nach Aufgabe aller Tätigkeiten auf dem relevanten Markt ohne erheblichen Verlust möglich ist. Dabei sollte es allein darauf ankommen, ob bei einer objektiven Betrachtung tatsächlich eine Möglichkeit zur Veräußerung besteht; zum Schutz des Auftraggebers vor der „Willkür“ des Handelsvertreters jedoch nicht darauf, ob der Handelsvertreter tatsächlich veräußert. Lautet die Antwort auf diese zweite Frage „ja“ liegen im Ergebnis keine marktspezifischen Investitionen vor. Lautet die Antwort „nein“, handelt es sich hingegen um marktspezifische Investitionen.

ii) Anpassungen der Beispiele – Rn. 31 lit. g Vertikal-LL-E

Die Verwendung von Beispielen erleichtert die Anwendungen der Regelung zur Abgrenzung marktspezifischer und allgemeiner Investitionen. Aus diesem Grund ist es positiv, dass die Europäische Kommission in Rn. 31 lit. g Vertikal-LL-E weiterhin Beispiele für marktspezifische Investitionen nennt. Vorbehaltlich der Ausführungen zur Zulässigkeit der freiwilligen Investition des Handelsvertreters in verkaufsfördernde Maßnahmen (dazu unten c.) sind auch die neu eingeführten Beispiele nicht zu beanstanden.

Dennoch ist es wünschenswert noch **weitere Beispiele aufzunehmen**, welche die eben beschriebene Vorgehensweise in zwei Schritten zur Identifizierung von marktspezifischen Investitionen weiter veranschaulicht. Dies gilt beispielsweise für spezielle Werkzeuge, Maschinen oder Computer-Software, die nur für Produkte eines bestimmten Herstellers verwendbar sind oder Mitarbeiterschulungen für eben diese spezielle Software oder die Produkte dieses Herstellers bzw. Lieferanten.¹⁴

¹⁴ Vgl. auch Schultze/Pautke/Wagener, Vertikal-GVO, 4. Aufl. 2019, Rn. 333; *Malec/von Bodungen*, BB 2010, 2383, 2384.

Darüber hinaus sollte **das Beispiel „Kraftstofftank im Fall des Kraftstoffeinzelhandels“ um den folgenden Zusatz ergänzt** werden: „[...] sofern der Kraftstofftank aufgrund seiner speziellen Kennzeichnung (z.B. Corporate-Identity-Emblem) einem bestimmten Mineralölanbieter zuzuordnen ist bzw. aufgrund seiner Beschaffenheit nur für einen bestimmten Mineralölanbieter verwendet werden kann.“ Denn bereits nach der bestehenden Definition marktspezifischer Investitionen (vgl. Rn. 14 S. 3 Vertikal-LL (2010)) ist nicht jeder Kraftstofftank als marktspezifische Investition zu qualifizieren. Dies ergibt sich daraus, dass ein Kraftstofftank ohne Corporate-Identity-Emblem des Herstellers oder besondere Spezifikationen auch nach Beendigung der Handelsvertretertätigkeit entweder von dem Handelsvertreter weiter verwendet werden kann, falls der Handelsvertreter für einen anderen Mineralölanbieter als Handelsvertreter tätig wird oder jedenfalls der Kraftstofftank ohne erheblichen Verlust veräußerbar sein wird. Vor diesem Hintergrund führt das Beispiel des Kraftstofftanks in seiner derzeitigen Formulierung zu Unsicherheiten und Irritationen.¹⁵

b) Dritte Art relevanter Risiken und Rn. 31 lit. h Vertikal-LL-E

Nicht ganz eindeutig ist, welches **Ziel** die Europäische Kommission mit der **Änderung der dritten Art relevanter Risiken in Rn. 29 Vertikal-LL-E** verfolgt. Denn dort wurde der Zusatz „im Rahmen des Vertreterverhältnisses“ eingefügt. Daraus wird nicht deutlich, ob die dritte Risiko-Kategorie künftig nur noch das Handelsvertreterverhältnis oder das gesamte Vertreterverhältnis des Handelsvertreters mit dem jeweiligen Auftraggeber und damit auch eine Tätigkeit als Eigenhändler (z.B. Vertragshändler) für denselben Auftraggeber betreffen soll. Die Irritation entsteht dadurch, dass die englische Fassung des Entwurfs an dieser Stelle den Begriff „agency“ also „Agentur“ verwendet, was eher auf das Handelsvertreterverhältnis hindeutet. In der deutschen Fassung der Rn. 31 lit. h Vertikal-LL-E – bei der es sich zumindest nach der aktuell noch geltenden Fassung der Vertikal-LL (2010) um ein konkretisierendes Beispiel für die dritte Risikokategorie handelt – soll hingegen ausdrücklich der Zusatz „im Rahmen des Handelsvertreterverhältnisses“ eingefügt werden, während die englische Fassung an dieser Stelle ebenfalls den Begriff „agency“ vorsieht. Es stellt sich daher die Frage, ob in der deutschen Fassung nur eine Variation in der Übersetzung vorliegt oder die unterschiedliche Formulierung tatsächlich eine inhaltliche Bedeutung dahingehend hat, dass in Rn. 29 Vertikal-LL-E tatsächlich das gesamte Vertreterverhältnis gemeint ist und in Rn. 31 lit. h Vertikal-LL-E beispielhaft auf das Handelsvertreterverhältnis verwiesen wird.

Für die endgültige Fassung der Vertikal-LL sollte an dieser Stelle Klarheit geschaffen werden. Denn je nachdem, ob die Europäische Kommission mit der dritten Risikokategorie nur das Handelsvertreterverhältnis oder das gesamte Vertreterverhältnis inklusive aller

¹⁵ Vgl. zu dieser Problematik auch insbesondere Schultze/Pautke/Wagener, Vertikal-GVO, 4. Aufl. 2019, Rn. 333; *Horsch*, Die Handelsvertretung im EG-Kartellrecht, 2005, S. 277.

Eigenhändler­tätigkeiten des Vertreters für diesen Auftraggeber meint, ist der Anwendungsbereich der dritten Risikokategorie deutlich anders ausgestaltet.

Nach meinem Verständnis ist die derzeit noch geltende Regelung – also ohne den erwähnten Zusatz – wie folgt zu verstehen: Erfasst werden sollen insbesondere Fälle, in denen der Geschäftsherr versucht, seine eigene Risikotragungspflicht aus der Handelsvertretung zu umgehen und auf den Vertreter abzuwälzen. Dies tut er, indem er von seinem Handelsvertreter verlangt, bestimmte Tätigkeiten als Eigenhändler – und damit auf eigenes Risiko – auszuführen, obgleich eigentlich der Geschäftsherr diese Tätigkeit im Rahmen einer echten Handelsvertretung hätte übernehmen müssen, weil sie zur Durchführung der Handelsvertretung erforderlich sind. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Geschäftsherr die Tätigkeit ausdrücklich verlangt. Ausreichend kann auch ein „faktisches Verlangen“ sein. Nach diesem Verständnis ist die dritte Kategorie folglich eine Art „Auffangtatbestand“ und „Umgehungsschutz“, welche die beiden Kategorien der vertragsspezifischen und marktspezifischen Risiken ergänzt. Dieses Verständnis ergibt sich bei einem Vergleich der Formulierungen der entsprechenden Regelung in den Vertikal-LL aus dem Jahr 2000¹⁶ und dem Entwurf der Vertikal-LL aus Juli 2009¹⁷ in Verbindung mit den Ausführungen des EuG in der Rechtssache DaimlerChrysler.¹⁸

Vor diesem Hintergrund verwundert das in Rn. 31 lit. h Vertikal-LL-E neu eingeführte Beispiel: „Lieferung von Waren“. Denn das Lieferisiko bzw. die Lieferkosten sind bereits von der ersten Kategorie (vertragsspezifische Risiken) als relevante Risiken abgedeckt und damit auch der Fall, dass der Handelsvertreter verpflichtet wird, die Liefertätigkeit auszuführen. Dort wird ausdrücklich erwähnt, dass der Handelsvertreter die Beförderung der Waren übernehmen darf, wenn der Geschäftsherr die Kosten trägt (Rn. 31 lit. b Vertikal-LL-E). Im Umkehrschluss bedeutet dies jedoch auch, dass der echte Handelsvertreter die Beförderung nicht auf eigene Kosten durchführen darf. Bei Berücksichtigung dieses Umstandes stellt sich die Frage, ob die Europäische Kommission die Regelung der Rn. 29 Spiegelstrich 3 bzw. Rn. 31 lit. h Vertikal-LL-E nur als weitere Klarstellung ansieht oder diesen einen eigenen Regelungsgehalt zumisst, der über den Inhalt der ersten beiden Risikokategorien hinausgeht. Sofern es sich lediglich um eine Klarstellung handeln sollte, wird angeregt, das Beispiel wieder aus der Rn. 31 lit. h Vertikal-LL-E oder gar diesen ganzen Punkt zu streichen.¹⁹ Denn inhaltlich bietet die Rn. 31 lit. h Vertikal-LL-E gegenüber Rn. 29 Spiegelstrich 3 keinen Mehrwert, könnte jedoch aufgrund der Änderung zu Verwirrungen und daher Rechtsunsicherheiten führen. Sofern die Europäische Kommission dem Zusatz einen eigenen Inhalt zumisst, wird um weitere klarstellende Ausführungen gebeten.

¹⁶ Vertikal-Leitlinien (2000), ABl. 2000 C 291, 1, Rn. 16 Spiegelstr. 4.

¹⁷ Entwurf Vertikal-Leitlinien (2009), SEK(2009) 946, Rn. 14 S. 5.

¹⁸ Vgl. EuG, Urt. v. 15.9.2005, Rs. T-325/01, ECLI:EU:T:2005:322, Rn. 110 ff. – DaimlerChrysler.

¹⁹ Dazu unter B. Rn. 31 lit. h.

Wichtig ist, dass es bei der dritten Risikokategorie nach der derzeit geltenden Regelung aus meiner Sicht – richtigerweise – nur um diejenigen Risiken / Kosten / Tätigkeiten geht, die ihren Ursprung originär in der Handelsvertretung haben und die der Handelsvertreter eben nur aufgrund des Verlangens seines Auftraggebers entweder als Eigenhändler ausführt oder aber als Handelsvertreter, allerdings auf eigenes Risiko. Die Einführung des neuen Zusatzes „im Rahmen des Handelsvertreterverhältnisses“ birgt die Gefahr einer falschen Interpretation der Regelung dahingehend, dass eine Eigenhändlertätigkeit vollständig außer Betracht gelassen werden kann. Das kann jedoch nicht für den Fall gelten, in dem der Geschäftsherr gerade seine Risikotragungspflicht zu umgehen versucht, um dadurch eine echte Handelsvertretung zu erreichen. Deshalb wird vorgeschlagen den Zusatz in „Vertreterverhältnis“ statt „Handelsvertreterverhältnis“ in der deutschen Fassung des Entwurfs zu belassen und die englische Fassung entsprechend anzupassen.

c) Zulässigkeit freiwilliger Investitionen in verkaufsfördernde Maßnahmen

Der Entwurf der Vertikal-LL (2022) sieht vor, in Rn 31 lit. g „Werbung speziell für Vertragswaren oder -dienstleistungen“ und „Werbung für Strecken oder Zielorte im Fall von Reisevermittlern, die Flüge oder Hotelunterkünfte verkaufen“ als Beispiele für marktspezifische Investitionen aufzunehmen. Unabhängig davon, ob es sich dabei grundsätzlich um geeignete Beispiele für marktspezifische Investitionen handelt, wird angeregt hervorzuheben, dass die **freiwillige Übernahme von Investitionen in verkaufsfördernde Maßnahmen** einer echten Handelsvertretung **unabhängig vom Umfang** der Investition auch dann nicht entgegensteht, wenn es sich um marktspezifische Investitionen handelt. Um zu vermeiden, dass der Auftraggeber es unterlässt in Werbung zu investieren, kann dies jedoch nur gelten soweit die Investitionen über das zur Funktionsfähigkeit des Vertriebs aus objektiver Sicht erforderliche Maß hinausgehen.

Diese **Klarstellung** könnte dadurch umgesetzt werden, dass die Rn. 31 lit. f und g Vertikal-LL-E in ihrer Stellung vertauscht und ein entsprechender Halbsatz eingefügt wird.²⁰ Mit dieser Maßnahme würde der derzeit geltende Inhalt der Vertikal-LL (2010) eindeutig beibehalten, während die geplante Einführung der genannten Zusätze zumindest auf den ersten Blick eine inhaltliche Änderung suggeriert, was zu Unsicherheiten in der Praxis führen könnte. Durch die hier vorgeschlagene Änderung der Reihenfolge würde folgendes deutlich werden: Verkaufsfördernde Maßnahmen (z.B. Werbung) können als marktspezifische Investitionen einzustufen sein, so dass grundsätzlich der Geschäftsherr diese zu übernehmen hat. Ungeachtet dessen darf ein echter Handelsvertreter freiwillig verkaufsfördernde Maßnahmen auf eigene Kosten durchführen, obgleich sie als marktspezifische Investitionen gelten.

Dass es derzeit einer echten Handelsvertretung nicht entgegensteht, wenn der Handelsvertreter *freiwillig* in verkaufsfördernde Maßnahmen investiert, obgleich es sich dabei um

²⁰ Siehe dazu unter B. Rn. 31 lit. f u. g.

nicht unbedeutende marktspezifische Investitionen handelt, ergibt sich meiner Ansicht nach aus der Systematik der Regelungen: Danach darf ein echter Handelsvertreter marktspezifische Investitionen nicht tragen, soweit er insgesamt nicht lediglich unbedeutende Risiken trägt (Rn. 14 u. 15 Vertikal-LL (2010)). Die Rn. 16 lit. f Vertikal-LL (2010) führt Beispiele für marktspezifische Investitionen auf. Werbung wird dort jedoch gerade nicht als Beispiel genannt. Vielmehr werden verkaufsfördernde Maßnahmen und Werbung in Rn. 16 lit. e Vertikal-LL (2010) thematisiert. Dabei wird allerdings ausdrücklich auf die *Verpflichtung* des Handelsvertreters abgestellt. Auch der EuGH betont in seiner Rechtsprechung, dass gerade die *Verpflichtung* auf eigene Kosten in Werbeaktionen zu investieren ein relevantes Risiko darstellen kann.²¹ Aus dem Umkehrschluss und der fehlenden Nennung verkaufsfördernder Maßnahmen in Rn. 16 lit. f Vertikal-LL (2010) ergibt sich, dass eine *freiwillige* Durchführung verkaufsfördernder Maßnahmen dem echten Handelsvertreter stets möglich ist.²² Dadurch erhält auch der echte Handelsvertreter mehr unternehmerische Freiheiten. Er kann selbst entscheiden, ob er seinen Umsatz durch *zusätzliche* verkaufsfördernde Maßnahmen steigern möchte oder sich mit den Maßnahmen begnügt, welche der Geschäftsherr durchführt oder für welche der Geschäftsherr die Kosten trägt. Dabei ist selbstverständlich entscheidend, dass die Investitionen des Handelsvertreters auch tatsächlich freiwillig getätigt werden und nicht faktisch eine solche Verpflichtung. Das wäre beispielsweise der Fall, wenn der Geschäftsherr aus einer objektiven Perspektive zu wenig investiert, so dass der Handelsvertreter investieren muss. Dieser Situation beugt jedoch bereits die bestehende Regelung vor, indem sie klarstellt, dass der Handelsvertreter „weder unmittelbar noch mittelbar“ verpflichtet werden darf.

Insofern enthalten die derzeit geltenden Vertikal-LL (2010) für verkaufsfördernde Maßnahmen gerade eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass marktspezifische Investitionen stets vom Auftraggeber zu tragen sind. Diese **Ausnahme** sollte unter der genannten Einschränkung der „tatsächlichen Freiwilligkeit“ auch in den zukünftig geltenden Vertikal-LL (2022) **beibehalten** werden, um einen echten Handelsvertreter nicht zu sehr in seinen unternehmerischen Freiheiten einzuschränken. Sofern die Europäische Kommission mittlerweile anderer Auffassung sein sollte und die genannte Ausnahme zukünftig entfallen lassen will, wird gebeten den Wortlaut des Entwurfs der Vertikal-LL (2022) entsprechend anzupassen, um Klarheit zu schaffen und Rechtsunsicherheit zu vermeiden.

3. Unbedeutende Risiken und Kosten

Auch zukünftig soll es einer echten Handelsvertretung nicht entgegenstehen, wenn der Handelsvertreter zwar Risiken / Kosten übernimmt, die zwar in eine der drei

²¹ Vgl. EuGH, Urt. v. 14.12.2006, Rs. C-217/05, ECLI:EU:C:2006:784, Rn. 59 – CEPSA I; EuGH, Urt. v. 11.9.2008, Rs. C-279/06, ECLI:EU:C:2008:485, Rn. 39 – CEPSA II.

²² I.d.S. auch *Stauber*, NZKart 2015, 423, 426; *Horsch*, Die Handelsvertretung im EG-Kartellrecht, 2005, S. 281; zustimmend, dass freiwillige Investitionen jedenfalls kartellrechtsneutral sind Wiedemann/*Kirchhoff*, Hdb Kartellrecht.

Risikokategorien fallen, jedoch als „unbedeutend“ einzustufen sind.²³ Dabei ist zu begrüßen, dass die Europäische Kommission einen Hinweis zur **Beurteilung und Bemessung der vom Handelsvertreter getragenen Risiken** in die Vertikal-LL (2022) aufnehmen will.²⁴ Maßgebliche Bezugsgröße sollen danach die Erträge sein, welche der Handelsvertreter durch die Erbringung von Handelsvertreterleistungen erzielt. Gemeint ist damit also offenbar die Provision, welche der Handelsvertreter aus den Geschäften erhält. Diese Vorgehensweise ist dem Grunde nach nicht zu beanstanden. Allerdings ist es wünschenswert, dass die Europäische Kommission für die finale Fassung der Vertikal-LL (2022) noch die nachfolgend aufgeführten Punkte berücksichtigt, um der Praxis eine **Berechnung und Beurteilung** weiter zu **erleichtern** und das erforderliche Maß an **Rechtssicherheit zu erhöhen**. Dies ist erforderlich, weil die Schwelle zwischen „unbedeutenden“ und „bedeutenden“ Risiken über das Erfordernis einer (pauschalen) Abgeltung durch den Geschäftsherr und daher die „Echtheit“ einer Handelsvertretung entscheidet.

a) Wahrscheinlichkeit als weiterer Indikator der Bedeutsamkeit

Obgleich die Europäische Kommission nun festsetzt, welche Bezugsgröße bei der Beurteilung der Bedeutsamkeit heranzuziehen ist, fehlt es weiterhin an einer Konkretisierung dahingehend, wo die Schwelle zwischen „unbedeutend“ und „nicht mehr unbedeutend“ liegt. Dabei ist zuzugestehen, dass es wohl keine „feste Grenze“ im Sinne einem definierten Prozentanteil der Erträge geben kann und es vielmehr eine Entscheidung des Einzelfalles bleibt. Gerade vor diesem Hintergrund sollten jedoch die Indikatoren zur Beurteilung der Bedeutsamkeit weiter konkretisiert werden. In diesem Zusammenhang wird vorgeschlagen, die **Wahrscheinlichkeit** – mit der ein Risiko eintritt / sich Kosten realisieren – **als ein weiteres Kriterium** aufzunehmen und zu akzeptieren. Denn im Kern geht es bei der Beurteilung der Bedeutsamkeit eines Risikos um die Frage, inwieweit dem Handelsvertreter eine wirtschaftliche Belastung droht.

Diese Vorgehensweise hat das EuG mittelbar bereits in der Entscheidung *DaimlerChrysler* angelegt.²⁵ Denn dort hatte das EuG zu beurteilen, inwieweit eine Vertragsklausel, nach welcher der Vertreter mit dem Kunden ein Entgelt für die Lieferung des Fahrzeuges vereinbaren sollte, ein relevantes Risiko darstellt. Das EuG lehnte im Ergebnis die Einordnung als relevantes Risiko ab, allerdings nicht aus dem Grund, weil eine derartige Klausel und das damit verbundene Transportrisiko *per se* nicht relevant sei, sondern, weil die Wahrscheinlichkeit dessen Realisierung beim Handelsvertreter in diesem Fall zu gering – also unbedeutend – war.

Die Aufnahme der Eintrittswahrscheinlichkeit eines Risikos als weiteren Indikator hätte insbesondere dann einen Vorteil, wenn die Kosten nicht eindeutig als unbedeutend einzuordnen sind, weil sie sich in einem Grenzbereich zwischen bedeutend und unbedeutend

²³ Rn. 30 Vertikal-LL-E.

²⁴ Vgl. Rn. 30 Vertikal-LL-E.

²⁵ EuG, Urt. v. 15.9.2005, Rs. T-325/01, ECLI:EU:T:2005:322, Rn. 105 – DaimlerChrysler.

bewegen. Kann in einem solchen Fall jedoch die Eintrittswahrscheinlichkeit bzw. die Wahrscheinlichkeit, dass die Kosten tatsächlich anfallen, als unbedeutend qualifiziert werden, kann im Ergebnis doch ein „unbedeutendes Risiko“ angenommen werden, welches einer echten Handelsvertretung nicht entgegensteht. Gerade in diesen Fällen führt das zusätzliche Kriterium der Eintrittswahrscheinlichkeit zu einer Steigerung der Rechtssicherheit, weil nicht allein auf die Kosten abgestellt wird.

b) Umgang mit Unwägbarkeiten und Versicherbarkeit von Risiken

Darüber hinaus sollte klarstellend in die Vertikal-LL (2022) aufgenommen werden, dass ein lediglich unbedeutendes Risiko grundsätzlich nicht angenommen werden kann, wenn eben dieses aufgrund von **Unwägbarkeiten** gar nicht eingeschätzt werden kann.²⁶ Denn die Annahme eines lediglich unbedeutenden Risikos bedarf einer positiven Begründung. Dies ergibt sich bereits aus dem Grundsatz-Ausnahme-Verhältnis der Risikotragungspflicht: Im Grundsatz hat der Geschäftsherr die relevanten Risiken zu tragen; etwas anderes gilt ausnahmsweise, wenn die Risiken lediglich unbedeutend sind.

In diesem Zusammenhang wäre es förderlich in die Vertikal-LL (2022) einzufügen, dass derartige **Unwägbarkeiten durch entsprechende Versicherungen beseitigt** und das Risiko dadurch kalkulierbar bzw. quantifizierbar gemacht werden kann. Denn eine Versicherung führt bei klaren Versicherungsbedingungen (insbes. in Bezug auf den Eintritt des Versicherungsfalls und die in einem solchen Fall für den Versicherten anfallenden Kosten) wiederum dazu, dass das versicherte Risiko eingeschätzt und ggf. als „unbedeutend“ qualifiziert werden kann. Für die mit der Lagerung von Waren verbundenen Risiken hat der deutsche Bundesgerichtshof bereits entschieden, dass diese auch dem echten Handelsvertreter übertragen werden können, wenn der Vertreter diese Risiken entsprechend versichert.²⁷

4. Mehrfirmenvertreter

Nach der derzeitigen Fassung der Vertikal-LL (2010) ist es für die Einordnung des Vertragsverhältnisses als Handelsvertretung unerheblich, ob der Handelsvertreter für einen oder mehrere Auftraggeber handelt.²⁸ Diese Angabe ist in dem Entwurf der Vertikal-LL (2022) nicht mehr enthalten. Allerdings wurde in die Ausführungen zur „Handelsvertretung und Online-Plattformwirtschaft“ folgender Satz aufgenommen: „Darüber hinaus bedienen Anbieter von Online-Vermittlungsdiensten oft eine sehr große Zahl von Verkäufern nebeneinander, was sie daran hindert, wirksam einen Teil eines der Unternehmen der Verkäufer zu bilden.“²⁹

²⁶ Dazu bereits *Eilmansberger*, ZWeR 2006, 64, 73.

²⁷ BGH, Beschl. v. 15.4.1986, KVR 3/85, BGHZ 97, 317 = NJW 1986, 2954, 2955 – EH-Partner-Vertrag.

²⁸ Rn. 13 S. 2 Vertikal-LL (2010).

²⁹ Rn. 44 Vertikal-LL-E.

Aufgrund dessen stellt sich die Frage, ob es nach Ansicht der Europäischen Kommission einer echten Handelsvertretung zukünftig entgegensteht, wenn der Vertreter gleichzeitig für eine sehr große Anzahl an Auftraggebern gleichzeitig tätig wird oder ob dies lediglich für Online-Handelsplattformen gelten soll und im „Offline-Vertrieb“ keinerlei Bewandnis hat. In jedem Fall besteht in dieser Hinsicht **dringender Bedarf einer Klarstellung**. Denn ohnehin wurde in den letzten Jahren nach wie vor diskutiert, ob bzw. ab welcher Anzahl von Auftraggebern eine Mehrfirmenvertretung einer echten Handelsvertretung entgegensteht.³⁰ Und auch im Rahmen des Konsultationsprozesses wurde diese Frage aufgeworfen und von den Teilnehmern diskutiert.³¹ Vor diesem Hintergrund führen die Änderungen, die der Entwurf der Vertikal-LL (2022) vorsieht, zu mehr Rechtsunsicherheit.

Es wird angeregt, in dem Entwurf der Vertikal-LL (2022) zu verdeutlichen, dass es bei der Einordnung eines Absatzmittlungsverhältnisses als echte Handelsvertretung nur auf die **Betrachtung des konkreten Vertragsverhältnisses** zwischen Auftraggeber und Handelsvertreter ankommt.³² Denn entscheidend für die Annahme einer echten Handelsvertretung ist, dass in *diesem* Verhältnis die entsprechenden Voraussetzungen für eine echte Handelsvertretung vorliegen. Diese Vorgehensweise gilt unabhängig davon, für wie viele Auftraggeber der Absatzmittler tätig wird.³³ Insbesondere steht es einer echten Handelsvertretung auch nicht entgegen, wenn der Handelsvertreter für eine sehr große Anzahl von Auftraggebern tätig ist. Denn in jedem Vertreterverhältnis kann der Handelsvertreter mit jedem seiner Auftraggeber *jeweils* eine wirtschaftliche Einheit, so dass beide daher aus kartellrechtlicher Sicht ein Unternehmen im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV bilden können. Da es hier nur um die kartellrechtliche und nicht um die gesellschaftsrechtliche Betrachtung geht, steht die Anzahl der Auftraggeber der Annahme eines Unternehmens aus kartellrechtlicher Sicht gerade nicht entgegen. Jedes andere Ergebnis wäre willkürlich und dogmatisch nicht nachvollziehbar. Denn es stellt sich die Frage, warum es bis zu einer – wohl kaum näher zu bestimmenden – Anzahl an Auftraggebern stets auf das Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen einer echten Handelsvertretung ankommt, ab einer nicht näher definierten Anzahl an Geschäftsherren jedoch diese Dogmatik überworfen und eine echte Handelsvertretung abgelehnt wird, unabhängig davon, ob in dem betrachteten Verhältnis die Voraussetzungen vorliegen.

Der Entwurf der Vertikal-LL (2022) definiert in den Rn. 27 bis 38 unter welchen Voraussetzungen eine echte Handelsvertretung anzunehmen sei. Dabei wird an keiner Stelle

³⁰ Vgl. nur Metzloff, in Festschrift Wegen, 2015, S. 499, 506 f.

³¹ Commission Staff Working Document – Evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation, SWD(2020) 173 final vom 9.9.2020, S. 148.

³² Dazu unten B Rn. 30, 32, 44.

³³ Ebenfalls ausdrücklich nur die konkrete Rechtsbeziehung zw. Geschäftsherr und Absatzmittler betrachtend Kumkar, Online-Märkte und Wettbewerbsrecht, 2017, S. 212; Stauber, NZKart 2015, 423, 426 f.; Kapp/Andresen, BB 2006, 2253, 2255; wie hier im Ergebnis unter anderem auch Flohr/Wauschkuhn/Metzloff, 2. Aufl. 2018, AEUV Art. 101 Rn. 168; Metzloff, in FS Wegen, 2015, S. 499, 506 f.

erwähnt, dass es einer solchen Handelsvertretung entgegensteht, wenn der Handelsvertreter für eine sehr große Anzahl an Auftraggebern tätig wird. Insbesondere wird nicht dazu ausgeführt, wann eine solche Anzahl anzunehmen sei. Vor diesem Hintergrund hätte der bereits oben zitierte Zusatz, der im Zusammenhang mit der neuen Regelung zur Online-Plattformwirtschaft in Rn. 44 der Vertikal-LL-E eingeführt werden soll, erhebliche Rechtsunsicherheiten zur Folge. Auch zur Beurteilung von Online-Handelsplattformen wird ein solcher Zusatz nicht benötigt (dazu näher unter III), weshalb angeregt wird diesen Zusatz zu streichen.

Auch die Unionsgerichte stellen in ständiger Rechtsprechung auf die Betrachtung des konkreten Vertreterverhältnisses ab.³⁴ Zwar mag es Fälle geben, in denen ein Mehrfirmenvertreter in Bezug auf einige oder alle seine Vertretungsverhältnisse nicht als echter Handelsvertreter anzusehen ist. Dies ist jedoch dann darauf zurückzuführen, dass in den jeweiligen Vertragsverhältnissen die erforderlichen Voraussetzungen für eine echte Handelsvertretung nicht erfüllt sind, und nicht etwa darauf, dass der Vertreter für sehr viele Geschäftsherrn tätig wird. So lag der Fall auch in der Rechtssache „*Flämische Reisebüros*“ des EuGH.³⁵ Bei genauer Betrachtung fällt auf, dass der EuGH eine echte Handelsvertretung nicht aufgrund der Mehrfirmenvertretung ablehnte, sondern weil die entsprechenden Voraussetzungen einer echten Handelsvertretung in den jeweiligen Vertreterverhältnissen nicht vorlagen. Dass die Vertreter gleichzeitig für „sehr viele“ Auftraggeber tätig waren trug zu diesem Ergebnis nichts bei, führte jedoch offenbar teilweise zu der Annahme, dass eine Mehrfirmenvertretung einer echten Handelsvertretung entgegensteht.³⁶

II. Anwendung von Art. 101 Abs. 1 AEUV auf Handelsvertreterverträge

1. Provisionsweitergabeverbote

Die derzeit geltenden Vertikal-LL (2010) sehen bereits vor, dass der Auftraggeber eines echten Handelsvertreters Preise und Bedingungen festlegen kann, zu denen der Vertreter die Vertragswaren bzw. -dienstleistungen verkaufen oder ankaufen muss.³⁷ Es sollte zukünftig ausdrücklich klargestellt werden, dass der Auftraggeber auch die Möglichkeit hat, dem echten Handelsvertreter ein sog. Provisionsweitergabeverbot aufzuerlegen. Das bedeutet, dass der Auftraggeber dem Handelsvertreter verbieten kann, Teile der Provision an Kunden des Auftraggeber weiterzureichen. Ein solches Verständnis steht im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH.³⁸ Zwar wird dort nicht der Begriff „Provisionsweitergabeverbot“ verwendet, allerdings hat der Auftraggeber nach Auffassung des EuGH die

³⁴ Vgl. nur EuG, Urt. v. 15.7.2015, Rs. T-418/10, ECLI:EU:T:2015:516, Rn. 157 ff. – Voestalpine.

³⁵ EuGH, Urt. v. 1.10.1987, Rs. C-311/85, ECLI:EU:C:1987:418, Rn. 20 – Flämische Reisebüros.

³⁶ So Langen/Bunte/Nolte, 13. Aufl. 2018, Bd. 2, AEUV nach Art. 101 Rn. 664.

³⁷ Rn. 18 lit. c Vertikal-LL (2010).

³⁸ Vgl. EuGH, Urt. v. 11.9.2008, Rs. C-279/06, ECLI:EU:C:2008:485, Rn. 41 – CEP SA II mit Verweis auf EuGH, Urt. v. 14.12.2006, Rs. C-217/05, ECLI:EU:C:2006:784, Rn. 62 f. – CEP SA I.

Möglichkeit, Endverkaufspreise festzulegen, was gleichbedeutend ist mit einem Provisionsweitergabeverbot.³⁹

2. Beurteilung von Vereinbarungen zwischen Auftraggeber und Handelsvertreter

Der Entwurf der Vertikal-LL (2022) hebt deutlicher als die derzeit geltenden Regelung hervor, dass Vereinbarungen eines Handelsvertretervertrags, die das Verhältnis zwischen Auftraggeber und Handelsvertreter betreffen (z.B. Wettbewerbsverbote), stets an Art. 101 Abs. 1 AEUV zu messen sind.⁴⁰ Dies ist zu begrüßen. Denn dadurch wird nochmal verdeutlicht, dass diese Vereinbarungen kartellrechtlich anders zu beurteilen sind, als Vereinbarungen, welche die für den Auftraggeber ausgehandelten /abgeschlossenen Geschäfte betreffen (z.B. Vorgaben zu Verkaufspreisen). Denn diese fallen auch nach dem Entwurf der Vertikal-LL (2022) bereits nicht unter Art. 101 Abs. 1 AEUV.⁴¹ Allerdings wäre es wünschenswert, wenn die Europäische Kommission noch **zusätzliche Hinweise** dahingehend aufnimmt, inwieweit bei der **Beurteilung von Vereinbarungen, die das Verhältnis zwischen den Vertragsparteien betreffen**, vor dem Hintergrund des Art. 101 Abs. 1 AEUV die Besonderheiten der Handelsvertretung zu berücksichtigen sind. So ist beispielsweise denkbar, dass eine Handelsvertretung ohne die Vereinbarung eines Wettbewerbsverbots im konkreten Fall gar nicht funktionsfähig ist. In einem solchen Fall wäre ein Wettbewerbsverbot nach einem Ansatz der Funktionsnotwendigkeit bereits keine Wettbewerbsbeschränkung und daher kein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV, so dass es auf eine Freistellung gar nicht ankäme.⁴²

III. Handelsvertretung und Online-Plattformwirtschaft

Die zunehmende Bedeutung von Online-Handelsplattformen und Online-Marktplätzen als Absatzwege sind Ausgangspunkt der nach wie vor aktuellen Diskussion einer Anwendbarkeit des Handelsvertreterprivilegs auf die Vertragsverhältnisse zwischen Online-Handelsplattformen und Hersteller bzw. Lieferanten.⁴³ Die Europäische Kommission hat vor diesem Hintergrund eine neue Regelung in den Entwurf der Vertikal-LL (2022) aufgenommen.⁴⁴ Danach sind im Ergebnis Unternehmen, die Online-Vermittlungsdienste bereitstellen, für die Zwecke des Art. 101 Abs. 1 AEUV grundsätzlich nicht als Handelsvertreter einzuordnen. Allerdings ist damit – und auch nach der hier vertretenen Ansicht –

³⁹ Vgl. nur Flohr/Wauschkuhn/Metzlaff, 2. Aufl. 2018, AEUV Art. 101 Rn. 183; LMRKM/Baron, 4. Aufl. 2020, Vertikal-GVO Art. 1 Rn. 63.

⁴⁰ Rn. 41 Vertikal-LL-E.

⁴¹ Vgl. z.B. Rn. 28 Vertikal-LL-E.

⁴² Der EuGH wendet den Ansatz der Funktionsnotwendigkeit bereits in vielen Bereichen an. Siehe insbesondere Vgl. EuGH, Ur. v. 28.1.1986, Rs. C-161/84, ECLI:EU:C:1986:41, Rn. 15 ff. – Pronuptia.

⁴³ Siehe dazu nur Commission Staff Working Document – Evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation, SWD(2020) 173 final vom 9.9.2020, S. 148 f.

⁴⁴ Rn. 44 Vertikal-LL-E.

keineswegs ausgeschlossen, dass deren Qualifizierung als echte Handelsvertreter möglich ist.

Es wird jedoch angeregt, die in der Regelung angeführten Begründungen auszutauschen. Denn zunächst ist es – bei Anwendung der Dogmatik des Art. 101 AEUV – für die Frage, ob Online-Handelsplattformen als echte Handelsvertreter eingestuft werden können, unerheblich, ob die Online-Handelsplattform für die Zwecke der Vertikal-GVO als Anbieter anzusehen sind (dazu 1.). Zudem sollte in der Regelung deutlicher hervorgehoben werden, dass auch bei Online-Handelsplattformen etc. die in dem Entwurf der Vertikal-LL (2022) in Rn. 27 bis 38 dargestellten Voraussetzungen einer echten Handelsvertretung angewendet werden können und müssen (dazu 2.).

Um Missverständnissen vorzubeugen sei hinzugefügt, dass diese Ausführungen kein Plädoyer für eine „massenhafte“ Einordnung von Online-Handelsplattformen als echte Handelsvertreter darstellen. Vielmehr ist es nicht ausgeschlossen, dass bei einer Anwendung der Voraussetzungen einer echten Handelsvertretung nur wenige Online-Handelsplattformen als echte Handelsvertreter eingeordnet werden. Allerdings erhöht eine klare Darstellung der zu prüfenden Voraussetzungen das Maß an Rechtssicherheit. Darüber hinaus trägt die Vorgehensweise sogar zum Schutz der Hersteller / Lieferanten bei. Denn sie bietet die Möglichkeit, den großen Online-Handelsplattformen Schranken aufzuerlegen (hierzu 3.).

1. Keine Anbieter für die Zwecke des Handelsvertreterprivilegs

Die neue Regelung zur Handelsvertretung und Online-Plattform stellt einen Kausalzusammenhang her zwischen der Einordnung von Online-Vermittlungsdiensten als Anbieter im Sinne der Vertikal-GVO und dem Umstand, dass diese grundsätzlich nicht als echte Handelsvertreter gewertet werden können.⁴⁵ Unabhängig davon, ob es grundsätzlich richtig ist, Online-Handelsplattformen für die Zwecke der Vertikal-GVO als Anbieter einzuordnen, hat diese **Einordnung** für die Frage der Einordnung einer derartigen Plattform als echte Handelsvertreter (und damit **für die Anwendbarkeit des Handelsvertreterprivilegs**) aus meiner Sicht **keine Relevanz** und führt eher zur Verwirrungen. Denn nach den derzeit geltenden Vertikal-LL (2010),⁴⁶ dem Entwurf der Vertikal-LL (2022)⁴⁷ und der Rechtsprechung der Unionsgerichte⁴⁸ geht es beim Handelsvertreterprivileg dem Grunde nach um die Frage der *Anwendbarkeit* des Art. 101 Abs. 1 AEUV auf das Vertragsverhältnis. Dabei sieht die Rechtsprechung – und nach meinem Verständnis, obgleich nicht ausdrücklich – auch die Europäische Kommission in ihren Vertikal-LL (2010) und dem

⁴⁵ Der Kausalzusammenhang ergibt sich aus dem Wortlaut „deshalb“ bzw. „therefore“ der Rn. 44 S. 1 Vertikal-LL-E.

⁴⁶ Vgl. Rn. 18 Vertikal-LL (2010).

⁴⁷ Vgl. Rn. 39 f. Vertikal-LL-E.

⁴⁸ Siehe dazu nur Urteil des Gerichtshofs vom 14. Dezember 2006, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio/CEPSA, C-217/05, ECLI:EU:C:2006:784; sowie Urteil des Gerichtshofs vom 11. September 2008, CEPSA Estaciones de Servicio SA/LV Tobar e Hijos SL, C-279/06, ECLI:EU:C:2008:485.

Entwurf der Vertikal-LL (2022) den Auftraggeber und seinen echten Handelsvertreter in Bezug auf die Geschäfte, welche letzterer für den Geschäftsherrn vermittelt oder abschließt als wirtschaftliche Einheit an und damit *für die Zwecke des Art. 101 Abs. 1 AEUV* als ein Unternehmen.⁴⁹ Es ist nicht ersichtlich, warum bei Online-Handelsplattformen nun ein anderer Maßstab angelegt werden sollte. Entscheidend sollte auch hier lediglich sein, ob die entsprechenden Voraussetzungen einer echten Handelsvertretung erfüllt sind.

Vor diesem Hintergrund kann die Einordnung eine Online-Handelsplattform als Anbieter aus dogmatischer Sicht nicht als Grund für oder gegen eine Einordnung als echter Handelsvertreter herangezogen werden. Denn nach der Systematik des Art. 101 AEUV bedarf es zunächst einer Anwendbarkeit des Art. 101 Abs. 1 AEUV, bevor eine Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV (bzw. der Vertikal-GVO) überhaupt in Betracht kommt. Sofern also bereits die Anwendbarkeit des Art. 101 AEUV – wie im Falle einer echten Handelsvertretung – nicht gegeben ist, ist es unerheblich, ob die Vertragsbeziehung in den Anwendungsbereich der Vertikal-GVO fällt. Für die vorgelagerte Frage der Einordnung einer Online-Handelsplattform als echter Handelsvertreter ist es daher ebenfalls unerheblich, ob diese Plattform für die Zwecke einer Gruppenfreistellung als Anbieter oder Nachfrager einzustufen ist.

Im Übrigen bietet auch der klassische Handelsvertreter gegenüber dem Lieferanten / Hersteller eine Vermittlungsleistung an und ist in dieser Hinsicht Anbieter. Dennoch führen die Vertikal-LL diesen Punkt nicht als Grund gegen eine Einordnung als echte Handelsvertretung an. Dass die neue Regelung zu Online-Handelsplattformen in dieser Hinsicht nun anders vorgeht, ist daher widersprüchlich.

2. Anwendung der Voraussetzungen einer echten Handelsvertretung

Bei genauer Betrachtung der Rn. 44 Vertikal-LL-E ist zu erkennen, dass die Europäische Kommission im Grunde bereits die in den Rn. 27 bis 38 Vertikal-LL-E dargestellten Voraussetzungen auf das Verhältnis von Lieferanten / Herstellern / Verkäufern und Online-Handelsplattformen überträgt und anwendet. Allerdings wird diese **Vorgehensweise nicht ausreichend hervorgehoben**. Stattdessen stellt die Europäische Kommission vor allem dar, an welchen Punkten die Einordnung als echten Handelsvertretung aus ihrer Sicht scheitert. Diese Hilfestellung ist zu begrüßen. Es darf dabei jedoch nicht der Eindruck erweckt werden, dass die Europäische Kommission bei der Beurteilung von Vertragsverhältnissen mit Online-Handelsplattformen andere Voraussetzungen und Kriterien anlegt als bei einem „klassischen Handelsvertreterverhältnis“. Es besteht im Übrigen gar kein Bedürfnis im Falle der Beteiligung einer Online-Handelsplattform an einem Vertragsverhältnis die zu betrachtenden Voraussetzungen einer echten Handelsvertretung anzupassen. Um Unsicherheiten zu vermeiden, sollte in der finalen Version der Vertikal-

⁴⁹ Nicht hingegen in Bezug auf die Vereinbarungen eines Handelsvertretervertrags, die das Verhältnis zwischen Auftraggeber und Vertreter regeln (z.B. Wettbewerbsverbote). Hier sind beide aus kartellrechtlicher Sicht stets zwei getrennte Unternehmen.

LL (2022) die Anwendbarkeit der genannten Voraussetzungen auch auf Online-Handelsplattformen deutlicher werden.

Vor allem wird eine Klarstellung dahingehend angeregt, dass eine Einordnung des Vertragsverhältnisses als echte Handelsvertretung nicht bereits daran scheitert, dass die Online-Handelsplattform – z.B. aufgrund von Netzwerkeffekten – im Verhältnis zu dem Vertragspartner eine stärkere Verhandlungsposition hat, diese jedoch nicht nutzt. Denn entscheidend ist nach den Ausführungen der Europäischen Kommission an anderer Stelle in den Vertikal-LL, dass der Auftraggeber (hier Verkäufer) die **Geschäftsstrategie bestimmen kann**.⁵⁰ Maßgeblich muss daher auch in diesem Fall sein, ob der Anbieter von Online-Vermittlungsleistungen oder der Verkäufer tatsächlich die Geschäftsstrategie bestimmt, unabhängig davon, wer von beiden aufgrund seiner Stellung theoretisch die Strategie bestimmen könnte.

Im Übrigen sollte auch an dieser Stelle verdeutlicht werden, dass es der Einordnung einer Online-Handelsplattform als echte Handelsvertretung nicht entgegensteht, wenn die Plattform ihre Dienste für eine große Anzahl von Herstellern oder Lieferanten gleichzeitig anbietet. Denn wie bereits oben dargestellt⁵¹ ist die Betrachtung des betreffenden Vertragsverhältnisses zwischen der Online-Handelsplattform und dem *jeweiligen* Hersteller bzw. Lieferanten zu beurteilen. Eine Mehrfirmenvertretung hat an sich keine Auswirkungen auf das Vorliegen der Voraussetzungen einer echten Handelsvertretung in *diesem* betrachteten Vertragsverhältnis.

3. Schutz des Verkäufers

Eine Einordnung von Vertragsverhältnissen zwischen Verkäufern und Online-Handelsplattformen könnte zum Schutz und der Wettbewerbsfähigkeit des Verkäufers beitragen. Denn für den Fall, dass das Handelsvertreterprivileg greift, kann der Verkäufer bekanntermaßen der Online-Handelsplattform Vorgaben zu Preisen aber auch zu Kundengruppen und Verkaufsgebieten machen, ohne in dieser Hinsicht einen Verstoß gegen das Kartellverbot fürchten zu müssen. Gerade kleine Verkäufer könnten davon profitieren, weil sie in kartellrechtlich zulässiger Weise den „großen Playern“ Vorgaben machen können. Ganz im Gegenteil würden daher wohl eher die großen Online-Handelsplattformen davon profitieren, wenn die Anwendbarkeit des Handelsvertreterprivilegs pauschal abgelehnt würde.

⁵⁰ Siehe dazu bereits A.I.1. auf Seite 3.

⁵¹ Siehe dazu bereits A.I.4. auf Seite 13.

B. Konkrete Vorschläge zur Änderung des Entwurfs der Vertikal-LL (2022)

Der folgende Teil enthält konkrete Vorschläge zur Umsetzung einiger der soeben dargestellten Punkte. Dazu werden nur diejenige Randnummern des Entwurfs der Vertikal-LL (2022) herausgegriffen, die meiner Ansicht angepasst werden sollten, um das Maß an Rechtssicherheit noch weiter zu erhöhen und die Regelungen noch besser für die zukünftigen Herausforderungen der Digitalisierung aufzustellen. Die Vorschläge sind anhand der Änderungskennung nachvollziehbar und werden jeweils in einer Fußnote näher erläutert. Erwähnt werden nur Randnummern, in denen konkrete Änderungen vorgeschlagen werden.

3.2.1 Definition von Handelsvertreterverträgen

(27) [...]

(28) Unter bestimmten Umständen kann die Beziehung zwischen einem Handelsvertreter und seinem Auftraggeber als Beziehung eingestuft werden, in welcher der Handelsvertreter **in Bezug auf die für seinen Auftraggeber ausgehandelten oder abgeschlossenen Geschäfte**⁵² nicht mehr als unabhängiger Marktteilnehmer handelt (**sog. echte Handelsvertretung**).⁵³ Dies trifft dann zu, wenn der Handelsvertreter bezüglich der Verträge, die er ~~im Namen des~~**für den Auftraggebers**⁵⁴ schließt oder aushandelt, keine oder nur unbedeutende Risiken trägt, wie im Folgenden näher ausgeführt wird.⁵⁵ In einem solchen Fall fällt der Handelsvertretervertrag nicht unter Artikel 101 Absatz 1 AEUV. Wie die Vereinbarung durch die Unterzeichner oder die einzelstaatlichen Gesetze eingestuft wird, ist für die wettbewerbsrechtliche Würdigung belanglos. Da es sich um eine Ausnahme von der allgemeinen Anwendbarkeit des Artikels 101 AEUV auf Vereinbarungen zwischen Unternehmen handelt, sind die Voraussetzungen für die

⁵² Es bietet sich an, bereits an dieser Stelle klarzustellen, um welche Geschäfte es dabei geht. Dadurch werden zukünftige Diskussionen direkt unterbunden.

⁵³ Der Begriff der „echten“ Handelsvertretung hat sich mittlerweile in der Literatur und auch der Rechtsprechung des EuGH (vgl. EuGH, Urt. v. 11.9.2008, Rs. C-279/06, ECLI:EU:C:2008:485, Rn. 33 – CEPSA II) etabliert, so dass es sich aus Gründen der sprachlichen Einheitlichkeit anbietet diesen Begriff zukünftig (wieder) in die Vertikal-LL aufzunehmen. Zudem hat die Europäische Kommission diesen Begriff auch selbst in ihrem working paper on dual role agents aus Februar 2021 verwendet.

⁵⁴ Nach den Ausführungen in Rn. 27 Vertikal-LL-E kommt es nicht darauf an, ob der Handelsvertreter im eigenen oder fremden Namen tätig wird. Entscheidend ist, dass das Geschäft mit dem Kunden mit dem Auftraggeber zustande kommt und nicht der Handelsvertreter Vertragspartei wird. Obgleich die von der Europäischen Kommission vorgeschlagene Formulierung wohl darauf abstellen will, dass der Geschäftsherr Vertragspartner wird, könnte sie auf den ersten Blick zu Verwirrungen führen. Die hier vorgeschlagene Formulierung soll dem vorbeugen und verdeutlichen, dass es auf den Vertragsschluss mit dem Auftraggeber ankommt.

⁵⁵ Siehe Urteil des Gerichts vom 15. September 2005, Daimler Chrysler/Kommission, T-325/01, ECLI:EU:T:2005:322; Urteil des Gerichtshofs vom 14. Dezember 2006, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio/CEPSA, C-217/05, ECLI:EU:C:2006:784; sowie Urteil des Gerichtshofs vom 11. September 2008, CEPSA Estaciones de Servicio SA/LV Tobar e Hijos SL, C-279/06, ECLI:EU:C:2008:485.

Einstufung einer Vereinbarung als Handelsvertretervertrag für die Zwecke der Anwendung des Artikels 101 Absatz 1 AEUV eng auszulegen.

(29) [...].

– Zweitens gibt es Risiken, die marktspezifische Investitionen betreffen. Dies sind Investitionen, die für die Art der vom Vertreter auszuführenden Tätigkeit erforderlich sind, das heißt, die dieser benötigt, um den betreffenden Vertrag zu schließen und/oder auszuhandeln. Solche Investitionen stellen normalerweise versunkene Kosten dar, weil sie nach Aufgabe ~~ders~~ betreffenden ~~Geschäftstätigkeit~~ ~~Geschäftsfelds nicht~~ weder für andere Geschäfte genutzt ~~oder noch~~ nur ~~mithilfe~~ erheblichen ~~nm~~ Verlust veräußert werden können.⁵⁶

– Drittens existieren insofern Risiken in Verbindung mit anderen Tätigkeiten auf demselben sachlich relevanten Markt, als der Auftraggeber im Rahmen des Vertreterverhältnisses vom Handelsvertreter ~~ausdrücklich oder faktisch~~⁵⁷ verlangt, diese durchzuführen, allerdings nicht im Namen des Auftraggebers, sondern auf eigenes Risiko.

(30) Für die Anwendung von Artikel 101 Absatz 1 AEUV gilt eine Vereinbarung als Handelsvertretervertrag, wenn der Handelsvertreter ~~in dem jeweils betrachteten Vertretungsverhältnis~~⁵⁸ keine oder nur unbedeutende Risiken der vorgenannten drei Arten trägt. ~~Vertretungsverhältnisse mit anderen Auftraggeber bleiben außer Betracht, mit Ausnahme der in Rn. 42 beschriebenen Fälle. Damit ist es für die Einordnung des Vertragsverhältnis als Handelsvertreterverhältnis unerheblich, für wie viele Auftraggeber der Vertreter gleichzeitig tätig ist.~~⁵⁹ Für die Beurteilung [...].

(31) [...]

(a) [...]

(f) ~~weder unmittelbar noch mittelbar verpflichtet ist, in verkaufsfördernde Maßnahmen zu investieren und sich z. B. an den Werbeaufwendungen des Auftraggebers oder an Werbe- oder verkaufsfördernden Maßnahmen, die sich speziell auf die Vertragswaren oder -dienstleistungen beziehen, zu beteiligen~~⁶⁰

⁵⁶ Die vorgeschlagene Änderung soll verdeutlichen, dass es erstens um den Zeitpunkt der Beendigung des konkreten Handelsvertreterverhältnisses geht und zweitens die weitere Nutzbarkeit und Veräußerbarkeit zwei gleichrangig nebeneinanderstehende Kriterien sind (ausführlich dazu bereits oben A.I.2.a)i) auf Seite 6).

⁵⁷ Durch diesen Zusatz soll deutlicher werden, dass es nicht allein auf eine ausdrückliche Aufforderung von Seiten des Auftraggebers ankommt, sondern es ausreicht, wenn der Geschäftsherr Umstände schafft, die einem ausdrücklichen „Verlangen“ gleich kommen.

⁵⁸ Siehe dazu erläuternd A.I.4 auf Seite 13.

⁵⁹ Siehe erläuternd dazu A.I.4 auf Seite 13.

⁶⁰ Dazu erklärend A.I.2.c) auf Seite 10.

(fg)⁶¹ nicht in marktspezifische Ausrüstungen, Räumlichkeiten, Mitarbeiterschulungen oder Werbung speziell für die Vertragswaren oder -dienstleistungen investiert, wie z. B. einen Kraftstofftank im Fall des Kraftstoff Einzelhandels (sofern der Kraftstofftank aufgrund seiner speziellen Kennzeichnung (z.B. Corporate-Identity-Emblem) einem bestimmten Mineralölanbieter zuzuordnen ist bzw. aufgrund seiner Beschaffenheit nur für einen bestimmten Mineralölanbieter verwendet werden kann),⁶² spezielle Software für den Verkauf von Policen im Fall von Versicherungsvermittlern oder Werbung für Strecken oder Zielorte im Fall von Reisevermittlern, die Flüge oder Hotelunterkünfte verkaufen, es sei denn, der Auftraggeber übernimmt diese Kosten in vollem Umfang;

(gf) weder unmittelbar noch mittelbar verpflichtet ist, in verkaufsfördernde Maßnahmen zu investieren und sich z. B. an den Werbeaufwendungen des Auftraggebers oder an Werbe- oder verkaufsfördernden Maßnahmen, die sich speziell auf die Vertragswaren oder -dienstleistungen beziehen, zu beteiligen; ungeachtet dessen besteht die Möglichkeit des Handelsvertreters freiwillig auf eigene Kosten in solche verkaufsfördernden Maßnahmen über das nach objektiver Betrachtung erforderliche Maß zu investieren bzw. diese durchzuführen, vorausgesetzt, es besteht kein faktischer Zwang, beispielsweise, weil der Auftraggeber nicht ausreichend investiert;⁶³

~~(h) keine anderen Tätigkeiten auf Verlangen des Auftraggebers im Rahmen des Handelsvertretervertrags auf demselben sachlich relevanten Markt wahrnehmen muss (z. B. die Lieferung der Waren), es sei denn, der Auftraggeber übernimmt die Kosten hierfür in vollem Umfang.~~⁶⁴

(32) Wenn der Handelsvertreter eines oder mehrere der unter den Randnummern 28 bis 31 dieser Leitlinien genannten Risiken oder Kosten zu tragen hat, **die nach einer isolierten Betrachtung oder deren Gesamtbetrachtung nicht lediglich unbedeutend sind,**⁶⁵ wird die Vereinbarung zwischen Vertreter und Auftraggeber nicht als Handelsvertretervertrag eingestuft. Die Frage des Risikos muss im Einzelfall **für das betreffende Verhältnis zwischen Vertreter und Auftraggeber**⁶⁶

⁶¹ Dazu erklärend A.I.2.c) auf Seite 10.

⁶² Dazu erklärend A.I.2.a).ii) auf Seite 7.

⁶³ Dazu erklärend A.I.2.c) auf Seite 10.

⁶⁴ Dazu erklärend A.I.2.b) auf Seite 8

⁶⁵ Diese Anpassung dient zum einen der Klarstellung. Denn es soll verhindert werden, dass die Vertikal-LL für inhaltlich widersprüchlich gehalten werden (so bspw. Langen/Bunte/Nolte, 13. Aufl. 2018, Bd. 2, AEUV nach Art. 101 Rn. 699 ff), weil an anderer Stelle (Rn. 30 und 33 Vertikal-LL-E) die Übernahme „unbedeutende Risiken / Kosten“ als unschädlich angesehen wird. Gleichzeitig wird verdeutlicht, dass dabei nicht nur die isolierte Betrachtung einzelner Risiken/ Kosten, sondern auch deren Gesamtschau ausschlaggebend ist.

⁶⁶ Durch diese Anpassung soll klargestellt werden, dass es bei der Risikobetrachtung auf das konkrete Verhältnis zwischen Vertreter und Auftraggeber ankommt und Vertreterverhältnisse mit anderen Auftraggebern außer Betracht blieben; näher dazu A.I.4 auf Seite 13.

beantwortet werden, wobei vorzugsweise auf die tatsächlichen wirtschaftlichen Gegebenheiten und weniger auf die Rechtsform abzustellen ist. Aus praktischen Erwägungen [...]

3.2.2 Anwendung von Artikel 101 Absatz 1 AEUV auf Handelsvertreterverträge

(39) [...]

(a) [...]

(c) die (End-)Preise und die Bedingungen, zu denen der Vertreter die Vertragswaren oder -dienstleistungen verkaufen oder ankaufen muss. **Davon umfasst ist auch die Vorgabe des Auftraggebers an den Handelsvertreter, seine Provision gar nicht oder nur zu einem bestimmten Anteil an die Kunden des Auftraggebers weiterzugeben.**⁶⁷

(40) In Fällen dagegen, in denen der Handelsvertreter eines oder mehrere der unter den Randnummern 28 bis 31 dieser Leitlinien beschriebenen Risiken trägt, gilt die Vereinbarung zwischen dem Vertreter und dem Auftraggeber für die Zwecke des Artikels 101 Absatz 1 AEUV nicht als Handelsvertretervertrag (**sog. unechte Handelsvertretung**). Der Vertreter wird folglich als unabhängiges Unternehmen betrachtet, und die Vereinbarung zwischen dem Vertreter und dem Auftraggeber fällt wie jede andere vertikale Vereinbarung unter Artikel 101 Absatz 1 AEUV. Aus diesem Grund stellt Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe k Vertikal-GVO klar, dass ein Unternehmen, das auf der Grundlage einer unter Artikel 101 Absatz 1 fallenden Vereinbarung Waren oder Dienstleistungen für Rechnung eines anderen Unternehmens verkauft, Abnehmer ist.

(41) [...].

3.2.3 Handelsvertretung und Online-Plattformwirtschaft

(44) **Für die Frage, ob Unternehmen, die Online-Vermittlungsdienste bereitstellen, für die Zwecke der Anwendung von Artikel 101 Absatz 1 AEUV als Handelsvertreter gewertet werden, kommt es nicht darauf an, dass sie werden auf der Grundlage der Vertikal-GVO als Anbieter eingestuft werden (siehe auch Randnummern 60 bis 64 dieser Leitlinien) und können deshalb grundsätzlich nicht als Handelsvertreter für die Zwecke der Anwendung von Artikel 101 Absatz 1 AEUV gewertet werden.**⁶⁸ Denn entscheidend ist, ob die unter Rn. 27 bis 38 dargestellten

⁶⁷ Es sollte klargestellt werden, dass der Auftraggeber auch die Möglichkeit hat, dem echten Handelsvertreter ein sog. Provisionsweitergabeverbot aufzuerlegen. Ein solches Verständnis steht im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH (EuGH, Urt. v. 11.9.2008, Rs. C-279/06, ECLI:EU:C:2008:485, Rn. 41 – CEPSA II mit Verweis auf EuGH, Urt. v. 14.12.2006, Rs. C-217/05, ECLI:EU:C:2006:784, Rn. 62 f. – CEPSA I). Zwar wird dort nicht der Begriff „Provisionsweitergabeverbot“ verwendet, allerdings hat der Geschäftsherr nach Auffassung des EuGH die Möglichkeit, Endverkaufspreise festzulegen, was gleichzeitig bedeutet, dass er seinem Handelsvertreter verbieten kann, Teile der Provision an Kunden des Auftraggebers weiterzureichen; dazu auch A.II.1. auf Seite 15.

⁶⁸ Erläuternd dazu A.III.1. auf Seite 17.

Voraussetzungen einer echten Handelsvertretung erfüllt sind.⁶⁹ Vorbehaltlich der konkreten Prüfung im Einzelfall werden ~~Des Weiteren sind~~ Anbieter von Online-Vermittlungsdiensten in der Regel als unabhängige Marktteilnehmer tätig und nicht als Teil der Unternehmen der Verkäufer, für die sie die Online-Vermittlungsdienste bereitstellen.⁷⁰ Starke Netzwerkeffekte und andere Merkmale der Online-Plattformwirtschaft können zu deutlichen Ungleichgewichten bei der Größe und der Verhandlungsmacht der Vertragsparteien führen und zu einer Situation führen, in der die Bedingungen, zu denen die Vertragswaren oder -dienstleistungen verkauft werden, und die Geschäftsstrategie vom Anbieter der Online-Vermittlungsdienste bestimmt werden und nicht von den Verkäufern der vermittelten Waren oder Dienstleistungen. ~~Es ist daher genau zu untersuchen, wer in diesem Verhältnis tatsächlich die Geschäftsstrategie bestimmt.~~⁷¹ Da es auf die Betrachtung des betreffenden Verhältnisses zwischen dem Anbieter der Online-Vermittlungsdienste und dem jeweiligen Verkäufer ankommt, ist es unerheblich für die Einordnung des Verhältnisses als echte Handelsvertretung, ~~Darüber hinaus bedienen~~ob der Anbieter von Online-Vermittlungsdiensten ~~oft~~für eine sehr große Zahl von Verkäufern ~~nebeneinander~~ tätig wird.⁷², ~~was sie daran hindert, wirksam einen Teil eines der Unternehmen der Verkäufer zu bilden.~~ Auch tätigen Anbieter von Online-Vermittlungsdiensten in der Regel bedeutende marktspezifische Investitionen, zum Beispiel in Software, Werbung und Kundendienst nach dem Verkauf, woraus sich schließen lässt, dass diese Unternehmen erhebliche finanzielle oder geschäftliche Risiken in Verbindung mit den Verträgen tragen, die sie im Namen der Verkäufer, die ihre Online-Vermittlungsdienste in Anspruch nehmen, aushandeln.

* * *

⁶⁹ Auch bei Vertragsverhältnissen mit Online-Handelsplattformen muss es auf dieselben Voraussetzungen einer echten Handelsvertretung ankommen. Näher dazu A.III.2. auf Seite 18.

⁷⁰ Hilfestellung für die Praxis, dass in der Regel Online-Handelsplattformen nicht als echte Handelsvertreter einzuordnen sein werden. Gleichzeitig wird betont, dass es auf die Prüfung der Voraussetzungen einer echten Handelsvertretung im konkreten Einzelfall ankommt.

⁷¹ Wenn jedoch der Verkäufer die Geschäftsstrategie bestimmt, kann es einer echten Handelsvertretung nicht entgegenstehen, wenn der Anbieter von Online-Vermittlungsleistungen gegenüber dem Verkäufer eine starke Stellung einnimmt. Denn entscheidend muss sein, ob der Anbieter diese Stellung auch tatsächlich ausnutzt und nicht, ob der Anbieter dazu in der Lage wäre die Geschäftsstrategie zu bestimmen; dazu A.I.1. auf Seite 3.

⁷² Eine Mehrfirmenvertretung steht einer echten Handelsvertretung nicht entgegen. Dazu erläuternd A.I.4. auf Seite 13.