

## Stellungnahme zur Novellierung der Vertikal-GVO 330/2010

Der Deutsche Franchiseverband e.V. vertritt als Spitzenverband die Interessen der deutschen Franchisewirtschaft im nationalen und internationalen wirtschaftspolitischen Umfeld. 2018 erwirtschafteten rund 1.000 Franchisegeber, gemeinsam mit mehr als 125.000 Franchisenehmern und ca. 715.000 Beschäftigten etwa 122,8 Milliarden Euro Umsatz. Damit stellen Franchise-Unternehmen eine stabile Größe innerhalb der mittelständischen Wirtschaft dar. Sowohl bei den Franchisegeber-Unternehmen als auch bei den Franchisenehmer-Unternehmen handelt es sich um kleine und mittelständische Unternehmen (KMU). Diese sehen sich in besonderem Maße dem Wettbewerb und den Herausforderungen des rasant steigenden Angebots von Waren und Dienstleistungen im Internet ausgesetzt. Vor allem die Konkurrenz der großen, international ausgerichteten Internethandelsunternehmen und –handelsplattformen wirkt sich immer stärker auch auf das stationäre Angebot von Franchisesystemen aus. Der wettbewerbsrechtliche Rahmen sollte aus Sicht der Franchisewirtschaft den Franchisesystemen ermöglichen, sich den neuen Herausforderungen und der neuen Konkurrenzsituation in einem fairen Wettbewerb stellen zu können.

Der Deutsche Franchiseverband begrüßt daher das Bestreben der Kommission, ihre Wettbewerbspolitik den veränderten Gegebenheiten und Erkenntnissen anzupassen. Die folgende Stellungnahme zeigt den Änderungsbedarf im Hinblick auf die Behandlung von Franchisevereinbarungen aus Sicht der deutschen Franchisewirtschaft auf.

Die Stellungnahme beruht zum Teil auf Ergebnissen einer Umfrage, welche der Deutsche Franchiseverband unter seinen Mitgliedern durchgeführt hat.

### 1. Know-how

*„Know-how“ ist in Art. 1 VGVO definiert als „eine Gesamtheit nicht patentgeschützter praktischer Kenntnisse, die der Anbieter durch Erfahrung und Erprobung gewonnen hat und die geheim, wesentlich und identifiziert sind; in diesem Zusammenhang bedeutet **„geheim“**, dass das Know-how nicht allgemein bekannt oder leicht zugänglich ist; **„wesentlich“** bedeutet, dass das Know-how für den Abnehmer bei der Verwendung, dem Verkauf oder dem Weiterverkauf der Vertragswaren oder -dienstleistungen bedeutsam und nützlich ist; **„identifiziert“** bedeutet, dass das Know-how so umfassend beschrieben ist, dass überprüft werden kann, ob es die Merkmale **„geheim“** und **„wesentlich“** erfüllt“ sind.*

Die Kommission hat den Begriff **„wesentlich“** für die aktuell geltende Fassung der VGVO geändert. Während es früher auf die Unerlässlichkeit (**„indispensable“**)

des Erfahrungswissens ankam, genügt es seit Erlass der VGVO 330/2010, dass das Erfahrungswissen „*bedeutsam und nützlich*“ ist.

Die Know-how-Definition in Art. 1 VGVO hat u.a. Auswirkung auf die

- Freistellung des einjährigen nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes: jenes ist nur freigestellt, wenn das Wettbewerbsverbot unerlässlich ist zum Schutze des Know-how (Art. 5 (b) 3 Spiegelstrich VGVO);
- Freistellung des zeitlich unbegrenzten Verbotes der Nutzung des Know-how des Franchisegebers (Art. 5 III letzter Satz) sowie die
- Freistellung von allgemeinen Pflichten zum Schutz des Know-how (siehe RN. 45 Leitlinien):

*(45) Die folgenden Verpflichtungen des Franchisenehmers in Bezug auf Rechte des geistigen Eigentums werden grundsätzlich als zum Schutz des geistigen Eigentums des Franchisegebers notwendig angesehen und sind durch die GVO freigestellt, soweit sie unter Artikel 101 Absatz 1 AEUV fallen:*

- *a) die Verpflichtung, weder unmittelbar noch mittelbar in einem ähnlichen Geschäftsbereich tätig zu werden;*
- *b) die Verpflichtung, keine Anteile am Kapital eines Wettbewerbers zu erwerben, sofern dies dem Franchisenehmer ermöglichen würde, das geschäftliche Verhalten des Unternehmens zu beeinflussen;*
- *c) die Verpflichtung, das vom Franchisegeber mitgeteilte Know-how nicht an Dritte weiterzugeben, solange dieses Know-how nicht öffentlich zugänglich ist;*
- *d) die Verpflichtung, dem Franchisegeber alle bei der Nutzung der Franchise gewonnenen Erfahrungen mitzuteilen und ihm sowie anderen Franchisenehmern die nichtausschließliche Nutzung des auf diesen Erfahrungen beruhenden Know-hows zu gestatten;*
- *e) die Verpflichtung, dem Franchisegeber Verletzungen seiner Rechte des geistigen Eigentums mitzuteilen, für die er Lizenzen gewährt hat, gegen Rechtsverletzer selbst rechtliche Schritte einzuleiten oder den Franchisegeber in einem Rechtsstreit gegen Verletzer zu unterstützen;*
- *f) die Verpflichtung, das vom Franchisegeber mitgeteilte Know-how nicht für andere Zwecke als die Nutzung der Franchise zu verwenden;*
- *g) die Verpflichtung, Rechte und Pflichten aus der Franchisevereinbarung nur mit Erlaubnis des Franchisegebers auf Dritte zu übertragen.*

Wie oben bereits erwähnt, genügt es seit Erlass der VGVO 330/2010 für die „**Wesentlichkeit**“ des Know-how, dass das Erfahrungswissen „*bedeutsam und nützlich*“ ist. Infolge der Modifizierung des Begriffes der „Wesentlichkeit“ wurden

die Anforderungen an die Bedeutung des Know-how praktischen Erfordernissen angepasst. Der Know-how-Begriff hat sich in der Praxis nach der Mitgliederumfrage weitgehend bewährt.

Probleme bestehen jedoch weiterhin im Zusammenhang mit dem Begriff „**geheim**“. Denn häufig sind viele Teile des Erfahrungswissens des Franchisegebers und sogar Handlungsanleitungen über ein im Franchisesystem angewandtes Verfahren auch frei in der Öffentlichkeit verfügbar. Erst recht gilt dies bei Einbeziehung des Internets („*Ubiquität des Wissens*“). Tatsächlich geheim ist dann nur die Kombination der einzelnen Elemente bzw. die konkrete Umsetzung im Franchisesystem.

**Beispiel Pommes:** Das Fritieren von Pommes ist bekannt, wie es aber genau bei einem Franchisesystem abläuft, ist letztlich System-Know-How.

In der Praxis hat diese Unsicherheit darüber, ob es sich um „geheimen“ und damit schutzfähiges Know-how handelt, zu einer Fülle von Rechtsstreitigkeiten und Auseinandersetzungen mit ausgeschiedenen Franchisenehmern und dritten Nachahmern geführt.

**Beispiel Subway:** Das weltweit bekannte Franchisesystem Subway führte in Deutschland einen jahrelangen Rechtsstreit über die Frage, ob und inwieweit Franchisenehmer nach ihrer Trennung vom Franchisesystem die typischen Systemmerkmale des Subway-Franchiserestaurants weiter nutzen dürfen. Die ehemalige Subway-Franchisenehmer hatten ihre Restaurants mit einer im Wesentlichen identischen Produktpalette an den bisherigen Standorten unter Weiterverwendung der von ihnen angeschafften Einrichtungsgegenstände mit gleichem Verkaufskonzept ("Baukastenprinzip" mit "Bestellstraße") im Verbund (unter der eigenen und neuen Marke "fresh!") weiterbetrieben. Sie hatten geltend gemacht, dass die typischen Systemmerkmale eines Subway-Restaurants kein schutzfähiges Know-How darstellen würden. Es handele sich nicht um ein "*bedeutsames und nützliches*" Erfahrungswissen. Das zuständige Oberlandesgericht Schleswig (Urteil vom 26.09.2013, 16 U Kart. 50/13) sah eine Herkunftstäuschung aufgrund der geänderten Marke *fresh!* über dem Eingang sowie aufgrund der durchgängigen farblichen Umgestaltung sowohl der Möbel als auch des Tresen- sowie Getränkebereichs und schließlich der Menü- und Hinweisschilder als ausgeschlossen an.

**Beispiel Peter Pane:** Das Franchisesystem „Hans im Glück“ hatte den Masterfranchisevertrag mit seinem norddeutschen Franchisenehmer im Jahre 2015 gekündigt. Dieser machte sich daraufhin an den gleichen Standorten und mit nur geringen Änderungen bei der Einrichtung mit der eigenen Marke „Peter Pane“ selbständig. Gestritten wurde einerseits um die Kündigung, aber andererseits auch um die Art der Einrichtung der Schnellrestaurants. Zum System "Hans im Glück" gehört die Dekoration mit Birkenstämmen. Gestritten wurde in dem Prozess unter anderem darüber, ob "Peter Pane" die Rechte von "Hans im Glück" am Baumdekor verletzt

habe. Nachdem das Landgericht in erster Instanz „Hans im Glück“ Recht gegeben hatte, einigte man sich auf einen Vergleich.

Der Deutsche Franchiseverband empfiehlt vor dem Hintergrund dieser häufigen Auseinandersetzungen, den Begriff „*geheim*“ dahingehend zu verstehen, dass auch die konkrete Art der Kombination von bekannten Einzelementen/-informationen ein geheimes Know-how darstellen kann.

Insoweit verweisen wir auf den Begriff „geheim“, wie er in Artikel 2 Nr. 1 lit. a) VO (EU) 2016/945 (sogenannte Know-How Richtlinie) definiert ist. Konkret heißt es dort:

*„[Informationen] sind in dem Sinne **geheim**, dass sie weder in ihrer Gesamtheit **noch in der genauen Anordnung und Zusammensetzung** ihrer Bestandteile den Personen in den Kreisen, die üblicherweise mit dieser Art von Informationen umgehen, allgemein bekannt oder ohne weiteres zugänglich sind“.* **[Hervorhebung des Unterzeichners]**

In jedem Fall ist erforderlich, das Verhältnis zum Begriff „geheim“ des Artikel 2 Nr. 1 lit. a) VO (EU) 2016/945 (sogenannte Know-How Richtlinie) zu dem Begriff „geheim“ der Know-how-Definition in Art. 1 der Vertikal-GVO zu harmonisieren.

Zudem könnte noch mehr verdeutlicht werden, dass auch insbesondere **wirtschaftliches Know-how** ausreicht. Insoweit wäre eine Klarstellung in den zukünftigen Leitlinien wünschenswert.

Schließlich wäre es aus Sicht des Deutschen Franchiseverbandes aufgrund der Komplexität der Handhabung des Know-how-Begriffs im Rahmen von Franchisesystemen hilfreich, in den zukünftigen Leitlinien für vertikale Beschränkungen („Vertikal-Leitlinien“, aktuelle Fassung: 2010/C 130/01) **praktische Beispiele** für das Vorliegen der Bedingungen und Voraussetzungen von Know-how eines Franchisesystems aufzunehmen.

## 2. **Doppelte Marktanteilschwelle (Art. 3)**

*Nach Art. 3 VGVO erfordert die Gruppenfreistellung, dass weder der Franchisegeber noch der Franchisenehmer einen Marktanteil von 30% oder mehr auf den betroffenen Märkten haben. Damit ist der Marktanteil sowohl des Franchisegebers als auch des Franchisenehmers für die Anwendung der Gruppenfreistellung entscheidend. Nur soweit ein Marktanteil von 30% nicht überschritten wird, sind alle Wettbewerbsbeschränkungen, die nicht in Artikel 4 (Hardcore-Beschränkungen) oder 5 (Wettbewerbsverbote, die bestimmten Voraussetzungen unterliegen), aufgeführt sind, gruppenfreigestellt.*

Die **Feststellung des betroffenen Marktes** stellt für einige große Franchisesysteme laut Mitgliederumfrage kein größeres Problem dar. Anders ist es bei den kleineren und mittleren Systemen. Die Mehrheit der (kleinen und großen) Mitglieder beklagen Schwierigkeiten bei der **Feststellung der betroffenen Marktanteile**.

Viele kleine Systeme sehen sich insbesondere in der Anfangsphase zudem finanziell oder von ihren Ressourcen her gar nicht in der Lage, selber oder mit Hilfe von Dritten die notwendigen Feststellungen zur Bestimmung der

betroffenen Märkte bzw. Marktanteile vorzunehmen. Hier wäre zumindest eine zeitliche Ausnahme von z.B. 3-5 Jahren beginnend mit dem Start des Franchisesystems wünschenswert.

Nach den Leitlinien ist bei Franchisesystemen auf den Anteil des Franchisenehmers mit seinen Waren bzw. Dienstleistungen auf den Absatzmärkten abzustellen (siehe Ziff. 92 der Leitlinien). Die Feststellung des Marktanteils des Franchisenehmers auf den **lokalen Absatzmärkten** erweist sich dabei als schwierig. Daten über lokale Absatzmärkte liegen letztlich nicht vor. Die lokalen Marktanteile hängen zudem von der Entwicklung des lokalen Marktes ab. Scheidet ein Konkurrent aus, kommt es schnell zu erheblichen Marktanteilszuwächsen. Zudem kann es Fälle geben, in denen der Franchisenehmer auf einem lokalen Markt ohne Konkurrenten tätig ist, so dass eine Freistellung unwahrscheinlich wäre. Dies würde zu dem merkwürdigen Ergebnis innerhalb eines Franchisesystems führen, dass einige Franchise-Verträge freigestellt wären und einige nicht.

**Beispiel „Futtertrog“:** Das Franchisesystem „*Futtertrog*“ bietet über ihre Franchisenehmer Produkte rund um den Tierbedarf an. In der Stadt X mit ca. 20.000 Einwohnern gibt es nur einen einzigen Franchisenehmer A, der keine entsprechende Konkurrenz hat. Mit dem herkömmlichen Bedarfsmarktkonzept würde man einen engen (lokalen) Markt für Tierbedarf annehmen müssen. Die Anwendung der VGVO würde ausscheiden. Dies erscheint angesichts der Marktzutrittschancen eines neuen Wettbewerbers eher seltsam.

Ferner ist zu berücksichtigen, dass es gerade bei Franchisesystemen viele **Konzepte mit Alleinstellungsmerkmal** gibt. Hier ist eine eher enge Marktdefinition eher kontraproduktiv.

**Beispiel:** Das Franchisesystem „*Dogs for Care*“ hat sich auf die Beautypflege von Hunden spezialisiert. Vergleichbare Anbieter existieren so gut wie nicht. „*Dogs for care*“ hätte damit automatisch Marktanteile, die deutlich oberhalb der 30%-Marktanteilsschwelle liegen würden.

Unklar ist für viele Franchisesysteme insbesondere im Handelsbereich, ob und inwieweit **alternative Anbieter aus dem Online-Bereich** zu berücksichtigen sind. Aufgrund der unklaren, aber in der Praxis stark spürbaren Konkurrenzsituation zwischen Franchisesystemen und Online-Händlern (und vor allem mit allgemeinen Vermarktungsplattformen wie Amazon) wären klärende Hinweise in den Leitlinien wünschenswert.

**Beispiel Tanzwelt:** Das Franchisesystem „*Tanzwelt*“ bietet in stationären Tanzschulen Tanzkurse nach einem neuen Konzept an. Nun wird beobachtet, dass es immer mehr Tanzschulungen per Video im Internet gibt. Dies hat negative Auswirkungen auf die Nachfrage nach solchen Schulungen im stationären Bereich.

Es wäre daher folgerichtig, wenn bei der Ermittlung von Marktanteilen auch die Anteile von Internetanbietern an dem relevanten Markt angemessen berücksichtigt werden.

Vor dem genannten Hintergrund kommt es zu erheblicher Rechtsunsicherheit. Das aber widerspricht dem klaren Ziel der VGVO, Rechtssicherheit durch eine Gruppenfreistellung zu schaffen. Eine praktikable Lösung dafür wäre wünschenswert. So könnten z.B. in den zukünftigen Vertikalleitlinien weitere konkrete Beispiele für die Feststellung von Marktanteilen – gerade auch auf lokaler Ebene - aufgeführt werden. Alternativ sollte eine Privilegierung von kleinen und mittleren KMUs und Franchisesystemen in lokalen Märkten vorgesehen werden.

### 3. Preisbindungen (Resale price maintenance, RPM)

*Die VGVO enthält in Artikel 4 eine Liste von Hardcore-Beschränkungen, die, wenn sie in einem Franchise-Vertrag enthalten sind, zum Ausschluss des gesamten Franchise-Vertrages aus dem Anwendungsbereich der VGVO führen würden.*

*Eine der Hardcore-Beschränkungen betrifft die **Bindung der Wiederverkaufspreise**. Die VGVO 330/2010 verbietet die Vorgabe von Festpreisen sowie Mindestpreisen. Erlaubt sind jedoch Höchstpreisbindungen sowie Preisempfehlungen, sofern sich diese nicht infolge der Ausübung von Druck oder der Gewährung von Anreizen durch eines der beteiligten Unternehmen tatsächlich wie Fest- oder Mindestverkaufspreise auswirken.*

*Daneben sehen die Leitlinien noch Ausnahmen vor für die Einführung eines neuen Produktes, für den Eintritt in einen neuen Markt sowie für kurzfristige Preisaktionen ("Similarly, fixed resale prices, and not just maximum resale prices may be necessary to organise in a franchise system or a similar distribution system a coordinated short term low price campaign which will also benefit the consumers. In view of the short duration (2 to 6 weeks in most cases) this may not even have any appreciable negative effects").*

Nach der durchgeführten Mitgliederumfrage des Deutschen Franchiseverbandes begrüßen es mehr als die Hälfte aller Befragten, wenn es in ihrem System **mehr Möglichkeiten der verbindlichen Preisvorgabe** geben könnte, die über die bisherigen Ausnahmen nach den Leitlinien hinausgehen würden. Als Gründe werden u.a. genannt:

- das Bedürfnis für eine klare Positionierung der Marke (Preis- / Qualitätsimage);
- die Werbeehrlichkeit und das Preis-Leistungsversprechen: Unterschiedliche Preise bei unterschiedlichen Franchisenehmern trotz einheitlicher Werbeaktionen mit einer bestimmten UVP irritieren und verärgern die Kunden, die sich ungerecht behandelt fühlen. Werbeehrlichkeit ist bei Kunden ein wichtiger Parameter;

- der enorme und unverhältnismäßige Aufwand der Durchführung von Werbepromotionen in Franchisesystemen mit unabhängigen Franchisenehmen im Vergleich zu Filialsystemen;
- Nachteilsausgleich gegenüber Franchisesystemen im Wettbewerb mit Filialsystemen und großen Internetunternehmen wie Amazon ((gleiches level-playing field));
- die Notwendigkeit zur Unterstützung von Franchisenehmern durch Pricing-Strategien des Franchisegebers, da Franchisenehmer sich oft mit Preis-Absatz-Mechanismen nicht auskennen.

**Beispiel:** Ein Umsatzrückgang führt oft dazu, dass Preise von den Franchisenehmern erhöht werden, was im Ergebnis zu einem weiteren Umsatzrückgang infolge Wegbrechens von Käufern führt. Der Umsatzrückgang setzt schnell eine existenzgefährdende Preisabwärtsspirale in Gang.

Wenn ein Franchisesystem sich über eine Marke und ein Konzept positioniert, welche ausdrücklich höhere Preise zum Gegenstand hat, wäre es wünschenswert, wenn man insoweit **Mindestpreise** vorschreiben kann. Gleichzeitig könnte in einem solchen Fall eine Höchstpreisbindung – welche ansonsten freigestellt wäre - als unzulässig angesehen werden. Dem Franchisepartner verbliebe in beiden Fällen ausreichend autonome Preisgestaltungsfreiheit.

Umgekehrt gibt es Franchisesysteme, welche sich über niedrige Preise bzw. günstige Produkte definieren. Hier besteht daher aus Systemgründen das Interesse und die Notwendigkeit, dass die Franchisepartner entsprechende niedrigere Preise im Rahmen ihrer Preisgestaltungsfreiheit auch umsetzen. Sofern die Franchisepartner aber gerade Investitionen getätigt haben (z.B. in den Ladenbau), helfen hier **Höchstpreisbindungen** nur bedingt weiter.

Preisstrategien (Pricing) spielen gerade bei Franchisesystemen eine große Rolle. Das gilt insbesondere in Bereichen, in denen die Preissensibilität der Verbraucher eine besondere Rolle spielen wie z.B. bei im Systemgastronomiebereich, bei Do-It-Yourself-Handelsmärkten oder Dienstleistungen (z.B. Fensterputzen oder Gartenarbeit). Solche Preisstrategien werden mit Hilfe dritter Dienstleister entwickelt, Dabei fließen die Erfahrungen aus den unterschiedlichen Abteilungen des Franchisegebers, aber auch Erfahrungen der Franchisenehmer aus dem Verkauf am Point of Sale mit den Kunden und deren Akzeptanz mit ein. Auch werden unterschiedliche regionale Gegebenheiten berücksichtigt. Die Resultate werden den Franchisenehmern als Empfehlungen zur Verfügung gestellt.

Die Franchisewirtschaft wünscht sich insoweit einen größeren Handlungsspielraum, um mit den großen Handelsplattformen sowie den Filialketten konkurrieren zu können (gleiches level-playing field).

Insbesondere besteht aus folgenden Gründen der Wunsch nach **Werbeaktionen mit einheitlichen Aktionspreisen**.

- Unterschiedliche Preise bei unterschiedlichen Franchisenehmern trotz einheitlicher Werbeaktionen mit einer bestimmten UVP irritieren und verärgern die Kunden, die sich ungerecht behandelt fühlen. Werbeeffektivität ist bei Kunden ein wichtiger Parameter.
- Einheitliche Preise in der Werbung erhöhen zudem die Schlagkraft und die Wettbewerbsfähigkeit aller Franchiseunternehmen im Markt gegenüber den Konkurrenten (insbesondere Filialsysteme oder große Internetunternehmen wie Amazon) erhöhen. Franchisesysteme wären erst dann im Wettbewerb der Systeme nicht mehr benachteiligt.
- Beklagt wird auch der enorme und letztlich **unverhältnismäßige Aufwand** zur Durchführung von zentralen Werbemaßnahmen und -aktionen in Franchisesystemen mit unabhängigen Franchisenehmern, um den Anforderungen des Kartellrechts zu entsprechen. Dies verhindert jede Form von Wettbewerb mit Filialsystemen und starken Online-Händlern wie z.B. Amazon. Amazon arbeitet mit Preisalgorithmen und reagiert heutzutage auf Werbeaktionen von Franchisesystemen innerhalb von Sekunden. Das schließt unmittelbare Preisanpassungen mit ein. Gegenreaktionen von Franchisesystemen sind hingegen kaum möglich. Franchisesysteme können aufgrund des Kartellrechts derzeit nicht systemweit mit Preisreaktionen in der gebotenen Schnelligkeit und Rechtssicherheit antworten. Wettbewerbslich erleiden Franchisesysteme hierdurch einen erheblichen Nachteil gegenüber den großen Anbietern (z.B. Amazon) oder gegenüber Filialsystemen.

Erforderlich erscheint die Klärung von folgenden **Rechtsunsicherheiten** in Bezug auf Ausnahmen vom grundsätzlichen Verbot der vertikalen Preisbindung:

- Unklar ist die Rechtslage bei der Behandlung von **unverbindlichen Preisempfehlungen** (UVP). So besteht eine unklare Rechtslage im Fall des **Thematisierens** einer unverbindlichen Preisempfehlung gegenüber einem Händler.<sup>1</sup> Ein solches Thematisieren ist jedoch durchaus üblich und in Franchisesystemen sogar notwendig, um aus den Erfahrungen der Franchisepartner und deren Abverkaufsdaten die notwendigen Schlüsse ziehen zu können (z.B. zur UVP-Positionierung von Produkten in der Werbung oder in Katalogen oder zur Erkennung von kurzlebigen Produkten der Modeindustrie). .
- Ebenso unklar ist der Fall einer **erneuten Thematisierung** der UVP aufgrund eines veränderten Marktumfeldes, etwa bei vorangegangenen Preissenkungen von Wettbewerbern. Rechtliche Ungewissheiten bestehen ebenfalls bei Vereinbarungen, wonach der Händler die Verkaufspreise

---

<sup>1</sup> Die Entscheidung des KG Berlin zu Scout (KG, Urt. v. 2.2.2012, 2 U 2/06 Kart) und die Entscheidung CIBA-Vision des BKartA (BKartA, Entsch. v. 25.9.2009, B 3-123/08) suggerieren, dass jede weitere Thematisierung einer UVP – beispielsweise der bloße Hinweis eines Herstellers, dass er die Preise eines Händlers betriebswirtschaftlich nicht nachvollziehen könne – ein Verstoß gegen das Verbot der vertikalen Preisbindung sei. Die Handreichung des BKartA, fordert dagegen für die Annahme eines Kartellrechtsverstößes über die nochmalige Thematisierung der UVP hinaus das Hinzutreten weiterer „Plusfaktoren“.



zwar frei festsetzen kann, gleichzeitig aber die Erzielung einer vereinbarten Handelsspanne durch Ausgleichszahlungen des Herstellers gewährleistet wird.

- Wünschenswert ist auch eine Klarstellung, dass die Gestaltung von Verkaufspreisen in einem Internetvertrieb, den der Franchisegeber in einem eigenen Onlineshop, ggf. unter Partizipation der Franchisenehmer (vgl. dazu nachfolgend unter Ziff. 4 am Ende), betreibt, zumindest grundsätzlich nicht als unzulässige Preisvorgabe und auch nicht als unzulässiger Druck auf die Gestaltung von Verkaufspreisen im (stationären) Vertrieb gelten kann. Anderenfalls wären Franchisesysteme außer Stande, im Internetvertrieb angemessen auf die bereits oben beschriebene Preispolitik der großen Online-Händler reagieren zu können.
- Ebenfalls stellen sich bei der Umsetzung der an sich erlaubten kurzfristigen **Werbeaktionen** eine Fülle von Fragen:
  - Fraglich ist zum Beispiel, ob nach den Vertikalleitlinien der Kommission der Abdruck von Gratismengen auf der Produktverpackung im Rahmen von kurzzeitigen Werbeaktionen zulässig ist.<sup>2</sup> Generell wird ein Zeitraum von 2 – 6 Wochen für eine Werbeaktion als zeitlich unzureichend angesehen. Zeiträume von bis zu 3 Monaten wären notwendig, um bestimmte Kundengruppen zu erreichen, eine neue Preisposition zu vermitteln oder auch nur zur Veränderung der Kaufneigung beizutragen.
  - Unklar ist auch, ob mehrere Aktionen hinter einander geschaltet werden können (z.B. drei Aktionen à zwei Wochen).
  - Unklar ist ferner, ob umsatzbezogene Betrachtungen zulässig sind (z.B. statt 6 von 52 Wochen ein entsprechender Umsatzanteil von 8,5%). Ist zum Beispiel im Rahmen eines Gastrofranchisekonzeptes eine Preisbindung zulässig welche sich ganzjährig nur auf den Kaffee bezieht (der nur 8,5% des Umsatzes ausmacht)? Wünschenswert wäre eine Klarstellung, dass insoweit nicht nur zeitlich befristete Werbeaktionen sondern auch auf einen bestimmten Umsatzanteil begrenzte Aktionen zulässig sind und keine größeren wettbewerblichen Auswirkungen haben.
  - Unklar ist schließlich, ob es wettbewerbsrechtlich schädlich ist, wenn der Händler/Franchisenehmer dem Hersteller für die systemeinheitliche und gemeinsame Mengenplanung rechtzeitig mitteilt, welche Preisreduzierung er im Rahmen von kommenden Aktionen plant.
- Darüber hinaus stellt sich die Frage der Abgrenzung zwischen aus dem EU-Verbraucherschutzrecht fließenden Anforderungen (Stichwort: **Impressumpflicht**) und dem Kartellrecht. Nach § 5a Abs. 3 Nr. 2 des

---

<sup>2</sup> Für eine Zulässigkeit BGH, NJW 2003, 2682 – 1 Riegel extra.

Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) hat bei einer Angebotswerbung der Werbende über seine Identität und Anschrift zu informieren. In Deutschland hatten Verbraucherzentralen verstärkt die Aktionswerbung von Vertriebssystemen angegriffen. Verlangt wird dabei, dass die Identität und die Anschrift aller Unternehmen angegeben werden, die an der Aktionswerbung teilnehmen, was bei der Vielzahl der Franchisenehmer eines Systems schon kaum durchführbar völlig erscheint. Es wird insoweit auch nicht zwischen der Aktionswerbung von Filialsystemen und der Aktionswerbung mit unverbindlichen Preisempfehlungen in Franchisesystemen differenziert. Bei einer Aktionswerbung in Franchisesystemen ist das Verlangen nach einer Benennung der teilnehmenden Franchisenehmer („Anbieterkennzeichnungspflicht“) jedoch tatsächlich und rechtlich unmöglich, da die Franchisenehmer selbständige Unternehmer sind. Eine verbindliche Erklärung derjenigen Franchisenehmer, welche an der Aktion teilnehmen werden, würde gegen Kartellrecht verstoßen. Im Ergebnis würde ein solches Verlangen auf ein faktisches Werbeverbot in Franchisesystemen hinauslaufen. Insbesondere Werbeanzeigen des Franchisegebers mit Produktpreisen und dem Verweis „nur bei teilnehmenden Unternehmen“ könnten vom Bundeskartellamt als vertikale Preisbindung qualifiziert werden, wenn eine Kennzeichnung der teilnehmenden Franchisenehmer erfolgt. Dies würde Franchisesysteme gegenüber Filialsystemen erheblich benachteiligen und wäre damit auch zum Nachteil der Verbraucher und des Wettbewerbs insgesamt. Hier wäre zumindest eine Klarstellung in den Leitlinien wünschenswert.

#### 4. Gebietsschutz und Onlinevertrieb

Der Vertrieb über den Einzelhandel unterliegt aufgrund der Digitalisierung und der stetig zunehmenden Relevanz des Online-Handels einer dramatischen Veränderung.

##### a) Die Sonderrolle von Amazon

Dabei kommt **Amazon** eine besondere Rolle zu. Seit 1999 treibt Amazon die Entwicklungen in der E-Commerce-Branche maßgeblich voran und hat sich zum weltweit führenden Onlineshop und –Marktplatz entwickelt. Amazon begnügt sich mit dieser Vormachtstellung nicht, sondern treibt seine vertikale Integration mit hohem Tempo voran. Nur beispielhaft sei auf folgende Projekte verwiesen:

- Besonders **schnelle Auslieferung** an Endkunden (*Amazon Same Day, Amazon Now*): Wer bis 12 Uhr bestellt, wird am gleichen Tag beliefert und kann dafür auf tausende Artikel zugreifen. Wer zudem Amazon Prime Kunde ist, kann kostenlos innerhalb eines 2 Stunden Zeitfensters, oder gegen Aufpreis innerhalb von 1 Stunde beliefert werden.
- Zunehmend **eigene Logistik** (*Amazon Logistics*): Der Logistikzweig von Amazon wächst stetig und umfasst neben Logistikzentren, die auch Fulfilment-Dienstleistungen für Händler erbringen, mit Amazon Logistics ein Transportunternehmen, das bis an die Tür des Kunden zustellt.

Mittlerweile führt Amazon selbst eine eigene Flugzeugflotte für die Paketbeförderung.

- **Plattformen** für den Einkauf durch Unternehmen (*Amazon Business*) sowie für den Einzelhandel /Endkunde (*Amazon Marketplace*).
- Eröffnung **eigener Ladengeschäfte** in Deutschland.<sup>3</sup> In den USA hat Amazon bereits stationäre Buchläden sowie Lebensmittelläden errichtet.

Amazon wird mehr und mehr zum „Everything Store“, was unter anderem der Erwerb des Lebensmitteleinzelhändlers Whole Foods 2017<sup>4</sup> und die jüngsten Spekulationen um einen Eintritt in den Online-Medikamentenhandel zeigen.<sup>5</sup>

Durch seine Größe ist Amazons Verhandlungsmacht gegenüber Geschäftspartnern besonders ausgeprägt. Die hohen Nutzer- und Verkaufszahlen erlauben es Amazon, personalisierte Kundendatenbestände aufzubauen und so gezielte Produktvorschläge zu unterbreiten.

Gleichzeitig prägt Amazon den Markt durch eine extreme Kundenzentrierung. Neben Services wie kostenlosem Versand und Lieferung am nächsten Werktag (siehe oben) bindet das Kundenbindungsprogramm Prime dabei zusätzlich durch Angebote wie die Streaming-Dienste Prime Video oder Prime Music.

Dadurch entstehen für Endkunden sogenannten Lock-in-Effekte, die aufgrund der hohen Marktanteile Amazons auch zur Marktverschließung führen können. Aus Endkundenperspektive ist der Einkauf bei Amazon bereits deshalb attraktiver, weil der Endkunde bei Amazon aufgrund der umfassenden Produktpalette alles aus einer Hand kaufen kann und sich damit seine individuellen Transaktionskosten verringern.

Die Monopolkommission spricht aufgrund von Amazons Größe, seinen Kostenvorteilen, seiner internationalen Ausrichtung mit einer breit gefächerten Produktpalette und den daraus resultierenden Wettbewerbsvorteilen auch von der „Sonderrolle“ Amazons.<sup>6</sup> Noch treffender wäre es unseres Erachtens von der nahezu allumfassenden Marktmacht Amazons entlang der gesamten Wertschöpfungskette zu sprechen.

#### b) *Onlinestrategie des Franchisesystems*

Die Bedeutung des Vertriebs über das Internet nimmt rasant zu. Franchisesysteme im Handelsbereich können sich dem wachsenden Druck des Internets und der großen Handelsplattformen nicht verschließen und sind gezwungen, entsprechende Digitalstrategien zu entwickeln. Dabei stehen sie insbesondere unter gewaltigem Druck durch die großen Handelsplattformen wie

---

<sup>3</sup> <https://www.wiwo.de/unternehmen/handel/us-onlinehaendler-amazon-will-geschaefte-in-deutschland-eroeffnen/20736650.html>, letzter Zugriff 02.10.2018.

<sup>4</sup> <http://www.faz.net/aktuell/finanzen/aktien/amazon-kauf-von-whole-foods-laesst-wal-mart-aktionaeere-zittern-15069609.html>, letzter Zugriff 02.10.2018.

<sup>5</sup> <https://www.funglobalretailtech.com/research/amazon-pharmacy-retail-next-step-amazons-journey-becoming-everything-store-2/>, letzter Zugriff 02.10.2018.

<sup>6</sup> Monopolkommission, Sondergutachten 80: Die Buchpreisbindung in einem sich ändernden Marktumfeld, 2018, S. 23 ff.

z.B. Amazon. Diesen Kampf zwischen David und Goliath drohen die Franchisesysteme zu verlieren.

Erforderlich und erwünscht ist bei vielen Systemen ein einheitlicher **Onlineauftritt des Franchisegebers**, um im Wettbewerb bestehen zu können. Der Zwang, über das Internet zu vertreiben, kollidiert dabei immer öfter auch mit dem in der Vergangenheit im Einzelfall gewährten Gebietsschutz. Es wäre hilfreich, wenn insoweit der Vertrieb über stationäre Ladenlokale (insoweit Gebietsschutz) und der Vertrieb über das Internet als unterschiedliche Vertriebswege angesehen werden würden. Das Internet kann keine Rücksicht nehmen auf in der Vergangenheit im Einzelfall gewährten Gebietsschutz.

Dabei verfügt in der Regel nur das Franchisegeber-Unternehmen über ausreichende Mittel, um einen nachhaltigen Internetvertrieb betreiben und mit Aussicht auf Erfolg in Wettbewerb mit den großen Online-Handelsunternehmen und –plattformen (z.B. Amazon) treten zu können.

Zudem bestehen ein Bedürfnis und die Notwendigkeit, dass Franchisegeber insbesondere als Markeninhaber die generelle **Online-Strategie** bestimmen können. Denn die Marke ist bei Franchisesystemen Kernbestandteil des Franchisekonzepts. Franchisegeber müssen daher z.B. den Onlineauftritt, die Kommunikation im Bestellprozess, die CRM-Strategie und die Nutzung der Marken durch die Franchisenehmer in deren Online-Auftritt steuern und bestimmen können.

Wünschenswert wäre daher eine Klärung des rechtlichen Rahmens, in dem Franchisegeber und Franchisenehmer im Internetvertrieb zusammenarbeiten können, ohne wettbewerbsrechtliche Grenzen zu überschreiten. Als effektivstes Mittel, dem Wettbewerb durch die großen Online-Handelsunternehmen und –plattformen im Internetvertrieb zu begegnen, erscheint dabei ein von dem Franchisegeber mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln betriebener Onlinevertrieb, an dem die Franchisenehmer in geeigneter Form beteiligt sind und der als besondere Vertriebsform neben den stationären Vertrieb der einzelnen Franchisenehmer tritt. Hierfür bedarf es aber entsprechender rechtlicher Klarstellungen, nicht zuletzt im Hinblick auf die Möglichkeit entsprechender Preisgestaltungen durch den Franchisegeber (vgl. hierzu auch die Ausführungen zu Ziffer 3).

c) *Rechtssicherheit für einzelne Vertriebsmaßnahmen*

In jüngster Zeit wurden schließlich eine Vielzahl von Vertriebsmaßnahmen kartellrechtlich thematisiert (z.B. Vertrieb über **Internethandelsplattformen, Nutzung von Preisvergleichsportalen, Bestpreisklauseln**<sup>7</sup>). Wünschenswert wäre aus Gründen der Rechtssicherheit eine Klarstellung der kartellrechtlichen Behandlung im Rahmen der Leitlinien.

- Die Frage nach der Zulässigkeit eines Verbots der Nutzung von **Online-Auktionsplattformen** (Bsp. Amazon, Ebay) wird durch die Vertikal-GVO nicht wirklich beantwortet. Der Anbieter kann zwar Qualitätsanforderungen an den Abnehmer stellen. Aber aus den Leitlinien geht nicht hervor, ob

---

<sup>7</sup> Beispielsweise BGH, Beschl. v. 12.12.2017, KVZ 41/17, ZVertriebsR 2018, 118 – ASICS; EuGH, Urt. v. 06.12.2017, C-230/16 – Coty.

diese Qualitätsanforderungen auch ein Verbot beinhalten dürfen, die Waren über Online-Auktionsplattformen zu verkaufen. Hier sollten die Maßstäbe der *Coty-Entscheidung* des EuGH in die Leitlinien übernommen und fortgeführt werden.

- Auch die Frage der Nutzung von **Preisvergleichsportalen** ist noch nicht eindeutig geklärt. Zwar hat der deutsche Bundesgerichtshof (BGH) eine Zuverfügungstellung von Preisdaten an Preisvergleichsportale unter bestimmten Umständen für unzulässig erklärt.<sup>8</sup> Gleichwohl ist nach wie vor unklar, ob diese Sichtweise auch EU-einheitlich anzulegen ist. Der EuGH hat diesbezüglich bisher keine Entscheidung getroffen. Eine Aussage der Kommission in den Leitlinien wäre insoweit hilfreich.
- Eine weitere ungeklärte Frage aus dem Online-Vertriebsbereich betrifft die Möglichkeit der Einschränkung von Online-Werbemaßnahmen. Unklar ist dabei, inwieweit Hersteller - und unter anderen auch Franchisesystembetreiber - ihren Vertriebspartnern bzw. Franchisenehmern die **Nutzung von Markenzeichen** und ähnlichen Begriffen bei der Suchmaschinenoptimierung und bei Maßnahmen des sogenannten *Targeted Marketing* verbieten können. Die hohe praktische Relevanz dieser Werbeform macht eine eindeutige Klarstellung wünschenswert.
- Der Bundesgerichtshof (BGH) hält es für zulässig, den über das Internet getätigten Teil der **Gesamtverkäufe** prozentual zu begrenzen<sup>9</sup>, während die Leitlinien eine gegenteilige Vermutung aufstellen.

## 5. Selektiver Vertrieb

Art. 4 c VGVO verbietet sowohl Verbote des aktiven Vertriebs als auch des passiven Vertriebs, sofern es sich um einen selektiven Vertrieb (Gegensatz: Alleinvertrieb) handelt. Unklar ist zunächst, ob und wann Franchisesysteme auch als selektiver Vertrieb angesehen werden können bzw. müssen.

Ein Franchisesystem ist möglicherweise ein selektiver Vertrieb, sofern nicht einem einzigen Franchisenehmer ein Vertragsgebiet ausdrücklich zugewiesen ist. Fraglich ist dann, ob auch Qualitätsanforderungen an den Vertrieb bereits als Kernbeschränkungen angesehen werden können oder ob es hier – neben dem Äquivalenzprinzip für den Vertrieb über das Internet (= Vergleichbarkeit der Qualitätsanforderungen zwischen stationärem und Internetvertrieb) - auch ein Erfordernis der Wesentlichkeit der Beschränkung geben muss, damit diese überhaupt unter Art. 4 c VGVO fallen kann.

Deutscher Franchiseverband e.V.  
Luisenstraße 41  
10117 Berlin  
schmelzle@franchiseverband.com

Prof. Dr. Karsten Metzlauff  
Noer LLP  
Charlottenstr. 57  
10117 Berlin  
karsten.metzlauff@noerr.com

(Stand: Mai 2019)

---

<sup>8</sup> BGH, Beschl. v. 12.12.2017, KVZ 41/17, ZVertriebsR 2018, 118 – ASICS.

<sup>9</sup> BGH, Urteil vom 4. November 2003 – KZR 2/02: