

Stellungnahme im Rahmen der Verbändebeteiligung zur Kommission Wettbewerbsrecht 4.0

Berlin, 09.11.18

Der Deutsche Franchiseverband vertritt die Interessen der deutschen Franchisewirtschaft im wirtschaftspolitischen Umfeld - national wie international. Er wurde 1978 gegründet und sitzt in Berlin. Der Deutsche Franchiseverband ist die Qualitätsgemeinschaft und repräsentiert Franchisegeber und Franchisenehmer gleichermaßen. Aktuell sind rund 360 Franchisesysteme im Verband organisiert. Im Jahr 2017 erwirtschafteten die rund 970 in Deutschland aktiven Franchisegeber, gemeinsam mit und knapp 124.000 Franchisepartnern und 707.000 Mitarbeitern einen Umsatz von rund 112,2 Milliarden Euro.

Gerne nutzt der Deutsche Franchiseverband die Möglichkeit, im Rahmen der Verbändebeteiligung zu den Fragen der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 Stellung zu nehmen. Dabei fokussieren sich unsere Ausführungen auf die aktuell unzureichenden gesetzlichen Rahmenbedingungen für die Möglichkeiten und Ausgestaltung von Kooperation von kleinen und mittleren Unternehmen (KMU).

I. Einleitung

Mit dem noch immer rasant voranschreitenden Digitalisierungsprozess, insbesondere dem raschen Wandel hin zu elektronisch gestützten (Daten-)Prozessen entlang sämtlicher Stufen der Wertschöpfungskette, stehen gerade KMU vor gewaltigen Herausforderungen. Die traditionell inhabergeführten sowie lokal und stationär tätigen Handels-, Dienstleistungs-, Gastro- und Handwerks- und -unternehmen stehen heute im Wettbewerb mit global agierenden Internetanbietern und Filialnetzen mit hohem finanziellen Investitionskapital.

Es ist daher dringend notwendig, dass das Kartellrecht die Schlüsselrolle von Franchisesystemen deutlich stärker berücksichtigt. Sie stärken die wirtschaftliche Vielfalt und ermöglichen dadurch nicht weniger, sondern gerade mehr Wettbewerb - zum Nutzen der Verbraucher. Dazu wird ein verlässlicher und transparenter Wettbewerbsrahmen gebraucht. Dieser Rahmen braucht Freiräume für Franchisesysteme, damit diese auf neue wirtschaftliche und technische Herausforderungen, insbesondere die der Digitalisierung, adäquat reagieren können.

II. Liberalisierte Preispolitik im Franchising

1. Herausforderung Digitalisierung

Franchisesysteme stehen vor der Herausforderung bzw. gestalten schon jetzt diese, die selbständigen Franchisenehmer auf dem Weg in Richtung E-Commerce und anderen digitalen Prozessen zu unterstützen, um damit ihrer Pflicht, aus dem Vertragsverhältnis nachzukommen. Ein Online-Shop, ob dezentral oder zentral, der auf die einzelnen Franchisenehmer verweist, kann ohne verbindliche, einheitliche Preise, gerade bei Eigenmarken der jeweiligen Systeme, nicht wirtschaftlich betrieben werden.

Vor diesem Hintergrund besteht dringender Handlungsbedarf. Gefordert wird dabei kein Sonderrecht, sondern ein Level Playing Field, namentlich die entsprechende Möglichkeit der Preisgestaltung zu schaffen.

2. Kartellrechtliche Ausgangslage

Das Ziel, dass ein Franchisesystem ein bestimmtes Produkt den Endkunden zu demselben Preis anbietet, lässt sich organisatorisch nur dadurch erreichen, dass dieser Preis zwischen dem Franchisegeber und den Franchisenehmern rechtlich verbindlich vereinbart wird.

Dem steht jedoch de lege lata das Kartellrecht entgegen; denn die verbindliche Vereinbarung eines (Mindest-) Weiterverkaufspreises wird seit Jahrzehnten von den Unionsgerichten als Wettbewerbsbeschränkung gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV¹ angesehen², welcher auch in lit. a) als Regelbeispiel „*die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- und Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen*“ nennt. Vertikale Preisbindung ist auch eine sog. Kernbeschränkung gemäß Art. 4 (a) der Vertikal-GVO³, die nicht nur von der Kommission, sondern gemäß Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003 (bzw. bei fehlender zwischenstaatlicher Auswirkung gemäß § 2 Abs. 2 GWB) auch vom Bundeskartellamt (BKartA) angewendet wird.

Selbst bei sehr niedrigen Marktanteilen bleibt das Kartellverbot (zumindest das deutsche) auf vertikale Preisbindung anwendbar. Da die vertikale Preisbindung als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV angesehen wird, ist auf sie die sog. De-Minimis-Bekanntmachung⁴ von vorneherein nicht anwendbar. Zwar ist die Spürbarkeit der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV dann zu verneinen, wenn der gemeinsame Marktanteil der Parteien auf keinem relevanten Markt über 5% liegt und zudem der gesamte von der Vereinbarung erfasste Umsatz zwischen den Vertragsparteien (also vorliegend zwischen Franchisegeber und Franchisenehmer) maximal 40 Mio. Euro beträgt.⁵ Eine entsprechende Spürbarkeitsschwelle gibt es aber im deutschen Recht nicht,⁶ so dass selbst bei Unterschreitung dieser niedrigen Schwellen § 1 GWB weiterhin anwendbar ist.

¹ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union.

² Vgl. z.B. EuGH, Urteil vom 25. Oktober 1977, Rs. 26/76, Metro/Kommission, EU:C:1977:167, Rn. 21; EuGH, Urteil vom 25. Oktober 1983, Rs. 107/82, AEG/Kommission, EU:C:1983:293, Rn. 33, 42f.; Urteil des EuG vom 13. Januar 2004, T-67/01, JCB/Kommission, EU:T:2004:3, Rn. 121, 131, EuGH, Urteil vom 2. April 2009, Pedro IV Servicios/Total España, C-260/07, EU:C:2009:215, Rn. 82 m.w.N.

³ Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. 2010 L 102/1.

⁴ Vgl. Kommission, Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union den Wettbewerb nicht spürbar beschränken, ABl. 2014 C 291/1, Rn. 2; sowie das begleitende Commission Staff Working Document, Guidance on restrictions of competition „by object“ for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice, SWD (2014) 198 final, Nr. 3.4 (S. 16 ff.).

⁵ Vgl. Kommission, Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags, ABl. 2004 C 101/81, Rn. 52; zur Beurteilung bei Überschreitung der Schwellenwerte vgl. Rn. 88. Vgl. auch z.B. EuGH, Urteil vom 2. April 2009, Pedro IV Servicios/Total España, C-260/07, EU:C:2009:215, Rn. 82 m.w.N.

⁶ Die Bagatellbekanntmachung des BKartA vom 13. März 2007 ist laut ihrer Rn. 14 ebenso wie die De-Minimis-Bekanntmachung der Kommission nicht auf vertikale Preisbindung anwendbar, weil diese als Kernbeschränkung angesehen wird. Eine Freistellung als Mittelstandskooperation gemäß § 3 Abs. 1 GWB kommt laut Rn. 27 des Merkblatts des BKartA über Kooperationsmöglichkeiten für KMU vom März 2007 nur für horizontale Vereinbarungen in Betracht, nicht für vertikale Vereinbarungen.

Eine Kernbeschränkung kann – ebenso wie andere Wettbewerbsbeschränkungen gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV – gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV vom Kartellverbot (einzel-) freigestellt sein, wenn sie zur Verbesserung der Warenerzeugung oder Warenverteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beiträgt, die Verbraucher eine angemessene Beteiligung an dem entstehenden Effizienzgewinn erhalten, die Beschränkung für die Verwirklichung dieser Ziele unerlässlich ist und die Vereinbarung den Parteien nicht die Möglichkeit eröffnet, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

Die Kommission hat in den Vertikal-Leitlinien⁷ für drei Konstellationen die Bedingungen konkretisiert, unter denen eine vertikale Preisbindung als einzeln freigestellt angesehen werden kann, nämlich (a) Sonderangebotskampagnen von 2-6 Wochen Dauer in Franchise- oder ähnlichen Vertriebssystemen, (b) Einführung eines neuen Produktes oder eines bekannten Produktes auf einem neuen geographischen Markt und (c) bei Erfahrungsgütern oder komplizierten Produkten, für die nachweislich ein Trittbrettfahrerproblem besteht.

Diese drei von der Kommission konkretisierten Konstellationen sind jedoch sehr beschränkt, und insbesondere für die Konstellationen (b) und (c) sind die von der Kommission aufgestellten Voraussetzungen sehr weitreichend.⁸ Zudem sind außerhalb dieser drei Konstellationen die Anforderungen an den Nachweis der Freistellungs Voraussetzungen bei vertikaler Preisbindung sehr hoch.⁹ Darüber hinaus besteht – wie stets bei Kernbeschränkungen – für den Fall, dass den Unternehmen der ihnen obliegende Beweis der Einzelfreistellung gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV nicht gelingt, ein erhöhtes Bußgeldrisiko.¹⁰

3. Level Playing Field

Es ist zwar richtig, dass die Franchisenehmer durch die Preisbindung gehindert werden, ihre jeweiligen Verkaufspreise unter die der anderen Franchisenehmer zu senken. Diese geringfügige Einschränkung des – ohnehin geringen Wettbewerbs zwischen den in der Regel lokal bis regional tätigen Franchisenehmern ist aber unerlässlich für einen einheitlichen Marktauftritt des gesamten Systems bzw. der Marke, inklusive bundesweiter Werbekampagnen unter Nennung eines für Verbraucher unabhängig vom Vertriebskanal (d.h. online oder offline, gleich in welchem Ladengeschäft) tatsächlich verfügbaren Preises (insb. für Eigenmarken). Nur dadurch kann die aus zahlreichen KMU bestehenden Franchisesystemen den Wert ihrer Marke voll realisieren und erfolgreich im Wettbewerb gegen große Hersteller und vor allem (Internet-) Händler bestehen.

Franchisesysteme agieren im Wettbewerb mit Filialsystemen und sonstigen Großbetriebsformen, werden jedoch im Rahmen der EU-Wettbewerbspolitik unterschiedlich behandelt, weil die Einzelhandelsgeschäfte im Besitz unabhängiger KMU stehen und nicht zentral verwaltet werden. Aus diesem Grund ist es Franchisesystemen bislang kaum möglich, auf die rasanten strukturellen Veränderungen zu reagieren. In dem neuen Marktumfeld bedrohen die aufgezeigten wettbewerbspolitischen Beschränkungen die Fähigkeit und Flexibilität der Systeme, ihre Ladengeschäfte auf ein effektives und vollständig koordiniertes Omnichannelsystem auszuweiten. Infolgedessen hinken sie den großen Filialsystemen bei diesem technologischen Wettlauf hinterher.

⁷ Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2010 C 130/1, Rn. 225f.

⁸ Vgl. Schultze/Pautke/Wagener, Vertikal-GVO, 3. Auflage 2011, Rn. 535f.

⁹ Vgl. Vertikal-Leitlinien, Rn. 223.

¹⁰ Vgl. die Pressemitteilungen des Bundeskartellamts vom 18. Juni 2015 zur Verhängung von Bußgeldern in Höhe von insgesamt 151,6 Mio. Euro wegen vertikaler Preisbindung im Lebensmitteleinzelhandel gegen sieben Handelsunternehmen (darunter die Zentralen von Edeka und Rewe) und vier Markenhersteller.

Dabei geht es weder um eine grundsätzliche Abschaffung des Verbots der Preisbindung, noch um Sonderrechte für Franchisesysteme. Vielmehr geht es um den Ausgleich eines massiven Nachteils und um fairen Wettbewerb. Franchisesysteme bilden mit ihren selbständigen Franchisenehmern kein klassisches Vertikalverhältnis im Sinne der Wettbewerbsordnung – so wie z.B. das Verhältnis zwischen Hersteller/Lieferant und Handel.

Nach allem dem gilt: Franchisesysteme brauchen gleiche und damit faire Wettbewerbsbedingungen, um zu vermeiden, dass die Verbraucher unter einem schlechteren Zugang, einer verminderten Auswahl sowie schlechteren Qualität von Waren und Dienstleistung leiden. Nur wenn es Franchisesystemen ermöglicht wird, (...gemeinsame, einheitliche Preise insbesondere für Online-Verkäufe festzulegen, würde dies zu einer Verbesserung der Markenkonsistenz beitragen und den Verbrauchern die Sicherheit geben, den bestmöglichen Preis zu erhalten. In ähnlicher Weise würde es den Franchisesystemen ermöglichen, Informationen über den Verkauf zu teilen und Produktsortimente vorzuschlagen, um die Effizienz der Logistik, der Lagerauffüllung und der Liefervorgänge zu verbessern und die lokale Produktverfügbarkeit zum Nutzen der Verbraucher sicherzustellen).

III. No data – no retail

Die Digitalisierung führt auch zu einer Weiterentwicklung der Aufgaben- bzw. Tätigkeitsfelder von Franchisesystemen. Heute sind Franchisesysteme nicht mehr nur Einkaufs- und Marketingkooperationen, sondern Infrastrukturgeber, Anbieter und Vermittler von digitalen Services, Qualifizierer, Innovator/Entwickler und Daten-Netzwerkbetreiber. Sie kommen damit der Notwendigkeit nach, Anforderungen des Marktes auch und gerade im Bereich der Digitalisierung zu bündeln und im Rahmen einer Dienstleistung ihren Franchisenehmern anzubieten.

Dies gilt auch für die Nutzung von Big Data und Algorithmen im Bereich der Kundenansprache und des Marketings grundsätzlich, bei Produktinformation sowie der flexiblen Gestaltung von Preisen. Auch wenn die dynamische und individualisierte Preisgestaltung keinesfalls Neuland ist – Unternehmen differenzieren ihre Produktpreise schon immer abhängig von Veränderungen im Markt räumlich, zeitlich oder individuell – bestehen durch den Einsatz von Big Data gerade im E-Commerce-Sektor neue Möglichkeiten. So können Online-Händler heute ihre Produktpreise besonders einfach und flexibel an das Bestellverhalten der Kunden oder das Preisverhalten der Wettbewerber anpassen.

Nicht hinter jedem Digitalisierungsprozess steckt eine Gefahr für den Verbraucherschutz. Im Gegenteil: Mit Blick auf den Mehrwert und Nutzenfaktor bei der Bereitstellung von Daten eröffnen sich völlig neue Chancen für den Kunden. Deshalb sind gerade im Bereich der Anwendung des Wettbewerbs- und Kartellrechts Sachlichkeit und Augenmaß angeraten. Daher besteht keine Notwendigkeit, die Preissetzungsfreiheit des Handels im Interesse eines überbordenden Verbraucherschutzes gesetzlich noch weiter einzuschränken. Die verfassungsrechtlich geschützte Preisgestaltungsfreiheit bildet einen Grundpfeiler der Wirtschaftsordnung und wird bereits durch die heute geltende Rechtsordnung in ausreichendem Maße reglementiert.

Hierzu bedarf es einer Klärung der Frage, inwieweit der Einsatz von Preisalgorithmen zukünftig zulässig sein soll und an welche Kriterien ein solcher Einsatz geknüpft werden kann. Klar sollte aus Sicht des kooperierenden Mittelstands dabei sein, dass ausschließlich eine Verknüpfung von objektiven Kriterien preisbestimmend sein dürfen. Andernfalls bestünde die Gefahr der Verbraucherdiskriminierung.

Auch die dynamische Preisgestaltung, bei der Preise in kurzer Zeit nach Zielgruppen und äußeren Umständen differenziert werden, lässt sich für den Mittelstand nicht durch einzelne Unternehmen realisieren, sondern muss zwingend kooperativ möglich sein. Auch hierfür muss ein modernes

Wettbewerbsrecht Spielräume bieten. Neue Technologien, die eine schnellere Reaktion auf Veränderungen der Nachfrage ermöglichen, müssen auch von Franchisesystemen genutzt werden können.

Ansprechpartner:

Jan Schmelzle

Deutscher Franchiseverband e.V.

Luisenstraße 41

10117 Berlin

Tel.: +49-30-278902-16

Fax: +49-30-278902-15

E-Mail: schmelzle@franchiseverband.com