

## **Zur Zulässigkeit von Alleinbezugsverpflichtungen von Rechtsanwalt Dr. Helmuth Liesegang<sup>1</sup>, Wuppertal und Düsseldorf**

Der Kartellsenat des OLG Düsseldorf hat in seiner Entscheidung vom 11.04.2007 in Sachen Bodyshop ausführlich zur Wirksamkeit einer Alleinbezugsverpflichtung Stellung genommen. Auch wenn die Revisionsentscheidung des Bundesgerichtshofes aussteht, lohnt es sich die Ausführungen des OLG Düsseldorf näher darzustellen. Das Gericht nimmt sehr präzise zu der kartellrechtlichen Problemstellung einer Alleinbezugsverpflichtung auf der Basis des deutschen und europäischen Rechts Stellung.

### **1. Sachverhalt und Fragestellung**

Im entschiedenen Fall ging es um die im Bodyshop-Franchisevertrag niedergelegte Verpflichtung der Franchisenehmer, die Vertragswaren ausschließlich von Bodyshop oder von autorisierten Lieferanten zu beziehen. Allein diese Vertragswaren dürften in den Bodyshop-Franchisegeschäften verkauft werden. Das Bodyshop-Franchisesystem verfügt noch über 16 Franchisenehmer. Bodyshop selbst betreibt inzwischen 60 eigene Ladengeschäfte in Deutschland.

Die Franchisenehmerin und Klägerin hielt die Alleinbezugsverpflichtung für kartellnichtig. Sie beantragte, diese Nichtigkeit festzustellen und außerdem Bodyshop zu verurteilen, darin einzuwilligen, dass die Alleinbezugsverpflichtung dahingehend abgeändert wird, dass die Franchisenehmerin berechtigt ist, im Umfang von 20 % ihrer auf der Grundlage des Einkaufswertes des vorangegangenen Kalenderjahres berechneten gesamten Einkäufe Nebenprodukte von Dritten zu beziehen und zu vertreiben. Bei diesen Nebenprodukten handelte es sich ausnahmslos um Produkte, die nicht besonderen modischen Veränderungen unterliegen und nicht mit der speziellen Ausrichtung des Bodyshop-Systems in Konflikt geraten könnten.

### **2. Die Entscheidung des OLG**

Das OLG hat den Anträgen der Franchisenehmerin entsprochen und Bodyshop entsprechend verurteilt. Maßgebend für diese Entscheidung waren insbesondere die nachfolgenden Erwägungen:

Die **Alleinbezugsverpflichtung** wurde wegen Verstoßes gegen das kartellrechtliche Behinderungsverbot des Artikel 81 Abs. 1 EG als **nichtig** angesehen. Hiernach sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen verboten, die geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten (spürbar) zu beeinträchtigen und eine (spürbare) Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken.

---

<sup>1</sup> Der Verfasser ist Mitglied des Rechtsausschusses des Deutschen Franchise Verbandes. Außerdem ist er Gründungsmitglied der EFLAW European Franchise Lawyers Association Franchising Licensing International Distribution EEIG.

- a) **Alleinbezugsverpflichtungen** sind **grundsätzlich als Wettbewerbsbeschränkungen** im Sinne der zitierten Vorschrift anzusehen. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes der europäischen Gemeinschaften greift das kartellrechtliche Behinderungsverbot jedoch nicht bei solchen Bestimmungen, die für den Erhalt und das Funktionieren des Franchisesystems unerlässlich sind. Dabei handelt es sich zum einen um solche Bindungen des Franchisenehmers, mit deren Hilfe verhindert wird, dass das vermittelte Know-how und die vom Franchisegeber gewährte Unterstützung den Konkurrenten zugute kommen. Zum anderen geht es um Bestimmungen zur Kontrolle des Franchisenehmers, die zur Wahrung der Identität und des Ansehens der durch die Geschäftsbeziehung symbolisierten Vertriebsorganisation unerlässlich sind. In Betracht kommen hier insbesondere Fallgestaltungen, bei denen eine Kontrolle anhand objektiver Qualitätsnormen nicht durchführbar ist, wie z. B. bei Modeartikeln, oder bei denen die Überwachung der Qualitätsnormen wegen der großen Zahl der Franchisenehmer zu einem übermäßig hohen Kostenaufwand des Franchisegebers führt.

Dass bei Bodyshop die zweite Fallgruppe nicht maßgebend war, ergab sich nach Auffassung des Gerichts bereits aus der Tatsache, dass der Franchisegeber über nahezu 20 Jahre seinen Franchisenehmern gestattet hatte, bis zum 35 % ihres Warenangebots mit Produkten von Drittlieferanten zu bestücken, ohne dass hierdurch das Ansehen der Marke und des dahinter stehenden Vertriebssystems beeinträchtigt wurden oder die Qualität des Warenangebots der Franchisenehmer nicht mehr hinreichend zu kontrollieren gewesen wäre. Bereits diese langjährige Vertragspraxis sprach also verhältnismäßig eindeutig gegen die erst im Jahr 2003 eingeführte Alleinbezugsverpflichtung.

Das Gericht legte weiter dar, dass sich die hinreichende Qualität und eine mit dem Vertriebssystem im Einklang stehende Zusammensetzung des Warensortiments der Franchisebetriebe durch entsprechende Vorgaben an die Franchisenehmer sicherstellen lässt. Es wies darauf hin, dass die Warenqualität anhand objektiver Qualitätsvorgaben überprüft werden kann und dass Kosmetikartikel und Körperpflegeserien im allgemeinen nicht der Mode unterworfen sind. Soweit dies bei einzelnen Artikel anders zu beurteilen ist, kann der Drittbezug für solche Modeartikel vertraglich untersagt werden.

Das Gericht hob weiter hervor, dass der Vertrieb solcher Artikel, die mit dem Bodyshop-Vertriebssystem unvereinbar sind, dem Franchisenehmer untersagt werden kann. Genannt wurden hier Badeschwämme in Herzform, Räucherstäbchen, heiße Socken. Das Gericht ist der Auffassung, dass es zur Sicherstellung eines systemgerechten Warensortiments nicht erforderlich ist, dem Franchisenehmer darüber hinaus eine Alleinbezugsverpflichtung für sein gesamtes Warensortiment aufzubürden.

Im Hinblick auf die mögliche Markenverwässerung weist das Gericht darauf hin, dass der Drittbezug der Ware auf das Nebensortiment beschränkt werden kann, so dass die Kernkompetenz des Systems nicht berührt wird.

- b) Zur **Spürbarkeit der Beeinträchtigung des Wettbewerbs** aufgrund der Alleinbezugsverpflichtung wurde zunächst darauf hingewiesen, dass die Franchisegeberin aufgrund ihrer eigenen Ladenlokale unmittelbar mit den Franchisenehmern in Wettbewerb steht. In Anknüpfung an die Bagatellbekanntmachung kam das Gericht zu einer spürbaren Wettbewerbsbeschränkung, da die an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen auf einem der betroffenen relevanten Märkte insgesamt einen Marktanteil von mehr als 10 % halten. Bodyshop und die verbundenen Unternehmen verfügen europaweit über einen Marktanteil von rund 14 % im Bereich der Naturkosmetika.
- c) Die Alleinbezugsverpflichtung war auch geeignet, **den zwischenstaatlichen Handel spürbar zu beeinträchtigen**. Dies ist nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes stets dann der Fall, wenn eine Maßnahme unter Berücksichtigung der Gesamtheit objektiver rechtlicher oder tatsächlicher Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit erwarten lässt, dass sie unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder der Möglichkeit nach, den Warenverkehr zwischen Mitgliedstaaten in einer Weise beeinflusst, die der Verwirklichung der Ziele eines einheitlichen zwischenstaatlichen Marktes nachteilig sein könnte. Dabei genügt die Geeignetheit; es muss also keine gegenwärtige tatsächliche Beeinträchtigung vorliegen. Da Bodyshop das Franchisesystem bundesweit betreibt und sämtlichen Franchisenehmern den Drittbezug ihrer Waren untersagte, wurde ohne weiteres die Möglichkeit der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels angenommen. Maßgebend dafür ist die Gefahr der Abschottung eines nationalen Marktes.

Für die Spürbarkeit der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels nahm das OLG Düsseldorf wiederum Bezug auf die Leitlinien der europäischen Kommission. Danach fehlt es bei einer horizontalen Wettbewerbsbeschränkung (also zwischen dem Franchisegeber und dem Franchisenehmer, die beide gegenüber den Endkunden als Anbieter auftreten), wenn der gemeinsame Marktanteil der Betroffenen auf keinem der betroffenen Märkte 5 % überschreitet und ferner der gesamte Jahresumsatz der beteiligten Unternehmen (einschließlich der ihnen verbundenen Unternehmen) mit den von der Vereinbarung erfassten Waren € 40 Mio. nicht überschreitet. Beide Schwellen waren vorliegend überschritten.

- d) Die Alleinbezugsverpflichtung von Bodyshop war auch **nicht** nach der **Gruppenfreistellungsverordnung für Vertikalvereinbarungen** (VO 2790/1999 Amtsblatt 1999 L 336/21) vom Kartellverbot **freigestellt**. Zunächst hat das Gericht zutreffend die Anwendbarkeit dieser Verordnung auch im vorliegenden Fall festgestellt. Dies war insofern zu prüfen

als zwischen Bodyshop und den Franchisenehmern nicht nur eine vertikale Franchise-Rechtsbeziehung besteht sondern darüber hinaus auch ein horizontales Wettbewerbsverhältnis zwischen den Franchisebetrieben und den eigenen Ladengeschäften des Franchisegebers.

Die Gruppenfreistellungsverordnung sieht in Artikel 5 lit. a) vor, dass die allgemeine Freistellung nicht für unmittelbare oder mittelbare Wettbewerbsverbote mit einer Laufzeit von mehr als fünf Jahren gilt. Nach der Verordnung fallen unter diesen Begriff der Wettbewerbsverbote auch alle unmittelbaren oder mittelbaren Verpflichtungen des Franchisenehmers, mehr als 80 % seiner auf der Grundlage des Einkaufswertes des vorherigen Kalenderjahres berechneten gesamten Einkäufe von Vertragswaren vom Franchisegeber zu beziehen. Da der Bodyshop-Franchisevertrag eine Laufzeit von sieben Jahren hat, kam ihm die Freistellung nach der Vertikal-GVO nicht zugute.

- e) Zu prüfen war außerdem, ob nicht die **Freistellungsvoraussetzung des Artikel 81 Abs. 3 EG-Vertrag** erfüllt war. Dazu hätte Bodyshop nachvollziehbar vortragen müssen, dass die Alleinbezugsverpflichtung unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung und Warenverteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beiträgt, ohne dass den beteiligten Unternehmen Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele unerlässlich sind oder Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten. Bodyshop hatte insoweit nichts vorgetragen und kam daher nicht in den Genuss dieser allgemeinen Freistellung. Das Gericht macht jedoch zutreffend deutlich, dass selbst bei einer Alleinbezugsverpflichtung der Franchisegeber sich unmittelbar auf Artikel 81 Abs. 3 berufen kann, ohne dass eine vorherige individuelle Freistellungsentscheidung notwendig ist.
- f) Interessant ist schließlich, dass das Gericht sich nicht auf die Nichtigkeit der Alleinbezugsverpflichtung beschränkt hat sondern die von der Franchisenehmerin begehrte **20 %-Dritteinkaufsmöglichkeit im Hinblick auf Nebenprodukte zugelassen** hat. Rechtstechnisch geschah dies dadurch, dass die unwirksame Vorschrift durch eine neue Vertragsklausel ersetzt wurde. Das Gericht wies entsprechend der allgemeinen Auffassung darauf hin, dass es sich bei einem Franchisevertrag um einen Formularvertrag im Sinne von § 305 Abs. 1 BGB handelt. Gemäß § 306 Abs. 1 BGB bleibt der Vertrag im Übrigen wirksam. Unter Anwendung der salvatorischen Klausel im Franchisevertrag war die Vertragslücke dahingehend zu schließen, dass die Franchisenehmerin die Vertragswaren zwar grundsätzlich bei der Beklagten oder bei einem autorisierten Lieferanten zu beziehen hat, sie aber berechtigt ist, bis zu 20 % ihrer gesamten Einkäufe bezogen auf Nebenprodukte von Dritten zu beziehen. In diesem Umfang hat das Gericht eine 80-prozentige Bezugsbindung als kartellrechtlich unbedenklich angesehen.

### 3. Die Lehren für die Praxis:

a) **Alleinbezugsverpflichtungen können durchaus zulässig sein.** Allerdings muss der Franchisegeber dafür besondere Gründe geltend machen. Diese können insbesondere in folgendem liegen:

- **Bestimmungen, die für den Erhalt und das Funktionieren des Franchisesystems unerlässlich sind**, werden vom Kartellverbot freigestellt. Dabei handelt es sich in erster Linie um solche Bindungen, mit deren Hilfe verhindert wird, dass das vermittelte Know-how und die vom Franchisegeber gewährte Unterstützung den Konkurrenten zugute kommt.
- **Bestimmungen zur Kontrolle** des Franchisenehmers, die **zur Wahrung der Identität und des Ansehens** der durch die Geschäftsbeziehung symbolisierten Vertriebsorganisation unerlässlich sind, bleiben stets gültig. In Betracht kommen insbesondere Regelungen zu Produkten, bei denen eine Kontrolle anhand objektiver Qualitätsnormen nicht durchführbar ist (z. B. Modeartikel) oder bei denen die Überwachung der Qualitätsnormen wegen der großen Anzahl der Franchisenehmer zu einem übermäßig hohen Kostenaufwand des Franchisegebers führt.
- Wenn das OLG hierzu ausführt, dass die mit dem System nicht in Einklang zu bringenden Artikel konkret benannt werden können („Badeschwämme in Herzform“), so erscheint dies jedoch zu theoretisch. In der Praxis ist es aufgrund der Vielfältigkeit der Produkte und insbesondere auch der heute auf dem Weltmarkt insbesondere aus Fernost zu beziehenden Waren kaum möglich, sämtliche Gegenstände zu bezeichnen, die nicht zu einem vorgegebenen Sortiment passen. Soll der Verbraucher nicht durch - aus der Sicht des Vertriebssystems - geschmacklose, billig aussehende oder unpassende Artikel verwirrt werden, so müsste sich der Franchisegeber eine Einzelprüfung vorbehalten. Dies wiederum kann aber zu einem nicht im Verhältnis zum Erfolg stehenden Kontrollaufwand führen. Insoweit merkt das Gericht im vorliegenden Fall an, dass die Einhaltung der Qualitäts- und Sortimentsvorgaben auch ohne einen übermäßigen Kostenaufwand kontrolliert werden konnte. Wörtlich führt es aus: „Hierzu genügt es, die rund 20 bis 25 Franchisebetriebe (die von 16 Franchisenehmerinnen betrieben werden) gelegentlich aufzusuchen, um vor Ort die Beachtung der Qualitäts- und Sortimentsvorgaben zu überprüfen.“

Nimmt man diese Ausführungen ernst, so kann sich ein System mit über 500 franchisierten Geschäften und je Geschäft mehr als 5.000 Artikeln mit Erfolg auf die unzumutbare Kontrolle und den dadurch entstehenden Kostenaufwand berufen. Auch wenn sich jeder Franchisegeber die Überprüfung der franchisierten Geschäfte vorbehält, so führt diese in seinem Ermessen stehende allge-

meine Begutachtung der Franchisegeschäfte doch dann zu einem unzumutbaren Mehraufwand, wenn der Umfang des Fremdbezuges, die fremdbezogenen Produkte und deren Qualität regelmäßig geprüft werden müssten, um Missbräuche zu verhindern.

- b) Im Hinblick auf die **allgemeine Freistellungsvoraussetzung des Artikel 81 Abs. 3 EG-Vertrag** hat das Gericht eine weitere kartellrechtliche Rechtfertigung für Alleinbezugsverpflichtungen gewährt. Diese sind dann zulässig, wenn sie unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung und Warenverteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne dass den beteiligten Unternehmen Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele unerlässlich sind oder Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten. Diese sehr rechtstechnischen Formulierungen können im Ergebnis bedeuten, dass erst durch Alleinbezugsvereinbarungen dem Franchisenehmer Einkaufspreise ermöglicht werden, die zu einem kostengünstigen Discount-Franchisesystem führen. Unter der weiteren Voraussetzung, dass die dadurch bewirkten günstigen Einkaufsmöglichkeiten den Verbrauchern der EU zugute kommen, lässt sich also die Zulässigkeit einer Alleinbezugsverpflichtung unmittelbar aus Artikel 81 Abs. 3 herleiten. Allerdings muss hier mit Nachdruck angeraten werden, genau zu prüfen, ob der jeweilige Lebenssachverhalt die tatbestandlichen Voraussetzungen des EG-Vertrages erfüllt.
- c) Enthält der Franchisevertrag eine salvatorische Klausel, so kann eine gerichtlich für unwirksam erklärte Alleinbezugsverpflichtung dahingehend „gerettet werden“, dass diese außegerichtlich oder auch mit Hilfe eines Gerichts in eine **80 %-ige Bezugsverpflichtung** ungedeutet wird. Diese Sanktion ist verhältnismäßig milde, sieht man von möglichen Schadenersatzansprüchen ab. Letztere führen in der Praxis allerdings aufgrund der Schwierigkeit, Schäden zu berechnen bzw. nachzuweisen, ohnehin zu ganz erheblichen Problemen. Wichtig erscheint es weiter, dass das Gericht von der gegenseitigen Zumutbarkeit zur Fortführung des Vertragsverhältnisses für beide Vertragsseiten nachdrücklich ausgeht.
- d) Alles in allem offenbart der Bodyshop-Fall die mit einer Alleinbezugsverpflichtung einhergehenden kartellrechtlichen Probleme. Auch wenn hier Hinweise zu Fallgestaltungen gegeben wurden, in denen Alleinbezugsverpflichtungen zulässig sein können, muss gleichwohl mit Nachdruck auf die Notwendigkeit **genauer rechtlicher Prüfungen** hingewiesen werden. Der Franchisegeber sollte seine Vertriebsbindungen daher nicht ohne eine umfassende Rechts- und Risikoanalyse gestalten.