

RECHTSWIDRIGE KICK-BACK-FEES ODER HANDELSMARKLERPROVISION DES AUSGELAGERTEN EINKAUFES?

RA Dr. Oliver M. Habel

tecLEGAL Habel RAe, München
habel@teclegal-habel.de

Zusammenfassung:

Dieser Beitrag will über eine neue im Wirtschaftsleben auftretende Organisation eines konzernweiten Einkaufs informieren und die Frage stellen, ob sich der zunächst einstellende negative Beigeschmack des Einkaufskonzepts bei dessen rechtlicher Prüfung bestätigt oder es sich um eine zulässige Einkaufsvariante mit erheblichem Optimierungspotential für das Einkaufs-Controlling handelt. Hierbei gilt die Betrachtung sowohl der Rechtsbeziehung zwischen dem ausgelagerten Einkauf zu den verschiedenen Konzerngesellschaften als auch dem Vertriebsverhältnis zwischen den Lieferanten und der externen Einkaufsgesellschaft des Konzerns, die letztlich bei einer Auftragserteilung ein erhebliches Entgelt für eine verbesserte Möglichkeit zum Platzieren von Angeboten an die Konzerngesellschaften des ausgelagerten Einkaufs zahlen sollen. Kartellrechtliche Einwendungen werden ebenso geprüft wie eine vertragstypologische Zuordnung vorgenommen, die zu dem Ergebnis führen, dass das Modell legal ist und legitimen Interessen eines Konzerneinkaufs dienen kann.

1 Einleitung

Was nützt der beste Rechner oder die optimalste Dienstleistung, wenn ein guter Vertrieb sie nicht auf dem Markt platzieren kann? Auf der umgekehrten Seite: Was nutzt ein Einkauf, wenn dieser nicht in der Lage ist, neue Bezugsquellen zu erschließen, intern die Beschaffungsbedarfe zu erfassen, zu koordinieren und die Konditionen zu optimieren? Der Vertrieb ist die Schlüsselstelle zur Generierung von Umsatz und damit von Gewinn für Unternehmen. Und das Spiegelbild zum Vertrieb ist der Einkauf auf der Kundenseite, der wesentlichen Anteil daran hat, ob der Kunde selbst u.a. aufgrund optimierter Beschaffung auf dem Markt wettbewerbsfähig bleibt und gute Gewinnmargen erzielt.

Spätestens seit den Tagen der Abwerbung des Chefeinkäufers von General Motors José Agnazio López de Avriortúa durch den VW Konzern in 1993 und der daran anknüpfenden massiven rechtlichen Auseinandersetzung zwischen GM und VW, aber auch der Umsetzung einer wirtschaftlichen Gnadenlosigkeit beim Einkauf ist in der Öffentlichkeit bekannt, welche wirtschaftliche Rolle der Einkauf für Unternehmen spielt. Eine neue Variante einer möglichen Optimierung des Einkaufs ist bei mir Gegenstand meiner beruflichen Rechtsberatung geworden, die mich aufhorchen ließ, ob dieses Modell in Zeiten der erhöhten Anforderungen an eine Compliance, also Sicherstellung des rechtmäßigen Verhaltens in allen Teilen einer Konzernstruktur rechtmäßig so umgesetzt werden kann. Der ausgelagerte Einkauf eines internationalen Konzerns will sich von Lieferanten ein beträchtliches Entgelt in Höhe von einigen Prozentpunkten des konzernweiten Umsatzes

von Lieferanten zahlen lassen. Wofür? Will sich der Konzern nun den eigenen Einkauf von seinen Lieferanten finanzieren lassen? Im Einzelnen:

2 Zum Sachverhalt

K ist ein internationaler Konzern mit Sitz der Konzernmutter in Deutschland und hat Konzerngesellschaften weltweit in einer dreistelligen Zahl. Die Konzerngesellschaften beziehen u.a. IT von verschiedensten Herstellern weltweit. Dieser Einkauf wird weltweit neu organisiert, indem drei neue 100 %ige Tochtergesellschaften gegründet werden, die zentral für die ihnen zugewiesenen Regionen für den Einkauf von IT aller Tochtergesellschaften zuständig sind mit Sitz in Deutschland, den USA bzw. Südostasien.

2.1 Geschäftsmodell

Aufgabe dieser Einkaufsgesellschaften soll es sein, eine optimierte Kommunikation zu potentiellen Lieferanten aufzubauen, sich also verbesserte Einkaufsmöglichkeiten zu verschaffen, in dem man den sich an der hier besprochenen Vereinbarung beteiligenden Lieferanten eine „strategische Lieferanten“-Position zusagt, bei der der Einkauf sie über alle Beschaffungsvorgänge im Konzern informiert, sie unterstützt, inhaltlich und formal passende Angebote an die betreffende Konzerngesellschaft abzugeben usw. Als Gegenleistung fordert die Einkaufsgesellschaft vollständige Informationen über sämtliche Verkäufe des Lieferanten an Konzerngesellschaften weltweit, zu der Art der jeweiligen Leistung, zu den Preisen und zu den Lieferbedingungen. Des Weiteren soll der Lieferant einen Prozentsatz seiner weltweiten Umsätze mit Konzerngesellschaften dem Einkauf zahlen. Im konkreten Fall waren 7 % gefordert worden. Man einigte sich auf eine Staffelung zwischen 2 und 6 Prozent.

2.2 Vorteile bei den Konzerngesellschaften

In dem hier besprochenen Vertrag, der als „Volumenabhängige Service-Entgeltvereinbarung“ bezeichnet wird, beschreibt der externe Einkauf des Konzerns sein Konzept so:

Für die Konzerngesellschaften generiert der externe Einkauf Vorteile, Marktanalysen sowie die Identifizierung neuer Lieferanten und alternativer Hersteller, um die Qualität zu verbessern und Kosten zu optimieren. Im Einzelnen:

- eine Auswahl von Lieferanten nach definierten Qualitätskriterien
- ständiger Dialog mit den strategischen Lieferanten zu Innovationen und Verbesserungen für Konzerngesellschaften
- Identifizierung und Ausarbeitung von Verhandlungszielen, Strategien und deren Umsetzungen in einem kontinuierlich fortschreitenden Prozess
- Benchmarking und Best-in-Class-Ergebnisse für die Bewertung von Lieferantenbeziehungen
- Entwicklung von optimierten Lieferantenkapazitäten durch eine wettbewerbsorientierte Lieferantenbeziehung auf Managementseite

2.3 Leistungen an „strategische Lieferanten“

Dem „strategischen Lieferanten“ bietet der externe Einkauf als Leistungen an:

- regelmäßige strategische Treffen mit Gesprächen über mögliche Lieferantenbeziehungen zu Konzerngesellschaften innerhalb deren Strategie und deren Projekten
- jährliche Lieferantenauswahl und ein Rating einschließlich der Benennung von Bewertungsmaßstäben, um kontinuierlich Leistungen zu verbessern
- regelmäßiger Austausch mit dem Lieferanten-Management, um tägliche Geschäftsvorfälle anzusprechen und zu lösen

2.4 Provisionspflicht

Der strategische Lieferant soll als Gegenleistung einen nicht geringen Prozentsatz seiner weltweiten Umsätze mit den Konzerngesellschaften als Service-Entgelt an den externen Einkauf bezahlen.

2.5 Informationspflichten des „strategischen Lieferanten“

Quartalsmäßig soll der strategische Lieferant eine detaillierte Excel-Liste über seine Umsätze weltweit mit den Konzerngesellschaften vorlegen. Im Einzelnen:

- Bezeichnung der Dienstleistung oder des Produktes
- Name des Projektes
- Auftragsnummer
- Rechnungsnummer
- Brutto-Rechnungsbetrag
- Netto-Rechnungsbetrag
- Rechnungsdatum
- Währung
- Kundenname
- Land des Kunden.

2.6 Anwendbares Recht

Deutsches Recht soll auf den Vertrag Anwendung finden unter Ausschluss des UN-Kaufrechts.

3 Rechtliche Qualifizierung

3.1 Übersicht der rechtlichen Themen, die den Vertrag berühren

Zunächst stellt sich kartellrechtlich die Frage, ob der Einkauf unzulässig den Markt für Unternehmen beschränkt, die kein strategischer Lieferant, also Vertragspartner des Einkaufs sind und ob hier ein Verhalten eines marktbeherrschenden oder eines Unternehmens mit relativer oder überlegender Marktmacht vorliegt. Des Weiteren fragt sich, ob möglicherweise bei den Konzerngesellschaften eine verdeckte Gewinnentnahme stattfindet, da davon auszugehen ist, dass strategische Lieferanten das an den externen Einkauf zu zahlende Entgelt in irgendeiner Weise auf die Preise wieder aufschlagen werden. Unter Compliance-Gesichtspunkten ist zu fragen, ob die Service-Leistungen des externen Einkaufs gegenüber den Lieferanten nicht nur vordergründig sind, weil dies Tätigkeiten sind, die zumindest zum Teil ein Einkauf ohnehin vornehmen würde, jedenfalls aber in der Nützlichkeit der

Service-Leistungen (vorstehend 2.3) für den strategischen Lieferanten nicht im Verhältnis zu dem geforderten Entgelt steht. Welche Rechtsnatur hat dieser Vertrag?

3.2 Geschäftsbeziehung zwischen dem externen Einkauf und den Konzerngesellschaften

Es ist vorliegend nicht bekannt, wie der Konzern in der eigenen Struktur die Geschäftsbeziehung zwischen dem neu geschaffenen externen Einkauf und den Konzerngesellschaften ausgestaltet hat außer der Tatsache, dass der externe Einkauf nicht selbst die Verträge zur Beschaffung mit den Lieferanten abschließt, sondern der Abschluss durch die einzelnen Konzerngesellschaften erfolgen soll.

Die Verpflichtung des strategischen Lieferanten zur Zahlung von einigen Prozentpunkten der weltweiten Umsätze mit den Konzerngesellschaften an den externen Einkauf könnte ein Vertrag zu Lasten Dritter sein, da anzunehmen ist, dass ein strategischer Lieferant versuchen wird, diese Mehrkosten an den Endkunden weiterzureichen. Es ist an keiner Stelle des Vertrages ein Einfrieren der Preise nach oben anlässlich des Abschlusses dieses Vertrages vorgesehen.

Ein Vertrag zu Lasten Dritter wird aber hier entfallen, da dieser Dritte, also vorliegend die einzelnen Konzerngesellschaften, aufgrund ihrer Konzernstruktur tatsächliche Vorteile aus der Vereinbarung mit einem strategischen Lieferanten hat, wie u.a. auch in dem Vertrag aufgelistet ist, welche Vorteile der externe Einkauf den Konzerngesellschaften bietet. Es ist die Optimierung des Einkaufes durch ein professionelles System einer internationalen Kostenkontrolle, der Erueierung von Second Sources, einem Benchmarking und der Erarbeitung von objektiven Auswahlkriterien, dies als ein fortdauernder und sich weiterentwickelnder Beschaffungsprozess. Die Vorteile sind auch unter dem Aspekt des Gesamtkonzerns erheblich, da dieselben Produkte auf verschiedenen Märkten sicher auch zu unterschiedlichen Konditionen angeboten werden.

3.3 Vertragliche Beziehung zu den strategischen Lieferanten

3.3.1 Deutsches und EU-Kartellrecht

3.3.1.1 3.3.1.1 Art. 101 AEUV, § 1 GWB

Eine wettbewerbswidrige Vereinbarung im Sinne von Artikel 101 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) setzt eine Vereinbarung aufeinander abgestimmter Verhaltensweisen voraus, welche den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten beeinträchtigen kann und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarktes bezweckt oder bewirkt.

Der vorliegende Vertrag bezieht sich nur auf die Rechtsbeziehung zwischen dem externen Einkauf sowie einzelnen konkreten strategischen Lieferanten. Die Vereinbarung betrifft lediglich das Verhältnis zwischen dem strategischen Lieferanten und den einzelnen Konzerngesellschaften, zu denen auch der externe Einkauf selbst zu 100 % gehört. Es können keine Beschränkungen des sonstigen Geschäftsverkehrs zwischen den strategischen Lieferanten und deren anderen Kunden oder potentiellen Kunden festgestellt werden. Auch sind keine Begrenzungen für sonstige mögliche Geschäfte zwischen dem strategischen Lieferanten und Konzerngesellschaften enthalten.

Die Verpflichtung des strategischen Lieferanten zur Mitteilung von Informationen zu Beschaffungsvorgängen der Konzerngesellschaften mit dem strategischen Lieferanten verpflichtet diesen lediglich zu Informationen bezogen auf Konzerngesellschaften, dies an den externen Einkauf, der selbst auch 100 %ige Tochter innerhalb des Konzerns ist. Es werden deshalb keine Informationen an fremde Marktteilnehmer gegeben. Im Gegenteil, der Konzern könnte auch eine interne Informationsstruktur aufbauen, um diese Informationen selbst zu erheben. Aus den vorgenannten Gründen kann in diesem Vertrag auch keine verbotene wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung im Sinne von § 1 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) gesehen werden, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken müsste.

3.3.1.2 Art. 102 AEUV, §§ 19,20 GWB

Ein Verstoß gegen 102 AEUV würde voraussetzen, dass der Konzern in der Person des externen Einkaufs eine beherrschende Stellung auf dem Binnenmarkt oder auf einem wesentlichen Teil desselben ausnützt und dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen. Diese Regelung entspricht §§ 19, 20 GWB.

Eine Marktanalyse zum Anteil der Konzerngesellschaften am Beschaffungsmarkt für IT in Deutschland und/oder EU liegt nicht vor. Gesagt werden kann, dass es sich um einen IT-branchenfremden Konzern handelt, der auch in dem Teilbereich einer Beschaffung „IT“ im untersten einstelligen Bereich des Anteils am Beschaffungsmarkt bleiben wird. Deshalb fehlt es an einem Anzeichen, dass der Konzern eine Marktmacht hat, die mögliche Lieferanten faktisch dazu zwingen könnte, auch in diese Vereinbarung über eine strategische Lieferantenbeziehung mit den externen Einkauf einzutreten. Dies gilt sowohl für eine Marktbeherrschung als auch für eine nicht vorliegende relative oder überlegende Marktmacht.

3.3.2 Dienstvertragliche Leistungsbestandteile

Zusammenfassend formuliert, verpflichtet sich der externe Einkauf, einen strategischen Lieferanten nicht nur über mögliche Geschäftsabschlüsse zu informieren, sondern ihn dabei die Informationen an die Hand zu geben, wie er bei Beschaffungsvorgängen das eigene Angebot am besten platziert, in dem z.B. Informationen zu dem konkreten Projekt gegeben werden oder zu den zeitlichen und finanziellen Lieferanforderungen, zur Darstellung der Technik usw. Diese Leistungen kann man als Dienstleistung im Sinne von § 611 BGB qualifizieren.

3.3.3 Die Vermittlung von Abschlüssen als vertragliche Leistung

Die Hauptbedeutung des Vertrages wird aber für den strategischen Lieferanten sein, vom externen Einkauf zu erfahren, wo im Konzern Beschaffungen anstehen und der Lieferant hierdurch die Möglichkeit hat, ein Angebot zu platzieren und damit seine Lieferantenposition bei den Konzerngesellschaften auf- und auszubauen. An diese Informationen kann ein strategischer Lieferant zwar auch mit Hilfe seines eigenen Vertriebs kommen, vorausgesetzt aber, dass der Lieferant in allen Ländern, in denen Konzerngesellschaften bestehen, präsent ist und auch faktisch Zugang zu diesen Informationen bekommt. Die Leistung des externen Einkaufs ist also die potentielle Vermittlung eines Geschäftsabschlusses.

3.3.3.1 Handelsvertreterrecht

Begründet dies ein Handelsvertreterverhältnis (mit einem etwaigen späteren Anspruch auf nachvertraglichen Ausgleich) oder eine Maklertätigkeit des externen Einkaufs?

Handelsvertreter ist, wer als selbständiger Gewerbetreibender ständig damit betraut ist, für einen anderen Unternehmer Geschäfte zu vermitteln oder in dessen Namen abzuschließen, § 84 Abs. 1 Satz 1 Handelsgesetzbuch (HGB).¹ Der externe Einkauf ist als selbständige juristische Person ein Dritter, der auch gewerbsmäßig handelt. Der externe Einkauf müsste aber von dem strategischen Lieferanten „ständig damit betraut sein“, für diesen Lieferanten Geschäfte zu vermitteln oder abzuschließen. Die ständige Betrauung stellt ein Dauerschuldverhältnis dar, das auf die Vermittlung bzw. den Abschluss von einer Vielzahl nicht vorher bestimmter Geschäfte gerichtet ist. Auf Seiten des Handelsvertreters besteht für die Dauer der Betrauung die Pflicht zum Tätigwerden.²

Es ist aber offenkundig, dass der externe Einkauf vorliegend sich nicht verpflichten will, für einen konkreten strategischen Lieferanten in den eigenen Konzern hinein Geschäftsabschlüsse zu vermitteln. Der externe Einkauf gibt lediglich von Fall zu Fall Informationen zu Beschaffungsvorgängen innerhalb des Konzerns an ggf. mehrere strategische Lieferanten. Deshalb fehlt es an einer „ständigen Betrauung mit Geschäftsabschlüssen“.

3.3.3.2 Handelsmaklertätigkeit

Die Tätigkeit des externen Einkaufs kann sich als Handelsmaklertätigkeit im Sinne von § 93 Abs. 1 HGB darstellen. Dies wäre der Fall, wenn der externe Einkauf gewerbsmäßig für andere ohne von ihnen aufgrund eines Vertragsverhältnisses ständig damit beauftragt zu sein, die Vermittlung von Verträgen über die Anschaffung oder Veräußerung von Waren übernommen hat.

Die Unterscheidung zum Makler im Sinne von § 652 BGB besteht darin, dass ein Makler im Sinne von § 652 BGB bereits Anspruch auf einen Maklerlohn hat, wenn infolge des Nachweises oder in Folge der Vermittlung ein Vertrag zustande kommt. Beim Handelsmakler dagegen muss es sich um eine Vermittlung von Verträgen über Anschaffung oder Veräußerung von Waren handeln. Ein bloßer Nachweis genügt nicht.

In dem hier vorgestellten Vertrag wird vom strategischen Lieferanten ein Entgelt lediglich dann verlangt, wenn ein Vertrag zwischen dem strategischen Lieferanten und einer Konzerngesellschaft zustande gekommen ist.

Ist die vom externen Einkauf ausgeübte Tätigkeit eine Vermittlung von Verträgen? Eine Vermittlung geht über lediglich den Nachweis einer Abschlussmöglichkeit hinaus. Sie umfasst vielmehr Tätigkeiten des Handelsmaklers, die auf die beiden Parteien eines Vertragsabschlusses einwirken und die Abschlussbereitschaft fördern.³ Dieses Einwirken und Fördern der Abschlussbereitschaft ist aber

¹ BGH, NJW 1992, S. 2818 f; hierzu Canaris, Handelsrecht, 23. A., § 21 Rn.1 ff.

² Raimond Emde in Canaris/Habersack/Schäfer, Handelsgesetzbuch Großkommentar, 5. Auflage, 2008, § 84 RN. 65, 67; Canaris, a.a.O., § 17 Rn.13.

³ Von Hoyningen-Huene in Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch; 3. A., 2010, § 84 Rn. 58.

auch ausreichend. Eine Mitwirkungstätigkeit am Vertragsabschluss selber ist für die Vermittlung nicht erforderlich.⁴

Der vorliegende Sachverhalt kann unter diese Kriterien subsumiert werden, da der externe Einkauf sowohl im Innenverhältnis gegenüber den Konzerngesellschaften die Kriterien für eine Beschaffungsauswahl vorbereitet als auch im Verhältnis zum strategischen Lieferanten die Informationen übermittelt, die diesen in die Lage versetzt, ein spezifisches Angebot abzugeben. Es liegt also eine Vermittlung von Geschäftsabschlüssen als Tätigkeit im Verhältnis zum strategischen Lieferanten vor.

Negative Voraussetzung in § 93 Abs. 1 HGB ist, dass der Handelsmakler nicht aufgrund eines Vertragsverhältnisses ständig damit betraut ist, für den Auftraggeber Verträge zu vermitteln.⁵

Eine ständige Beauftragung setzt eine dauerhafte Vertragsbeziehung zwischen dem Handelsmakler und dem Lieferanten voraus. Eine solche ständige Beauftragung liegt aber nicht bereits bei einer wiederholten Beauftragung vor, solange jede Beauftragung sich auf die Vermittlung von einer spezifizierten Anzahl an Verträgen bezieht. Nach Canaris ist hinsichtlich dieses Merkmals noch zusätzlich zu differenzieren, ob neben der Ständigkeit auch eine Pflicht des Auftragnehmers zum Tätigwerden vorliegt. Deshalb soll in Fällen einer ständigen Geschäftsbeziehung aber ohne Pflicht zur Tätigkeit das Recht des Handelsmaklers zur Anwendung kommen. Dies ist auch die Abgrenzung zum Handelsvertreter.⁶

Im vorliegenden Sachverhalt verpflichtet sich der externe Einkauf zur Übermittlung von Informationen zu Beschaffungsvorgängen gegenüber dem strategischen Lieferanten. Ein Entgeltanspruch soll aber nur dann bestehen, wenn es zu einem Vertragsabschluss kommt. Dies ist bei Weitergabe der Informationen durch den externen Einkauf noch offen, da dieser diese Informationen voraussichtlich in der Regel an eine Mehrzahl von potentiellen Lieferanten gibt oder parallel eine Ausschreibung vornimmt. Der externe Einkauf hat keine Verpflichtung zur Vermittlung gegenüber einem konkreten strategischen Lieferanten. Die Vergabe wird sich erst nach dem Vorliegen verschiedener Angebot entscheiden. Deshalb liegt vorliegend zwar eine ständige Geschäftsbeziehung in Gestalt des geschlossenen Vertrages vor, die aber für den externen Einkauf nicht zu einer Pflicht zur Tätigkeit für den strategischen Lieferanten im Sinne einer Verpflichtung zur Vermittlung von Geschäftsabschlüssen führt. Damit kann angenommen werden, dass es sich vorliegend um einen Handelsmaklervertrag handelt.

3.3.4 Gemischter Vertrag

Der hier behandelte Vertrag hat also sowohl Dienst- als auch Maklertätigkeiten zum Gegenstand, ist also ein gemischter Vertrag. Für die Tätigkeit eines Handelsmaklers ist die Zahlung eines Maklerlohns vom Gesetzgeber vorgesehen, der je nach Branche auch aus unterschiedlichen Prozentsätzen am vermittelten Geschäftsvolumen errechnet wird. Solche Provisionen können durchaus auch 2 bis 7 % des Wertes des Geschäftsabschlusses wie beim vorliegenden Vertrag betragen. Die vom externen Einkauf im Vertrag vorgesehene Vergütung entspricht deshalb einem vom Gesetzgeber vorgesehenen Vertragstyp im Sinne eines Han-

⁴ BGH, U.v. 21.9.1973, IV ZR 89/72, WM 1974, S. 257.

⁵ Canaris, a.a.O., § 21 Rn.4.

⁶ Canaris, a.a.O., § 21 Rn.4.

delsmaklervertrages. Diese Tätigkeit gibt dem Vertrag auch sein Gepräge, da die Information zu Beschaffungsvorhaben für den strategischen Lieferanten das Hauptinteresse sein wird, so dass auf diesem gemischten Vertrag Handelsmaklerrecht angewendet werden kann.⁷

3.3.5 Compliance

3.3.5.1 Corporate Governance Kodex

Der deutsche Corporate Governance Kodex in der Fassung vom 26.5.2010⁸ definiert in Ziffer 4.1.3 Compliance als die in der Verantwortung des Vorstandes liegende Verpflichtung zur Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen und unternehmerischen Richtlinien. Hierzu wird auch gehören, sicherzustellen, dass kein Entgelt ohne Gegenleistung bezahlt wird oder kein unangemessen hohes Entgelt im Vergleich zur Gegenleistung, es sei denn, es handelt sich um eine bewusste Schenkung. Der negative Beigeschmack, der bei der ersten Konfrontation mit dieser Einkaufsgestaltung aufkam, erklärt sich aus dem ersten Eindruck, dass für etwas ein relativ hohes Entgelt gezahlt werden soll, dem nur eine verhältnismäßig geringe Dienstleistung im Sinne einer Informationshingabe gegenüber zu stehen scheint. Das Ergebnis der rechtlichen Prüfung, nach der vorliegend eine Handelsmaklertätigkeit vereinbart wird, führt zu einer Neubewertung. Eine auch hohe Vergütung für diese Tätigkeit ist im Handelsrecht durch den Gesetzgeber anerkannt und im Geschäftsleben üblich. Damit entfallen begründete Sorgen zu einer möglichen Rechtswidrigkeit des Vorhabens.

3.3.5.2 Regelungen zur Compliance im Vertrag

Die Vertragsverhandlungen zu dem Sachverhalt haben sich im Beispielsfall über mehrere Monate hingestreckt, weil lieferantenseitig nachgefragt wurde, ob diese Einkaufsgestaltung von einem Compliance-Officer beim Konzern geprüft wurde. Im weiteren Verlauf wurden Klarstellungen in den Vertrag aufgenommen, in denen der externe Einkauf erklärt, alle Konzerngesellschaften vom Bestehen dieser Vereinbarung und über die Konditionen zu informieren. Des Weiteren wurde eine komplexe Compliance-Formulierung aufgenommen, die die Vertragsparteien zur Einhaltung sämtlicher Gesetze verpflichtet, Vorgaben zur Transparenz und zum Verhalten anlässlich der Durchführung dieses Vertrages gibt. Dies greift den möglichen Interessenskonflikt beim externen Einkauf auf, der finanziell eher ein Interesse an höheren Preisen hat, da sich der Provisionsanspruch der Höhe danach richtet. Und es entspricht auch der Lebenserfahrung, dass Konzerngesellschaften durchaus selbständige Interessen für die eigene Positionierung im Konzern bilden können, um z.B. als Profit Center gut dazustehen inklusive der damit korrespondierenden Vergütung des Managements dieses Profit Centers.

4 Fazit

Die Organisation des Einkaufs in einer ausgelagerten Gesellschaft, die Geschäftsabschlüsse mit Lieferanten vermittelt und sich hierfür vom Lieferanten eine Provision zahlen lässt, kann ein Modell einer optimierten Beschaffung auf Konzernebene sein. Durch die Informationspflichten des Lieferanten kann ein konzernweites Einkaufs-Controlling aufgebaut werden, wobei man sonst im Konzern möglicherweise Schwierigkeiten hätte, diese Informationen konzernweit vollstän-

⁷ Grünberg in Palandt; BGB, 73. A., 2014, vor § 311 Rn. 26.

⁸ elektronischer Bundesanzeiger vom 2. Juli 2010

dig zu erhalten, insbesondere auch im Hinblick auf die Aktualität der Informationen.

Die Durchsetzung dieses Konzepts innerhalb eines Konzerns wird mit anderen Interessen bei Konzerngesellschaften kollidieren können, die möglicherweise nicht wollen, so eng kontrolliert zu werden, da es eigene Beschaffungsbefindlichkeiten in den Landesgesellschaften geben kann. Die strategischen Lieferanten werden sich nicht ohne weiteres gefallen lassen wollen, dass Preise und Produkte weltweit miteinander verglichen werden, obwohl die Voraussetzungen in den verschiedenen Ländern und Weltregionen für den Lieferanten ganz unterschiedlich sein können. Hinzu tritt der Aufwand bei einem Lieferanten, der einen Global Account führen muss. Die Landesgesellschaften werden die voraussichtlichen Mehrkosten ablehnen, die die Provisionszahlungen faktisch nach sich ziehen. Zusammengefasst, es wird eine Herausforderung für die Organisation des Einkaufs sein, die Reibungsverluste zu begrenzen.