SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS PIETER VERLOREN VAN THEMAAT vom 19. Juni 1985 *

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

1. Einleitung

1.1. *Die Fragen des Bundesgerichtshofs*

In einem Rechtsstreit wegen Zahlung rückständiger Lizenzgebühren machte eine deutsche Franchisenehmerin gegenüber ihrer französischen Franchisegeberin in der Berufungsinstanz mit Erfolg die Nichtigkeit des betreffenden Franchisevertrages aufgrund des Wettbewerbsrechts der EWG geltend. Nach Auffassung des Berufungsgerichts verbietet Artikel 85 EWG-Vertrag einen Franchisevertrag wie den im vorliegenden Fall, da er Wettbewerbsbeschränkungen enthalte, die nicht nach Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag und der Verordnung Nr. 67/67/EWG vom 22. März 1967 (ABl. 1967, L 57, S. 849) von dem Verbot in Artikel 85 Absatz 1 freigestellt seien.

Gegen dieses Urteil legte die Klägerin des Ausgangsverfahrens Revision beim Bundesgerichtshof ein. Da das Urteil des Berufungsgerichts nach Ansicht des Bundesgerichtshofs Fragen aufwirft, die das Gemeinschaftsrecht betreffen, hat er dem Gerichtshof mit Beschluß vom 15. Mai 1984 Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt.

Nach dem Schrifttum haben sich Vertriebssysteme aufgrund von Franchiseverträgen in den einzelnen Mitgliedstaaten hauptsächlich erst nach 1970 entwickelt. Solche Vertriebssysteme haben sich damals jedoch sehr schnell verbreitet und nehmen jetzt einen bedeutenden Platz neben anderen Vertriebssystemen ein. Auch wenn Sie sich bei der Beantwortung der Vorlagefragen auf Franchiseverträge beschränken, die wie die streitigen Verträge ausgestaltet sind, wird Ihre Entscheidung deshalb für die Gültigkeit von Zehntausenden von Verträgen mittelbar von Belang sein können. Die Bedeutung Ihrer Antwort auf die vorgelegten Fragen wird außerdem dadurch noch verstärkt, daß die Kommission, wie aus ihren schriftlichen und mündlichen Erklärungen in diesem Verfahren hervorgeht, sich noch nicht auf einen eindeutigen Standpunkt in der Frage ihrer diesbezüglichen Politik festgelegt hat.

Die Fragen des Bundesgerichtshofs lauten wie folgt:

1) Ist Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag auf Franchiseverträge wie die Verträge zwischen den Parteien anwendbar, deren Gegenstand die Durchführung eines besonderen Vertriebssystems ist, innerhalb dessen der Franchisegeber dem Franchisenehmer außer Waren auch Geschäftsnamen, Warenzeichen, Warenausstattung und andere Dienstleistungen überläßt?

2) Falls die erste Frage zu bejahen ist: Ist die Verordnung Nr. 67/67/EWG der Kommission über die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Alleinvertriebsvereinbarungen vom 22. März 1967 (Gruppenfreistellungsverordnung) auf derartige Verträge anwendbar?

* Aus dem Niederländischen übersetzt.

3) Falls die zweite Frage zu bejahen ist:

a) Ist die Gruppenfreistellungsverordnung auch dann anzuwenden, wenn auf einer Seite des Vertrages mehrere rechtlich selbständige, aber wirtschaftlich untereinander verbundene Unternehmen beteiligt sind, die im Hinblick auf den Vertrag eine wirtschaftliche Einheit bilden?

b) Wird durch die Gruppenfreistellungsverordnung, insbesondere deren Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe c, eine Verpflichtung des Franchisenehmers gedeckt, Werbung nur nach Zustimmung des Franchisegebers und nur in Übereinstimmung mit dessen Werbung und unter Verwendung des von diesem zur Verfügung gestellten Werbematerials zu treiben und allgemein dessen kaufmännische Methoden anzuwenden? Ist es in diesem Zusammenhang erheblich, wenn das Werbematerial des Franchisegebers dessen unverbindliche Preisempfehlungen enthält?

c) Wird durch die Gruppenfreistellungsverordnung, insbesondere deren Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe b, Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe a, Absatz 2 Buchstabe b, eine Verpflichtung des Franchisenehmers gedeckt, Vertragswaren ausschließlich oder doch überwiegend nur in einem bestimmten, besonders hierfür hergerichteten Geschäftslokal zu vertreiben?

d) Wird durch die Gruppenfreistellungsverordnung, insbesondere deren Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe b, eine Verpflichtung des — hauptsächlich zum Alleinbezug vom Franchisegeber verpflichteten — Franchisenehmers gedeckt, den „freien" Teil seiner Bezüge an Vertragsware nur bei Anbietern zu tätigen, die vom Franchisegeber zugelassen sind?

e) Gestattet die Gruppenfreistellungsverordnung Verpflichtungen des Franchisegebers, den Franchisenehmer kaufmännisch, werblich und fachlich zu unterstützen?

1.2. *Die wichtigsten Bestimmungen in den vom betroffenen Franchisenehmer geschlossenen Verträgen*

Nach den auf Aufforderung des Gerichtshofes nach der Sitzung vorgelegten drei Verträgen zwischen den Parteien des Ausgangsverfahrens verpflichtet sich die Franchisegeberin dazu,

— in dem jeweils betroffenen Vertragsgebiet (das heißt in Hamburg, Oldenburg und Hannover) Dritten nicht das Recht zur Benutzung des Zeichens Pronuptia de Paris einzuräumen (§ 1 Absatz 1),

— im Vertragsgebiet keine weiteren Pronuptia-Geschäfte zu eröffnen (§ 1 Absatz 2),

— in diesem Gebiet keine Waren oder Dienstleistungen an Dritte zu liefern (§ 1 Absatz 2),

— die Beklagte auf kaufmännischem Gebiet und bei der Werbung, bei der Einrichtung und Ausstattung des Ladens, bei der Ausbildung des Personals und auf dem Gebiet der Verkaufstechnik, der Mode und der Waren, des Einkaufs, des Marketings zu unterstützen und ganz allgemein ihr zu helfen, Umsatz und Rentabilität zu steigern (§ 3 Absatz 1).

Die Franchisenehmerin (die nach § 3 Absatz 5 alleiniger Inhaber ihres Handelsgeschäfts bleibt, allein seine Risiken trägt wie auch allein in den Genuß des gesamten Gewinns kommt) ist unter anderem dazu verpflichtet,

— die betreffenden Waren unter Verwendung der Firmenbezeichnung und der Marke Pronuptia de Paris nur in dem in § 1 genannten Ladengeschäft zu verkau-

fen, welches in der Hauptsache für den Verkauf von Brautmodenartikeln und in Übereinstimmung mit dem Markenbild von Pronuptia de Paris einzurichten ist (§ 3 Absatz 3 und § 4 Absatz 1),

— 80 % der Brautmoden und -ausstattungen sowie einen von der Beklagten selbst festzulegenden Anteil bei Cocktail- und Gesellschaftskleidern von der Franchisegeberin zu beziehen (§ 3 Absatz 6),

— die übrigen Brautmoden und -ausstattungen, Cocktail- und Gesellschaftskleider ausschließlich bei von der Franchisegeberin zugelassenen Lieferanten einzukaufen (§ 3 Absatz 6),

— an die Franchisegeberin für die Dauer des Vertrages eine Lizenzgebühr von 10 % des Gesamtumsatzes (einschließlich des mit anderen Waren als mit denen von Pronuptia erzielten Umsatzes) zu zahlen (§ 5 Absatz 1),

— während der Dauer des Vertrages und während eines Zeitraums von einem Jahr nach seiner Beendigung in der Bundesrepublik, in Westberlin oder in einem Gebiet, in dem Pronuptia bereits vertreten ist, jeglichen Wettbewerb mit einem Pronuptia-Geschäft und insbesondere das Führen von Fachgeschäften für Brautkleider und Zubehör zu unterlassen (§ 6 Absatz 6 und § 9),

— den Vertrieb der Vertragswaren zu ihrem Hauptziel zu machen (§ 6 Absatz 6),

— ihre geschäftliche Tätigkeit in einem Ladengeschäft an einem genau festgelegten Platz auszuüben und dieses hauptsächlich zum Verkauf von Hochzeitsartikeln im Einklang mit dem Markenbild und nach Angaben von Pronuptia de Paris einzurichten (§ 1 Absatz 3, § 3 Absatz 3, § 4 Absatz 1),

— nur in diesem Ladengeschäft ihre Geschäftstätigkeit auszuüben und insbesondere die Vertragswaren unter der Marke und der Firmenbezeichnung Pronuptia de Paris zu verkaufen (§ 3 Absatz 3, § 4 Absatz 1),

— das Zeichen Pronuptia de Paris nur mit vorheriger Zustimmung der Franchisegeberin in ihrer Werbung zu benutzen; ihre Reklame auf die von Pronuptia abzustimmen und dabei das von Pronuptia zur Verfügung gestellte Werbematerial mit den darin enthaltenen Preisempfehlungen zu benutzen (§ 1 Absatz 1, § 6 Absatz 1),

— Werbung zu betreiben, das Werbematerial bestmöglichst zu verteilen und allgemein die Handelsmethoden der Franchisegeberin anzuwenden (§ 6 Absatz 5),

— alle gewerblichen Schutzrechte von Pronuptia streng zu beachten und ihr bekannt gewordene Verstöße Dritter gegen diese Rechte Pronuptia unverzüglich mitzuteilen (§ 14).

Nach § 6 Absatz 1 empfiehlt Pronuptia der Franchisenehmerin angemessene Richtpreise, und beide Parteien sehen diese Richtpreise (unbeschadet der Freiheit der Franchisenehmerin, die Preise selbst festzusetzen) als Richtlinien für den Wiederverkauf an.

1.3. *Zur Vorgehensweise*

Ihre Antwort auf die Vorlagefragen wird, wie gesagt, auch für die Gültigkeit anderer Franchiseverträge sowie für die Politik der Kommission in dieser Frage Folgen haben können. Ich werde deshalb im zweiten Teil dieser Schlußanträge erst einige allgemeine Betrachtungen über dieses in der Gemeinschaft verhältnismäßig neue Vertriebssystem anstellen. Mein Ziel ist dabei vor allem die Klärung der Frage, inwieweit Inhalt und Rechtsnatur von Franchiseverträgen über den Vertrieb von Waren durch Gesetzge-

bung, Rechtsprechung und das Schrifttum und vor allem auch durch die betroffenen Berufsvereinigungen selbst bereits so genau festgelegt sind, daß Sie allgemeiner dazu Stellung nehmen können. Die Formulierung der Fragen des Bundesgerichtshofs steht dem meiner Meinung nach an und für sich nicht entgegen. Ausgeschlossen wird dadurch nur, daß Sie in Ihrem Urteil auch zu den in der Gemeinschaft (z. B. im Hotel- und Gaststättengewerbe) bereits länger vorkommenden Franchiseverträgen über Dienstleistungen oder zum Produktionsfranchising Stellung nehmen.

Im dritten Teil meiner Schlußanträge werde ich untersuchen, welche Gemeinsamkeiten und welche Unterschiede Franchiseverträge im allgemeinen und solche wie die streitgegenständlichen im besonderen aufweisen im Vergleich zu anderen, in der Rechtspraxis in der Gemeinschaft vorkommenden und namentlich in Ihrer Rechtsprechung bereits behandelten Vertriebssystemen, wie etwa den Handelsvertreterverträgen, Alleinvertriebs- oder Alleinbezugsvereinbarungen, selektiven Vertriebssystemen, Brauereiverträgen und Lizenzvereinbarungen. Zugleich werde ich dabei prüfen, welche Folgerungen sich aus der betreffenden Rechtsprechung des Gerichtshofes für die vorliegende Rechtssache ergeben.

Im vierten Teil meiner Schlußanträge werde ich dann ausführen, in welcher Weise die in diesem Fall vorgelegten Fragen nach meiner Meinung beantwortet werden könnten.

2. Bemerkungen zu Franchiseverträgen über den Vertrieb von Waren im allgemeinen

2.1. *Die Entwicklung des Franchisesystems als neues Vertriebssystem*

Aus der schon recht umfangreichen Literatur ergibt sich, daß das auf bereits älteren amerikanischen Erfahrungen beruhende Franchisesystem sich in der EWG als neues Vertriebssystem erst nach 1970 entwickelt hat. Seither hat ihre Zahl jedoch sehr stark zugenommen. So gab es im Jahr 1969 in der Bundesrepublik Deutschland erst ein paar Franchisesysteme im Vertriebsbereich. Im Jahr 1978 war die Zahl der Franchisesysteme (einschließlich solcher für Dienstleistungen) insgesamt bereits auf 85 (mit 11 000 Franchisenehmern) und im Mai 1982 auf 200 Systeme (mit 120 000 Franchisenehmern) mit einem Gesamtumsatz von 100 Milliarden DM gestiegen, wovon 65 bis 75 Milliarden DM auf den Einzelhandelssektor entfiel. In Frankreich (wo die Entwicklung ebenfalls erst nach 1970 begann) betrug die Zahl der Franchisesysteme im Jahr 1981 mehr als 300 und im Jahre 1985 500 (mit 25 000 angeschlossenen Geschäften und einem Anteil von 8 % am gesamten Einzelhandelsumsatz). In den Niederlanden wurden im Jahr 1983 280 Franchisesysteme gezählt. In anderen Mitgliedstaaten verlief die Entwicklung nach 1970 ähnlich.

2.2. *Rechtliche Merkmale nach der Literatur*

Aus der Literatur ergibt sich weiterhin — und das wurde von der Kommission in der mündlichen Verhandlung bestätigt —, daß kein Mitgliedstaat besondere gesetzliche Bestimmungen für Franchiseverträge kennt. Außerdem kann weder aus der wohl vorhandenen Rechtsprechung noch aus der Literatur eine genaue Definition der Franchiseverträge im allgemeinen oder solcher über den Vertrieb von Waren mittels derartiger Verträge im besonderen abgeleitet werden. Die Hauptmerkmale der Franchisesysteme beim Vertrieb von Waren sind jedoch in allen untersuchten Mitgliedstaaten wohl folgende: 1) weitgehende Integration des trotzdem selbständig bleibenden und auf eigenes Risiko handelnden Franchisenehmers in das Vertriebsnetz des Franchisegebers, 2) Gründung der Marktstrategie auf die Kettenwirkung, die durch das entgeltliche Überlassen eines gemeinsamen Firmennamens, einer Handelsmarke, eines Zeichens

oder Symbols und oft durch eine einheitliche Geschäftseinrichtung erreicht wird, und 3) Ausschlußrechte des Franchisenehmers in einem bestimmten Gebiet und für bestimmte Waren sowie mehr oder weniger weitgehende Ausschlußrechte des Franchisegebers hinsichtlich Lieferung oder Auswahl der vom Franchisenehmer zu vertreibenden Produkte. In der Literatur ist man sich wohl auch darüber einig, daß der europäische Begriff des Franchisevertrags viel enger ist als der ursprüngliche amerikanische Begriff, unter den weit mehr Vertriebssysteme fallen. Wie noch zu zeigen sein wird, wird jedoch auch in der neueren amerikanischen Literatur ein enger Begriff verwandt.

Aufgrund eigener rechtsvergleichender Untersuchungen kam E. M. Kneppers-Heynert in einem unlängst im *Bijblad Industriële Eigendom* (1984, Nr. 10, S. 251 ff.) erschienenen Aufsatz zu folgender zusammenfassender, meines Erachtens recht typischer Beschreibung:

„Franchising ist eine vertraglich geregelte Form wirtschaftlicher Zusammenarbeit zwischen selbständigen Unternehmen, von denen die eine Partei, das franchisierende Unternehmen oder der Franchisegeber, einem oder mehreren anderen, den franchisierten Unternehmen oder Franchisenehmern, das Recht einräumt, seine Firmenbezeichnung und/oder Marke und eventuell andere Unterscheidungsmittel beim Vertrieb von Waren bzw. bei Dienstleistungen zu benutzen, wobei der Vertrieb bzw. die Leistung aufgrund eines vom Franchisegeber entwickelten ausschließlichen Marketing-Konzepts (-Systems, -Formel) stattfindet und wofür der Franchisegeber als Gegenleistung eine Vergütung erhält. Die Nutzung der Rechte durch den Franchisenehmer wird vom Franchisegeber kontrolliert, um den Kunden ein einheitliches Erscheinungsbild zu bieten und eine gleichbleibende Qualität von Waren und/oder Dienstleistungen zu gewährleisten."

Der in der Sitzung vorgelegte „Europäische Verhaltenskodex für Franchising" des Europäischen Verbandes für Franchising und der ihm angeschlossenen acht nationalen Vereinigungen (davon sechs aus den Mitgliedstaaten) nennt unter anderem sechs Kennzeichen einer Franchisevereinbarung:

„1) Das franchisierende Unternehmen besitzt eine Firma, einen Handelsnamen, ein Wortzeichen oder ein Symbol (eventuell eine Marke) für einen Produktions-, Handels- oder Dienstleistungsbetrieb sowie Erfahrungswissen (Know-how) und gestattet dem Franchisenehmer deren Nutzung; es verfügt über eine Produktgruppe und/oder eine bestimmte Art von Dienstleistungen im Rahmen einer genau festgelegten und originellen Geschäftskonzeption, die vom Franchisenehmer in dieser Form zu übernehmen und zu gebrauchen ist. Diese Konzeption beruht auf spezifischen und erprobten geschäftlichen Techniken, die laufend weiterentwikkelt und auf ihren Wert und ihre Effizienz hin überprüft werden.

2) Im Franchisevertrag verpflichtet sich der Franchisenehmer in der einen oder anderen Form zur Entrichtung einer Vergütung für die Leistungen des Franchisegebers für die Überlassung des Namens, der Geschäftskonzeption, der Technologie und des Know-how.

3) Franchising ist demnach mehr als eine Vertriebsvereinbarung, eine Konzession oder ein Lizenzvertrag, da beide Vertragspartner erhebliche Verpflichtungen übernehmen, die über den Rahmen einer herkömmlichen Geschäftsbeziehung hinausgehen.

4) Der Franchisegeber wird für die Gültigkeit seiner Rechte an der Marke, Wortzeichen, dem Symbol, dem Slogan usw. einstehen; er wird den Franchisenehmern die ungestörte Nutzung dieser

Rechte gewährleisten, die er ihnen zur Verfügung stellt.

5) Der Franchisegeber wählt nur solche Franchisebewerber aus und nimmt sie unter Vertrag, die die für die Ausübung des Franchiserechts erforderlichen Qualifikationen besitzen. Bei der Auswahl ist jede Diskriminierung aufgrund der politischen Überzeugung, der Rasse, der Sprache, der Religion oder des Geschlechts zu vermeiden.

6) Im Franchisevertrag sind insbesondere folgende Punkte in Übereinstimmung jeweils mit den nationalen oder gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften zu regeln:

— die Art und die Modalität für die Zahlung laufender Gebühren und einer eventuellen Abschlußgebühr;

— die Laufzeit des Vertrages und die Voraussetzungen für eine eventuelle Verlängerung; der Zeitpunkt für eine Kündigung und die Kündigungsfrist;

— die Vorrechte des Franchisegebers im Falle einer Abtretung des Franchiserechts durch den Franchisenehmer;

— die Festlegung der dem Franchisenehmer gewährten offenen Gebietsschutzrechte, einschließlich etwaiger Optionen für angrenzende Gebiete;

— die Grundlage für die Verteilung der durch den Vertrag berührten Vermögenswerte bei Vertragsbeendigung;

— die Vertriebsmodalitäten in bezug auf die gelieferte Ware, einschließlich Transport und Transportkosten;

— die Zahlungsbedingungen;

— die vom Franchisegeber zu erbringenden Dienstleistungen auf folgenden Gebieten: Vertrieb, Verkaufsförderung, Werbung; Technologie und Know-how; betriebswirtschaftliche und geschäftspolitische Beratung; Beratung in Finanz- und Steuerfragen; Bedingungen für die Erbringung dieser Dienstleistungen und anfallende Kosten; Schulung;

— die Pflichten des Franchisenehmers: Vorlage der Bücher und sonstigen Geschäftsunterlagen; Bereitschaft zu Schulungsmaßnahmen und Einräumung von Kontrollrechten."

In den ergänzenden Bemerkungen enthält der Verhaltenskodex dann noch eine Vielzahl besonderer Richtlinien, von denen mir jedoch nur die folgenden für die Prüfung eines Franchisevertrags im Sinne des Verhaltenskodex anhand von Artikel 85 EWG-Vertrag von einiger Bedeutung zu sein scheinen:

„— Der Franchisegeber soll dem Franchisenehmer auch hinsichtlich der Betriebskosten und der Gewinnspannen, die der Franchisenehmer in seinem Geschäftsbetrieb jeweils erzielen kann, beratend zur Verfügung stehen.

— Jede nach Vertragsbruch oder Vertragsbeendigung anwendbare Konkurrenzklausel muß im Vertrag hinsichtlich Dauer und Gebietsumfang genau festgelegt sein."

2.3. *Rechtsprechung*

Nur in Frankreich sind die von den Berufsvereinigungen aufgestellten Definitionen mehr oder weniger von der Rechtsprechung übernommen worden: vergleiche Tribunal de grand instance Bressuire, Urteil vom 19. Juni 1973 (SVPNAS/Billy), Tribunal correctionnel Paris, Urteil vom 4. März 1974 (Maje Distribution), Cour d'appel Paris (Fünfte Kammer), Urteil vom 28. April 1978 (Morvan/Intercontinents), Cour d'appel Paris, Urteil vom 10. Mai 1978 (Télélfleurs/Interflora, *Cahiers de droit de l'entreprise* 6-78), Cour d'appel Douai, Urteil vom 22. April 1982, *Gazette du Palais* 1982, „doc-

trine", S. 565) Cour d'appel Colmar (Erste Zivilkammer), Urteil vom 9. Juni 1982 (Felicitas/Georges, Dalloz 1982, *Jur.* S. 553). Auffallend bei dieser Rechtsprechung ist, daß Ausschließlichkeitsrechte nicht immer als wesentlich angesehen worden sind (Cour d'appel Colmar, Cour d'appel Douai), wohl aber das Überlassen einer Firmenbezeichnung, von Zeichen und Symbolen sowie die Sicherstellung einer einheitlichen Verkaufsweise. Mangels gesetzlicher Definitionen wurden die Franchiseverträge im übrigen immer nur anhand der Bestimmungen der im konkreten Fall streitigen Verträge beurteilt.

Ein Gerichtsurteil zu den kartellrechtlichen Gesichtspunkten von Franchiseverträgen habe ich in der Gemeinschaft nur in einem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 23. März 1982 (Meierei-Zentrale, *Wirtschaft und Wettbewerb* 1982, S. 781) finden können. Dort wurde entschieden, daß das Verbot der vertikalen Preisbindung in § 15 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen auf Franchiseverträge anwendbar ist, in denen Wiederverkaufspreise festgesetzt sind. Die britische „Monopolies and Mergers Commission" hat jedoch in ihrem Bericht *Full-Line Forcing & Tie-In-Sales* von 1981 ausschließliche Bezugsverpflichtungen in bestimmten Fällen ebenso für kartellrechtlich relevant gehalten.

In den Vereinigten Staaten wurde, wie bereits gesagt, der Begriff des Franchisevertrags anfangs sehr weit gefaßt. Nach der jüngeren, engeren Auslegung des Begriffs (an dem sich die europäische Entwicklung vor allem orientiert hat) wird das Franchising jedoch als eine Lizenzvergabe des Inhabers einer Handelsmarke oder eines Firmennamens angesehen, wodurch einem anderen der Verkauf einer Ware oder einer Dienstleistung unter dieser Marke oder dieser Firma gestattet wird *(Black's Law Dictionary,* 5. Auflage, 1979, sowie von Kalinowski, *Antitrust Laws and Trade Regulation,* Band 2, § 6H.01/suppl. 1981).

Ebensowenig wie im Vereinigten Königreich werden die ausschließlichen Bezugsverpflichtungen in Franchiseverträgen in den Vereinigten Staaten ohne weiteres als kartellrechtlich verbotene „tying-arrangements" betrachtet. Unter bestimmten Marktbedingungen kann dies jedoch der Fall sein. Auf vertikale Gebietsbeschränkungsklauseln wird seit dem Sylvania-Urteil von 1977 die „rule of reason" angewandt, um festzustellen, ob eine (vor allem horizontale) Wettbewerbsbeschränkung vorliegt. Vereinbarungen über Wiederverkaufspreise des Franchisenehmers werden als „per se" verboten angesehen, wenn sich herausstellt, daß es nicht um reine Preisempfehlungen geht, sondern der Franchisegeber auf die eine oder andere Weise versucht, den Franchisenehmer auch zur Anwendung seiner Vorschläge oder Empfehlungen zu zwingen. Im Sylvania-Urteil wurden auch Gebietsbeschränkungen und namentlich „Geschäftsbeschränkungen", wie sie gleichfalls in der vorliegenden Rechtssache eine Rolle spielen, trotz der damit verbundenen Beschränkungen des Wettbewerbs zwischen den Wiederverkäufern von Sylvania der „rule of reason" unterworfen. „Vertikale" Wettbewerbsbeschränkungen wie die in der Sylvania-Rechtssache wurden trotz der damit verbundenen Beschränkungen des „*intra*brand"-Wettbewerbs als förderlich für den „*inter*brand"-Wettbewerb angesehen. Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen wie die, um die es dort ging, könnten danach nur in bestimmten Fällen aufgrund ihrer tatsächlichen wirtschaftlichen Auswirkungen unter das „per-se-Verbot" der amerikanischen Kartellgesetzgebung fallen. Unter Berücksichtigung der späteren amerikanischen Rechtspraxis scheint dabei von entscheidender Bedeutung zu sein, ob es einen tatsächlichen Wettbewerb mit anderen Produkten auf dem betroffenen relevanten Produktmarkt gibt. Zu dieser amerikanischen Rechtspraxis möchte ich bereits hier bemerken, daß das besondere Problem für die EWG, nämlich die getrennten nationalen

Märkte mit meistens stark abweichenden Preisen, in den Vereinigten Staaten nicht besteht. Ein einheitlicher Binnenmarkt ist dort bereits seit langem verwirklicht, so daß sich das Problem der Verhinderung von Nebeneinfuhren nicht stellt.

2.4. *Schlußbemerkungen*

Aufgrund der Literatur und der Rechtsprechung in der Gemeinschaft, der zitierten Auffassung des Europäischen Verbands für Franchising und der jüngsten amerikanischen Definitionen solcher Franchiseverträge wie der hier streitigen meine ich, daß neben der Selbständigkeit der betroffenen Unternehmen das Merkmal einer Lizenz für die Benutzung einer Firma, eines Handelsnamens, eines Zeichens oder anderer Symbole sowie für die Vermittlung des know-hows im weiteren Sinne, verbunden mit einem einheitlichen Erscheinungsbild, und als typische Gegenleistung eine Vergütung durch den Franchisenehmer für die eingeräumten Lizenzen den entscheidenden Inhalt eines Franchisevertrags über den Vertrieb von Waren bilden. Für die kartellrechtliche Beurteilung scheinen nach der amerikanischen Rechtsprechung vor allem die Marktposition der betroffenen Unternehmen und die Unterscheidung zwischen dem vertikalen Verhältnis des Franchisegebers zum Franchisenehmer und dem horizontalen Verhältnis zwischen den beiden und ihren Mitbewerbern von Bedeutung zu sein. Vor allem scheint für die Erhaltung eines funktionsfähigen Wettbewerbs (außer unter besonderen Marktbedingungen) wichtiger als der „intrabrand"-Wettbewerb die Frage zu sein, ob es einen „interbrand"-Wettbewerb gibt. Vertikale Preisbindung von Franchisenehmern durch Franchisegeber wird offensichtlich sowohl in den Vereinigten Staaten als auch in der Bundesrepublik Deutschland „per se" als Verstoß gegen kartellrechtliche Verbote von Preisabsprachen angesehen. Im übrigen scheint die Rechtsprechung in den Vereinigten Staaten und in drei der großen Mitgliedstaaten der EWG jeden Vertrag aufgrund seines wesentlichen Inhalts einschließlich seiner besonderen Bestimmungen und (soweit kartellrechtliche Gesichtspunkte zu beurteilen sind) aufgrund der besonderen Marktumstände zu beurteilen. Letzteres gilt wohl insbesondere für die Beurteilung der verschiedenen Ausschließlichkeitsklauseln, die man in Franchiseverträgen antreffen kann.

3. Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen Franchiseverträgen und anderen in der Rechtsprechung des Gerichtshofes behandelten Vertriebssystemen

3.1. *Alleinvertretervereinbarungen*

Da im Schrifttum und in der Rechtsprechung zu Franchiseverträgen die Eigenschaft des Franchisenehmers, selbständiger Unternehmer zu sein, oder sein Handeln im eigenen Namen und auf eigenes Risiko stets als ein wesentliches Kennzeichen angesehen wird, halte ich im Gegensatz zu Pronuptia einen Vergleich zwischen dieser neuen Vertragsart und Handelsvertreterverträgen im Sinne der Bekanntmachung der Kommission vom 24. Dezember 1962 (ABl. 1962, S. 2921) für die Beantwortung der Fragen des BGH nicht für relevant. Die vorliegenden Verträge weichen nach ihrem oben zitierten § 3 Absatz 5 in dieser Hinsicht auch nicht vom Allgemeinbild ab.

3.2. *Alleinvertriebsvereinbarungen*

Mit Alleinvertriebsvereinbarungen weisen die in Rede stehenden Verträge mehr Gemeinsamkeiten auf. Insbesondere die in dem zitierten § 1 Absätze 1 und 2 aufgeführten ausschließlichen Bezugsrechte des Franchisenehmers und die in § 3 Absatz 6 genannten (beschränkten) ausschließlichen Lieferrechte des Franchisegebers zeigen auf den ersten Blick eine offenkundige Übereinstimmung mit den Merkmalen, die nach Artikel 1 Absatz 1 der Verordnung Nr.

67/67/EWG vom 22. März 1967 über die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Alleinvertriebsvereinbarungen für die Anwendbarkeit dieser Verordnung entscheidend sind. Es ist deshalb auch verständlich, daß das vorlegende Gericht in diesem Fall gesondert nach der Anwendbarkeit dieser Verordnung gefragt hat.

Bei der ersten Frage des vorlegenden Gerichts nach der grundsätzlichen Anwendbarkeit von Artikel 85 auf Franchiseverträge scheint mir vor allem die Analogie zu der von Ihnen behandelten Problemstellung in Ihrem Urteil vom 13. Juli 1966 in der Rechtssache 32/65 (Italien/Kommission, Slg. 1966, 457) von Bedeutung. Vor allem Ihre Erwägungen in den Entscheidungsgründen dieses Urteils auf Seite 485 eignen sich vielleicht — vorbehaltlich der später zu besprechenden Unterschiede zwischen Franchiseverträgen und „klassischen" Alleinvertriebsvereinbarungen — für eine analoge Anwendung bei der Beantwortung der ersten Frage des vorlegenden Gerichts.

Diese Erwägungen lauten wie folgt:

„Die Anwendung von Artikel 85 auf Alleinvertriebsvereinbarungen läßt sich auch nicht mit der Begründung ausschließen, daß Lieferant und Vertriebsberechtigter nicht miteinander im Wettbewerb stünden.

Artikel 85 Absatz 1 betrifft nicht nur den Wettbewerb zwischen den Parteien der Vereinbarung, sondern auch den Wettbewerb zwischen diesen und Dritten.

Dies um so mehr, als anderenfalls die Parteien mit Hilfe einer solchen Vereinbarung versuchen könnten, sich zum Schaden des Verbrauchers oder Benutzers einen mit den allgemeinen Zielen des Artikels 85 unvereinbaren Vorteil zu sichern, indem sie für das betroffene Erzeugnis den Wettbewerb Dritter verhinderten oder einschränkten.

Hiernach kann eine Vereinbarung zwischen Unternehmern verschiedener Wirtschaftsstufen, auch wenn sie nicht zum Mißbrauch einer beherrschenden Stellung führt, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sein und zugleich eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, so daß sie unter das Verbot von Artikel 85 Absatz 1 fällt.

Da die Artikel 85 und 86 somit unterschiedliche Ziele verfolgen, ist jeder von ihnen auf verschiedene Arten von Vereinbarungen anwendbar, wenn sein besonderer Tatbestand erfüllt ist."

In der anschließenden Begründungserwägung lehnen Sie auch einen Vergleich mit Handelsvertreterverträgen und anderen Eingliederungsformen ab, bei denen ein einzelnes Unternehmen sein Vertriebsnetz in den eigenen Betrieb eingliedert (und daher nicht von Vereinbarungen zwischen mehreren — selbständigen — Unternehmen gesprochen werden kann).

Die Bedeutung der ersten vorstehend zitierten Begründungserwägung liegt meines Erachtens namentlich darin, daß sie mit den notwendigen Abänderungen für alle zweiseitigen vertikalen Vereinbarungen zu gelten scheint. Außerdem sind nach dieser Erwägung ebenso wie in der amerikanischen Rechtsprechung wohl insbesondere die möglichen horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen und nicht so sehr die gegenseitigen Beschränkungen der vertikal verbundenen Marktteilnehmer hinsichtlich ihrer Handlungsfreiheit auf dem Markt für die Anwendbarkeit von Artikel 85 Absatz 1 entscheidend.

Daran ändert auch nichts, daß Sie in Ihrem Urteil in den verbundenen Rechtssachen 56 und 58/64 (Grundig-Consten, Slg. 1966, 321) (zum Argument, die Vereinbarung habe im Gegenteil den Wettbewerb zwischen gleichartigen Erzeugnissen der ver-

schiedenen Marken verstärkt) folgendes festgestellt haben: „Der Wettbewerb zwischen Herstellern mag zwar im allgemeinen augenfälliger in Erscheinung treten als der zwischen Verteilern von Erzeugnissen einer und derselben Marke. Dies bedeutet aber nicht, daß eine Vereinbarung, die den Wettbewerb zwischen solchen Verteilern beschränkt, schon deswegen nicht unter das Verbot des Artikels 85 Absatz 1 fiele, weil sie den Wettbewerb zwischen Herstellern möglicherweise verstärkt." Anschließend heißt es in demselben Urteil, daß „bei der Anwendung von Artikel 85 Absatz 1 die tatsächlichen Auswirkungen einer Vereinbarung nicht berücksichtigt zu werden [brauchen], wenn sich ergibt, daß diese eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezweckt".

Untersucht man das Grundig-Consten-Urteil in seiner Gesamtheit näher, so zeigt sich meines Erachtens, daß der Gerichtshof auch hier im konkreten Fall vor allem Wettbewerbsbeschränkungen zwischen Alleinvertriebshändlern und Dritten (in diesem Fall Parallelimporteuren derselben Markenerzeugnisse), also beabsichtigte horizontale Wettbewerbsbeschränkungen, im Auge hatte. Ich verweise dazu insbesondere auf die zweite Begründungserwägung dieses Urteils auf Seite 391 Absatz 4 der Entscheidungssammlung. In stärkerem Maße als in der neueren amerikanischen Rechtsprechung wird hierbei jedoch auch der horizontale „intrabrand"-Wettbewerb für entscheidend angesehen, vor allem, wenn es um die Abschottung nationaler Märkte gegenüber Paralleleinfuhren geht.

In Ihrer Vorabentscheidung vom 30. Juni 1966 in der Rechtssache 56/65 (Société technique minière/Maschinenbau Ulm, Slg. 1966, 281) haben Sie auf Seite 304 noch folgende hilfreiche Erläuterung gegeben: „Daher sind bei der Entscheidung darüber, ob ein Vertrag, der ‚ein Alleinvertriebsrecht einräumt', wegen seines Zwecks oder seiner Wirkung als verboten anzusehen ist, insbesondere Art und Menge der den Gegenstand der Vereinbarung bildenden Erzeugnisse in Betracht zu ziehen; ferner ist zu prüfen, welche Stellung und Bedeutung der Lieferant und der Vertriebsberechtigte auf dem Markt dieser Erzeugnisse innehaben, ob die Vereinbarung für sich allein steht oder Bestandteil einer Gesamtheit von Vereinbarungen ist, ob die zum Schutz des Alleinvertriebsrechts dienenden Klauseln besonders einschneidend sind oder ob sie im Gegenteil Wiederausfuhr und parallele Einfuhr der fraglichen Erzeugnisse zulassen und diesen somit andere Absatzwege offenhalten."

3.3. *Brauereiverträge*

Die Alleinvertriebsvereinbarungen, über die Sie entschieden haben, betrafen meistens Alleinimporteure, und nach den Angaben der Kommission in der mündlichen Verhandlung galt dies im allgemeinen auch für die bei ihr angemeldeten Alleinvertriebsvereinbarungen. Dadurch waren vor allem nicht Dutzende von Einzelhändlern unmittelbar betroffen, wie es in der vorliegenden Rechtssache der Fall ist. In dieser Hinsicht ist jedoch Ihre Rechtsprechung zu den sogenannten Brauereiverträgen von Bedeutung. In Fortführung einer Stelle in der soeben zitierten Begründungserwägung in Ihrem Urteil in der Rechtssache STM/Maschinenbau Ulm haben Sie bereits im ersten Haecht-Urteil (Rechtssache 23/67, Slg. 1967, 543, 556) zu den Brauereiverträgen, um die es dort ging (mit ausschließlicher Bezugsverpflichtung bei einer Brauerei) folgendes festgestellt:

„Eine Vereinbarung darf also für die Entscheidung, ob sie unter das Verbot des Artikels 85 Absatz 1 fällt, nicht aus diesem Zusammenhang, d. h. aus den tatsächlichen oder rechtlichen Begleitumständen, die dazu führen, daß sie eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bewirkt, gelöst werden.

Für die Prüfung, ob die Vereinbarung auf derartige Wirkungen gerichtet ist, kann es auf das Bestehen gleichartiger Verträge dann ankommen, wenn die Verträge in ihrer Gesamtheit geeignet sind, die Freiheit des Handels einzuschränken."

Dies scheint mir im Zusammenhang mit der daran anschließenden Begründungserwägung bei analoger Anwendung auf Franchiseverträge dazu zu führen, daß Artikel 85 Absatz 1 dann anwendbar ist, wenn ein Franchisegeber aus dem Mitgliedstaat A eine solche Marktposition im Mitgliedstaat B besitzt, daß er mit Hilfe (seiner eigenen Filialen und) einer Reihe von Franchiseverträgen mit selbständigen Händlern anderen Erzeugern bzw. Großhändlern auf dem Markt des Mitgliedstaats B den Marktzugang wesentlich erschwert.

Aus der Randnummer 5 der Entscheidungsgründe des Urteils des Gerichtshofes in der Rechtssache 43/69 (Bilger/Jehle, Slg. 1970, 127) ergibt sich, daß bei der Berücksichtigung anderer, vergleichbarer Verträge nicht allein auf Verträge einer großen Zahl von Einzelhändlern mit ein und demselben Erzeuger (bzw. Großhändler) abzustellen ist, sondern ebenfalls auf ähnliche, mit anderen Erzeugern aus demselben Mitgliedstaat geschlossene Alleinbezugsverträge. Bei Brauereiverträgen kann insbesondere die Gesamtheit solcher Verträge zwischen Einzelhändlern und Erzeugern aus ein und demselben Mitgliedstaat tatsächlich zu einer derartigen gemeinsam bewirkten Marktabschottung führen. Nur solche Brauereiverträge zwischen einer Brauerei und gewerblichen Abnehmern aus ein und demselben Mitgliedstaat sind, soweit ich feststellen konnte, bisher in der Rechtsprechung des Gerichtshofes behandelt worden. Grundsätzlich kann sich bei Franchiseverträgen eine Marktabschottung (oder andere horizontale Wettbewerbsbeschränkung) nach meiner Meinung jedoch unabhängig vom betrieblichen Standort des Erzeugers bzw. Großhändlers auch aus der Gesamtwirkung solcher Vereinbarungen für gleichartige Erzeugnisse ergeben.

Was die Brauereiverträge angeht, so scheint mir außerdem für die Beantwortung der zweiten Frage des Bundesgerichtshofs in der Pronuptia-Rechtssache Ihr Urteil vom 1. Februar 1977 in der Rechtssache 47/76 (A. de Norre und M. de Clercq/NV Brouwerij Concordia, Slg. 1977, 65) von Bedeutung. In diesem Urteil haben Sie nämlich entschieden, daß trotz bestimmter, von Ihnen anerkannter Unterschiede zu den traditionellen Alleinvertriebsvereinbarungen, für die die Verordnung Nr. 67/67 seinerzeit erlassen worden ist, auch Brauereiverträge unter die Freistellung dieser Verordnung fallen, also „Vereinbarungen, an denen nur zwei Unternehmen aus ein und demselben Mitgliedstaat beteiligt sind, in denen sich ferner ein Vertragspartner dem andern gegenüber verpflichtet, zum Zwecke des Weiterverkaufs bestimmte Waren nur von ihm zu beziehen, und die nicht die Tatbestandsmerkmale des Artikels 3 der Verordnung Nr. 67/67 erfüllen, ... soweit sie ohne eine Freistellung vom Verbot des Artikels 85 Absatz 1 EWG-Vertrag erfaßt würden". Diese Feststellung wurde laut Randnummer 13 der Entscheidungsgründe des Urteils unter anderem damit begründet, daß „die hier streitigen Vereinbarungen ... die Voraussetzungen des Artikels 1 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 67/67" erfüllen, sie wurde ferner (laut Randnummern 16-33 der Entscheidungsgründe) auf das Urteil in der Rechtssache 63/75 (Roubaix Wattrelos, Slg. 1976, 111) gestützt.

Auch aufgrund dieses Urteils läßt sich nach meiner Meinung grundsätzlich die Auffassung vertreten, daß für die Beurteilung der Möglichkeit einer entsprechenden Anwendung in der Pronuptia-Rechtssache nicht entscheidend ist, daß das Urteil sich auf Vereinbarungen beschränkt, an denen nur zwei Unternehmen aus ein und demselben Mitgliedstaat beteiligt sind. Meines Erach-

tens weist nichts in den Entscheidungsgründen des Urteils darauf hin, daß Sie die Verordnung Nr. 67/67 bei einem Brauereivertrag zwischen einem Einzelhändler im Mitgliedstaat A und einer Brauerei im Mitgliedstaat B für unanwendbar gehalten haben.

Indessen läßt das Urteil natürlich die Frage völlig offen, ob andere Merkmale von Franchiseverträgen wie der vorliegenden der Anwendbarkeit der Verordnung Nr. 67/67 doch entgegenstehen. Wie ich im folgenden Teil meiner Schlußanträge näher zeigen werde, ist dies meiner Meinung nach tatsächlich der Fall.

3.4. *Selektive Vertriebssysteme*

Pronuptia hat sich in diesem Verfahren auch auf Ihr Metro-Urteil (Rechtssache 26/76, Slg. 1977, 1875) berufen. Dort heißt es unter Randnummer 20 der Entscheidungsgründe wie folgt:

„Insbesondere im Bereich der Herstellung von langlebigen, hochwertigen und technisch hoch entwickelten Verbrauchsgütern, wo eine verhältnismäßig kleine Zahl von großen und mittleren Herstellern ein abgestuftes Angebot von — jedenfalls aus der Sicht des Verbrauchers — leicht austauschbaren Waren bereithält, hindert die Marktstruktur nicht, daß es unterschiedliche, den Eigenheiten der verschiedenen Hersteller und den Bedürfnissen der verschiedenen Verbrauchergruppen angepaßte Vertriebswege gibt.

Unter Berücksichtigung dessen hat die Kommission zu Recht anerkannt, daß selektive Vertriebssysteme neben anderen ein mit Artikel 85 Absatz 1 vereinbarer Bestandteil des Wettbewerbs sind, sofern die Auswahl der Wiederverkäufer aufgrund objektiver Gesichtspunkte qualitativer Art erfolgt, die sich auf die fachliche Eignung des Wiederverkäufers, seines Personals und seiner sachlichen Ausstattung beziehen, und sofern diese Voraussetzungen einheitlich für alle in Betracht kommenden Wiederverkäufer festgelegt und ohne Diskriminierung angewendet werden."

Bereits wegen des Umstands, daß in den vorliegenden Franchiseverträgen neben qualitativen auch strenge quantitative Kriterien aufgestellt werden, eignet sich jedoch nach meiner Meinung der zuletzt zitierte Satz nicht für eine entsprechende Anwendung in diesem Verfahren.

Von einer gewissen mittelbaren Bedeutung für die vorliegende Rechtssache ist eher der vorangehende Satz von Randnummer 20 der Entscheidungsgründe sowie der vorletzte Satz der Randnummer 21, der wie folgt lautet:

„Das Bestreben, für den Fachgroß- und -einzelhandel ein gewisses Preisniveau aufrechtzuerhalten, welches mit dem Bestreben einhergeht, im Interesse des Verbrauchers die Möglichkeit des Fortbestands dieses Vertriebsweges neben neuen Vertriebsformen mit andersartiger Wettbewerbspolitik zu erhalten, gehört zu den Zielen, die verfolgt werden dürfen, ohne daß dabei zwangsläufig gegen das Verbot des Artikels 85 Absatz 1 verstoßen würde, und kann, sollte letzteres ganz oder teilweise der Fall sein, den Tatbestand des Artikels 85 Absatz 3 erfüllen."

Auch Satz 2 der Randnummer 22 der Entscheidungsgründe scheint mir für die Rechtssache Pronuptia von einiger Bedeutung. Danach

„wird die Kommission darauf zu achten haben, daß diese (in Satz 1 festgestellte gewisse) Starrheit der Preisstruktur nicht noch stärker wird, was geschehen könnte, wenn die Anzahl der selektiven Vertriebsnetze für den Absatz desselben Erzeugnisses größer werden sollte" (Verdeutlichung in der Klammer von mir).

Schließlich ergibt sich aus Randnummer 24 der Entscheidungsgründe, welche Bestimmungen von der Kommission nicht als wettbewerbsbeschränkend angesehen werden.

In der Rechtssache 31/80 (L'Oréal, Slg. 1980, 3775) haben Sie in Randnummer 17 der Entscheidungsgründe folgendes festgestellt:

„Ist der Zugang zu einem selektiven Vertriebsnetz von Voraussetzungen abhängig, die über eine bloße objektive Auswahl qualitativer Art hinausgehen, beruht es insbesondere auf quantitativen Kriterien, so fällt das Vertriebssystem grundsätzlich unter das Verbot des Artikels 85 Absatz 1, soweit die betreffende Vereinbarung, wie der Gerichtshof in seinem Urteil vom 30. Juni 1966 in der Rechtssache 56/65 (LTM, Slg. 1966, 281) ausgeführt hat, verschiedene Tatbestandsmerkmale erfüllt, die weniger ihre Rechtsnatur als ihr Verhältnis zum ‚Handel zwischen Mitgliedstaaten' und zum ‚Wettbewerb' betreffen."

In den beiden folgenden Randnummern werden diese Voraussetzungen näher erläutert (wobei nach Randnummer 18 vor allem die Auswirkungen der streitigen Vereinbarung auf die Möglichkeiten zu Paralleleinfuhren zu berücksichtigen sind, während in Randnummer 19 unter anderem auf die bereits zitierten Entscheidungsgründe des ersten Haecht-Urteils verwiesen wird). Den gleichen Standpunkt wie in Randnummer 17 hatten Sie bereits in der Rechtssache 99/79 (Lancôme, Slg. 1980, 2511) vertreten. Diese Entscheidungsgründe sind für die jetzt anhängige Rechtssache gleichfalls von einer gewissen Bedeutung.

Bezüglich der Unzulässigkeit einer „Lokalklausel" wie der in § 4 der betreffenden Verträge beruft sich die Kommission auf Randnummer 51 der Entscheidungsgründe Ihres Urteils vom 21. Februar 1984 in der Rechtssache 86/72 (Hasselblad, Slg. 1984, 883). Nachdem Sie die Unzulässigkeit quantitativer Auswahlkriterien bestätigt haben, führen Sie dort aus: „Aufgrund der Klausel 28 des ‚Dealer Agreement' konnte die Klägerin die Freiheit eines Händlers — und zwar auch eines zugelassenen —, sich an irgendeinem Ort niederzulassen, beschränken, wenn sie der Ansicht war, daß sich seine Anwesenheit an diesem Ort auf den Wettbewerb zwischen Händlern auswirken könnte." In Randnummer 52 hat der Gerichtshof dann die Unzulässigkeit unter anderem dieser Klausel bestätigt.

3.5. *Lizenzverträge*

Da Lizenzen auch in Franchiseverträgen eine entscheidende Rolle spielen, sind für die vorliegende Rechtssache auch Ihre Urteile in den Rechtssachen 258/78 (Nungesser, Slg. 1982, 2015) und 262/81 (Coditel II, Slg. 1982, 3381) von einiger Bedeutung. In Randnummer 58 der Entscheidungsgründe des Nungesser-Urteils gelangte der Gerichtshof „in Anbetracht der Besonderheit der fraglichen Erzeugnisse ... zu der Auffassung, daß in einem Fall wie dem vorliegenden die Vergabe einer offenen ausschließlichen Lizenz, also einer Lizenz, welche die Stellung Dritter, wie der Parallelimporteure und Lizenznehmer für andere Gebiete, nicht betrifft, als solche nicht unvereinbar mit Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag ist". In Randnummer 61 der Entscheidungsgründe desselben Urteils verweist der Gerichtshof hingegen auf seine ständige Rechtsprechung, wonach „der einem Lizenznehmer gewährte absolute Gebietsschutz, der die Überwachung und Verhinderung von Paralleleinfuhren ermöglichen soll, zur künstlichen Aufrechterhaltung getrennter nationaler Märkte [führt], die mit dem EWG-Vertrag unvereinbar ist". Die ausschlaggebende Bedeutung dieses Standpunkts wird in Randnummer 78 bekräftigt.

In der Rechtssache Coditel II haben Sie entschieden, „daß ein Vertrag, mit dem der Inhaber des Urheberrechts an einem Film das ausschließliche Recht zur Vorführung dieses

Films im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats für einen bestimmten Zeitraum einräumt, für sich allein nicht unter die Verbotsvorschriften des Artikels 85 EWG-Vertrag fällt, daß es jedoch gegebenenfalls Sache des nationalen Gerichts ist, nachzuprüfen, ob sich nicht im Einzelfall die Modalitäten der Ausübung des durch diesen Vertrag eingeräumten ausschließlichen Rechts in einen wirtschaftlichen oder rechtlichen Gesamtzusammenhang einfügen, der eine Verhinderung oder Einschränkung des Filmvertriebs oder eine Verfälschung des Wettbewerbs auf dem Markt für Filme im Hinblick auf die Besonderheiten dieses Marktes bezwecken oder bewirken würde". Aus Randnummer 19 der Entscheidungsgründe dieses Urteils ergibt sich jedoch, daß die Ausübung des ausschließlichen Rechts zur Vorführung eines Films in dieser Weise unter anderem nicht dazu führen darf, daß „unangemessen hohe Vergütungen für die getätigten Investitionen ermöglicht werden oder ... eine Ausschließlichkeit herbeigeführt wird, deren Dauer gemessen an diesen Bedürfnissen übermäßig lang ist". Namentlich diese Begründungserwägung ist für die vorliegende Rechtssache von gewisser Bedeutung, da der Ausgangsrechtsstreit insbesondere die Vergütung betrifft.

4. Beantwortung der vorgelegten Fragen

4.1. *Allgemeine Bemerkungen*

Alle zitierten Urteile enthalten nach meiner Meinung bestimmte Elemente, die für die Beantwortung der vorgelegten Fragen eine gewisse Bedeutung haben.

Die Franchiseverträge, auf die sich die Fragen beziehen, entsprechen ihrer Art nach meines Erachtens der oben wiedergegebenen Charakterisierung von Franchiseverträgen in der Literatur und in der Rechtsprechung insoweit, als das Recht auf Benutzung der Firmenbezeichnung und der Marke oder des Zeichens Pronuptia de Paris, die Vermittlung von Know-how im weiteren Sinne und die Verpflichtung zu einer bestimmten Ausstattung des Geschäfts in Übereinstimmung mit dem Markenbild und nach den Anweisungen des Franchisegebers (§ 1 Absatz 3, § 3 Absätze 1 und 3, § 4 Absatz 1 und § 14) die zentralen Bestimmungen sind. Dieser zentrale Charakter ergibt sich auch aus den dafür vereinbarten Lizenzgebühren in Höhe von 10 % des Gesamtumsatzes des Franchisenehmers (§ 5 Absatz 1). Der Franchisenehmer trägt jedoch nach § 3 Absatz 5 des Vertrages das Geschäftsrisiko wohl grundsätzlich allein. Wirtschaftlich gesehen sind es nach meiner Meinung auch vor allem diese Kennzeichen, die die Franchiseverträge als neue Vertriebsmethode für die Franchisegeber außergewöhnlich interessant machen. Nach außen hin macht ein vertragsmäßig eingerichtetes und betriebenes Geschäft den Eindruck einer Filiale. Der Franchisegeber braucht aber anders als bei einer Filiale keine Investitionskosten zu tragen. Auch braucht er hinsichtlich der Geschäftslage keine Marktuntersuchung anzustellen, da er bei enttäuschenden Umsätzen (vor allem bei einem ungünstigen Verhältnis zwischen Kosten und Einnahmen des betroffenen Geschäfts) überhaupt kein Risiko trägt, sondern im Gegenteil dennoch Anspruch auf die nicht geringen Gebühren in Höhe von 10 % des Gesamtumsatzes hat.

Für den Franchisenehmer scheint das neue System angesichts seiner stürmischen Entwicklung ebenfalls Vorteile zu haben, unter anderem wahrscheinlich deshalb, weil er (meist einen ausschließlichen) Zugang zu Qualitätsprodukten mit einem bereits feststehenden Marktwert erhält. Dieser Marktwert wird vor allem vorhanden sein, wenn — wie im vorliegenden Fall und nach Angaben der Franchisenehmerin auch in anderen von ihr namentlich genannten Franchisesystemen — der Franchisegeber auf anderen Teilmärkten des betreffenden Mitgliedstaats bereits eigene Filialen unterhält und das

Franchisesystem somit eine Erweiterung eines auf dem Markt bereits erprobten Systems von eigenen Filialen des Franchisegebers bildet.

Für den Verbraucher schließlich wird die Existenz eines Franchisesystems neben anderen Vertriebssystemen aus den gleichen Gründen, aber auch unter den gleichen Voraussetzungen wie denen, die Sie in Randnummer 20 der Entscheidungsgründe des Metro-Urteils hinsichlich selektiver Vertriebssysteme genannt haben, von Interesse sein können. Soweit die Zulassung von Franchisenehmern zum System quantitativen Beschränkungen unterliegt (z. B. wie im vorliegenden Fall in der Weise, daß für ein bestimmtes Gebiet nur ein Franchisenehmer zugelassen wird), ist nach meiner Meinung aufgrund der Urteile des Gerichtshofes in den Rechtssachen L'Oréal, Lancôme und Hasselblad Artikel 85 Absatz 1 grundsätzlich auf die betreffenden Vereinbarungen anwendbar, wenn die allgemeinen Voraussetzungen erfüllt sind, die Sie in den zitierten Urteilen in den Rechtssachen 32/65, 56 und 68/64, 56/65, 23/67, 43/69, 47/76, 26/76 und 258/78 dargelegt haben.

Aus den genannten Urteilen lassen sich meines Erachtens vor allem folgende Kriterien ableiten, die für die Beurteilung von Franchiseverträgen wie den streitigen von Bedeutung sind:

a) Da es nach sämtlichen zitierten Urteilen des Gerichtshofes für die Anwendbarkeit von Artikel 85 Absatz 1 auf die horizontalen Wirkungen vertikaler Vereinbarungen (z. B. Ausschluß von bestimmten Konkurrenten, wie etwa von Parallelimporteuren) ankommt, scheint mir die Frage, ob ein Franchisevertrag eine gerechte Verteilung der Rechte und Pflichten zwischen Franchisegeber und Franchisenehmer beinhaltet, als solche für die Anwendbarkeit von Artikel 85 Absatz 1 nicht von Bedeutung. Dasselbe gilt meines Erachtens grundsätzlich für einzelne Verpflichtungen des Franchisenehmers gegenüber dem Franchisegeber wie etwa die Verpflichtungen hinsichtlich Spezialisierung (§ 3 Absatz 3, § 4 Absatz 1 und § 6 Absatz 6), hinsichtlich der Werbung (§ 1 Absatz 1, § 6 Absätze 4 und 5) und hinsichtlich einer bestimmten Geschäftseinrichtung und -ausstattung (§ 3 Absatz 3 und § 4 Absatz 1). Auf solche vertikalen Verpflichtungen ist Artikel 85 Absatz 1 nach meiner Meinung nur anwendbar, wenn im konkreten Fall nachteilige Folgen für Dritte (Konkurrenten, Lieferanten oder Abnehmer) nachgewiesen werden können, was nur selten der Fall sein wird, wenn ausreichende andere Vertriebskanäle für die gleichen Erzeugnisse vorhanden sind.

b) Wenn es somit insbesondere auf die „horizontalen" Wirkungen oder genauer gesagt auf die Folgen der Vereinbarung für Dritte ankommt, wird nach Ihrer Rechtsprechung vor allem darauf abzustellen sein, ob Parallelimporte weiterhin möglich sind (vgl. die Urteile in den Rechtssachen Grundig/Consten, Bilger/Jehle und Nungesser), ob der Marktzugang unter Berücksichtigung der Marktposition der betroffenen Lieferanten für andere Lieferanten oder Händler beschränkt wird (vgl. die Zitate aus den Rechtssachen 56/65, 23/67, 43/69, 26/76 und 31/80) und ob preissteigernde Wirkungen (Metro-Urteil und Coditel-II-Urteil) oder sogar eine vertikale Preisbindung aufgrund vertraglicher Verpflichtungen oder aufeinander abgestimmter Verhaltensweisen zwischen dem Franchisegeber, seinen Filialen und seinen einzelnen Franchisenehmern feststellbar sind.

Was dieses letzte Kriterium angeht, bin ich jedoch im Gegensatz zu der zitierten diesbezüglichen amerikanischen und deutschen Rechtsprechung der Meinung, daß nur im Falle einer wirtschaftlichen Machtposition

auf den betreffenden örtlichen Märkten oder einer auch von Mitbewerbern angewandten vertikalen Preisbindung die Rechtsprechung des Gerichtshofes zur vertikalen Preisbindung und zu anderen Preisabsprachen Geltung hat. Auch die beinahe mit Sicherheit stark preissteigernde Wirkung der Vergütungsregelung in den vorliegenden Verträgen ist nach meiner Meinung unter Berücksichtigung der Randnummern 21 und 22 der Entscheidungsgründe des Metro-Urteils an und für sich nur dann ein Grund, Artikel 85 Absatz 1 für anwendbar zu halten, wenn ein Franchisegeber im Mitgliedstaat A auf einer großen Zahl lokaler Märkte im Mitgliedstaat B die Rolle eines Preisführers spielt oder dort in anderer Weise eine wirtschaftliche Machtposition innehat.

Anhand der genannten Kriterien läßt sich meiner Meinung nach die erste Frage des vorlegenden Gerichts eindeutig genug beantworten, um ihm eine Entscheidung im konkreten Fall zu ermöglichen. Dabei scheint mir eine konkretere Antwort auf diese Frage, als sie die Kommission vorgeschlagen hat, wünschenswert.

Da ich aus noch darzulegenden Gründen meine, daß die Verordnung Nr. 67/67/EWG auf Franchiseverträge wie den streitigen nicht anwendbar ist, braucht die dritte Frage des vorlegenden Gerichts an und für sich nicht beantwortet zu werden. In den Entscheidungsgründen Ihres Urteils könnten Sie jedoch klarstellen, daß Verpflichtungen wie die in der dritten Frage unter Buchstaben b, d und e genannten, wenn keine außergewöhnlichen Umstände vorliegen, nicht als Beschränkungen des Wettbewerbs im Sinne von Artikel 85 Absatz 1 anzusehen sind.

4.2. *Beantwortung der ersten Frage*

Für die Beantwortung der ersten Frage halte ich unter Berücksichtigung der Ihrer Rechtsprechung entnommenen und soeben zusammengefaßten Kriterien vor allem § 1 Absätze 1 und 2, § 3 Absatz 3, § 4 Absatz 1, § 5 Absatz 1, und § 6 Absätze 1 und 6 der vorgelegten Verträge für bedeutsam. Da Franchiseverträge, wie sich aus der Literatur und der Rechtsprechung ergibt, als Vertragstyp nicht festgelegt sind, stelle ich Ihnen anheim, Ihre Antwort auf die erste Frage des Bundesgerichtshofs in der Tat auf solche Franchiseverträge zu beschränken, die inhaltlich denen zwischen den Parteien im vorliegenden Fall entsprechen. Eine Zusammenfassung dieses Inhalts in Ihrem Urteil ist dann natürlich für die Rechtspraxis von großer Bedeutung.

Ihre Antwort auf die erste Frage könnte meines Erachtens wie folgt lauten:

„Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag ist auf Franchiseverträge wie die zwischen den Parteien im vorliegenden Fall anwendbar, wenn sie unter anderem

a) zwischen einem Franchisegeber in einem Mitgliedstaat oder einem von ihm vollständig abhängigen Tochterunternehmen im Sinne der Frage 3 Buchstabe a und einem oder mehreren Franchisenehmern in einem oder mehreren anderen Mitgliedstaaten geschlossen sind und

b) der Franchisegeber mit Hilfe seiner Tochterunternehmen und Franchisenehmer in einem oder mehreren dieser anderen Mitgliedstaaten oder in einem beträchtlichen Teil ihres Hoheitsgebiets einen nicht unerheblichen Marktanteil am relevanten Produktmarkt hält und außerdem

c) die Vereinbarungen entweder Paralleleinfuhren der Vertragserzeugnisse in das Vertragsgebiet oder ihre Ausfuhr durch den Franchisenehmer in andere Mitgliedstaaten verhindern oder beschränken oder dies bezwecken oder

d) insbesondere durch die Begründung örtlicher oder regionaler Monopolstellungen für die Vertragserzeugnisse, durch die Vergütungsregelung und vertragliche Bestimmungen oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen über die Preisfestsetzung und durch das Fehlen eines funktionsfähigen Wettbewerbs gleichartiger Erzeugnisse zur Festsetzung unangemessen hoher Ladenpreise führen, d. h. zu Preisen, die bei einem funktionsfähigen Wettbewerb trotz der eventuell höheren Qualität der Vertragserzeugnisse nicht möglich wären."

Mit dieser Antwort habe ich klargestellt, daß die Kriterien c) und d) als alternative Ergänzungen anzusehen sind. Beim Kriterium c) liegt der Schwerpunkt dabei in Übereinstimmung mit Ihrer ständigen Rechtsprechung auf der Verhinderung eines absoluten Gebietsschutzes für nationale Märkte, der nur dann keine wesentlichen Beschränkungen des horizontalen Wettbewerbs bewirkt, wenn die Marktanteile zu vernachlässigen sind. Beim Kriterium d) liegt der Akzent dagegen auf der Verhütung monopolistischer Preiserhöhungen, die in der Regel nur bei einem erheblichen Marktanteil an den betreffenden örtlichen oder regionalen Märkten und bei Fehlen anderer, preissenkender Vertriebsformen für gleichartige Erzeugnisse möglich sein werden.

4.3. *Beantwortung der zweiten und dritten Frage*

Ich bin mit der Kommission und der französischen Regierung der Ansicht, daß eine Gruppenfreistellung für Franchiseverträge wünschenswert ist. Ich meine dies insbesondere wegen ihrer großen Verbreitung heutzutage und ihrer im allgemeinen insgesamt positiv zu beurteilenden Ausgestaltung, wobei normalerweise nur unter bestimmten Marktbedingungen (unter anderem bei Fehlen konkurrierender Vertriebssysteme) und bei bestimmten Modalitäten die ebenfalls vorhandenen wettbewerbsbeschränkenden Ziele oder Auswirkungen einer Freistellung aufgrund von Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag entgegenstehen werden.

Franchiseverträge werden vermutlich in der Regel vor allem — auch im Interesse der Verbraucher — zur Verbesserung der Warenverteilung beitragen, indem sie neuen Erzeugnissen oder Erzeugnissen mit besonderen Qualitäten die Möglichkeit bieten, schnell in die gebietsmäßig stark dezentralisierten Einzelhandelsmärkte einzudringen. Es ist Aufgabe der Kommission, diesbezüglich erst durch einige individuelle Entscheidungen in repräsentativen Fällen die für Gruppenfreistellungen erforderlichen Erfahrungen zu sammeln und danach in einer Gruppenfreistellungsverordnung im Einklang mit den vier Voraussetzungen des Artikels 85 Absatz 3 die Bedingungen festzulegen, unter denen den positiven Wirkungen der Franchiseverträge tatsächlich ein größe-

res Gewicht eingeräumt werden kann als den für ihre positive Wirkung unerläßlichen wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen.

Ebenso wie die Kommission und die französische Regierung bin ich jedoch auch der Meinung, daß die Verordnung Nr. 67/67 nicht auf Franchiseverträge wie die in Rede stehenden angewendet werden kann. Nach meiner Ansicht sind für dieses Ergebnis namentlich folgende Erwägungen entscheidend:

Erstens steht fest, daß zum Zeitpunkt des Erlasses der Verordnung Nr. 67/67 Franchiseverträge für den Vertrieb von Waren innerhalb der Gemeinschaft noch kaum vorkamen und ihre ganz besonderen Probleme bei der Vorbereitung der Verordnung daher auch nicht berücksichtigt werden konnten. Die Probleme, denen man bei der Vorbereitung Aufmerksamkeit schenkte und hinsichtlich derer man über die in der vierten Begründungserwägung der Verordnung Nr. 19/65/EWG verlangte hinreichende Erfahrung verfügte, betrafen nämlich ausschließlich Alleinimporteure. Wie sich aus einer Antwort der Kommission in der mündlichen Verhandlung auf eine Frage meinerseits ergibt, sprachen sich auch bei der Vorbereitung der unlängst geregelten neuen Gruppenfreistellungen für Alleinvertriebs- und Alleinbezugsvereinbarungen weder die Betroffenen noch die Regierungssachverständigen für die Anwendung der Verordnung auf Franchiseverträge aus.

Zweitens bin ich aufgrund der erörterten Literatur und Rechtsprechung sowie der zitierten Stellungnahme der Vereinigungen der Franchiseunternehmer der Meinung, daß der Inhalt von Franchiseverträgen überwiegend durch das Bemühen gekennzeichnet ist, mit Hilfe von Lizenzen für den Firmennamen, die Handelsmarken, Zeichen oder Symbole sowie durch die Vermittlung von Know-how im weiteren Sinne und durch andere Bestimmungen die Betriebseinrichtung und -ausstattung der Franchisenehmer soweit wie möglich an die des Franchisegebers oder seiner Tochterunternehmen anzugleichen. Dem steht dann neben dem vollständig vom Franchisenehmer zu tragenden Geschäftsrisiko eine — im vorliegenden Fall beträchtliche — Lizenzvergütung gegenüber, die der Franchisenehmer dem Franchisegeber schuldet. Ausschließliche Liefer- und Bezugsverpflichtungen spielen in diesem Zusammenhang nur eine untergeordnete Rolle; der Inhalt dieser Verpflichtungen kann aus kartellpolitischer Sicht nur im Zusammenhang mit der angestrebten Form einer weitgehenden, nach unten gerichteten Integration der Franchisenehmer in ein Netz einheitlich betriebener Geschäftsstellen des Franchisegebers beurteilt werden. In der Verordnung Nr. 67/67 spielen dagegen gerade Lizenzvereinbarungen eine untergeordnete Rolle.

Drittens unterscheiden sich Franchiseverträge, wenn sie so wie im vorliegenden Fall ausgestaltet sind, auch wesentlich von Brauereiverträgen, auf die Sie die Verordnung Nr. 67/67 für anwendbar gehalten haben, da sie zu einer strengen örtlichen oder regionalen Monopolbildung bei den betreffenden Waren führen. Ich verweise dazu vor allem auf § 1 der vorgelegten Verträge. Der an zweiter Stelle von mir genannte Unterschied zu den Alleinvertriebsvereinbarungen gilt im übrigen auch hinsichtlich der Brauereiverträge.

Viertens halte ich eine Anwendung der Verordnung Nr. 67/67 wegen Artikel 3 Buchstabe b dieser Verordnung für ausgeschlossen. Franchiseverträge im Sinne der hier streitigen verschaffen dem Franchisenehmer einen absoluten Gebietsschutz und erschweren es Händlern, sich die Vertragserzeugnisse bei anderen Händlern im Gemeinsamen Markt zu besorgen. Ich verweise dazu außer auf den bereits genannten § 1 auch auf § 3 Absätze 3 und 6 und § 4 Absatz 1 der vorgelegten Verträge.

Aus diesen vier Gründen schlage ich Ihnen vor, auf die zweite Frage des vorlegenden Gerichts wie folgt zu antworten:

„Die Verordnung Nr. 67/67/EWG über die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Alleinvertriebsvereinbarungen (Gruppenfreistellungsverordnung) ist auf Franchiseverträge, die wie die im vorliegenden Fall zwischen den Parteien geschlossenen Verträge ausgestaltet sind, nicht anwendbar."

Eine Beantwortung der dritten Frage des vorlegenden Gerichts erübrigt sich somit. Die von mir vorgeschlagene Antwort auf die erste Frage wird jedoch — unter Umständen in Verbindung mit rechtlichen Erwägungen in Ihrem Urteil zu bestimmten, den Wettbewerb nicht beschränkenden Vertragsklauseln — dem vorlegenden Gericht darüber Aufschluß geben können, welche der in der dritten Frage genannten Vertragsbestimmungen für die Anwendbarkeit von Artikel 85 Absatz 1 als relevant anzusehen sind.