

EU-GruppenfreistellungsVO, zur Auslegung des österreichischen Rechts herangezogen werden können³⁷³). Eine weitere Verordnung im nationalen Recht wäre daher nicht von wesentlicher praktischer Bedeutung.

(2) Europäisches Kartellrecht

(a) *Allgemeines*

Seit 1. 1. 1995 ist Österreich Mitglied der Europäischen Union (EU). Es unterliegt damit einer weiteren eigenständigen Rechtsordnung, dem sog „EU-Recht“, das damit zu einem Teil der österreichischen Rechtsordnung geworden und von den Behörden und Gerichten weitgehend unmittelbar anzuwenden ist³⁷⁴). Grundlagen der EU sind der EU-Vertrag (EUV) und der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV). Die Werte und Ziele der EU ergeben sich dabei aus den Art 2 und 3 EU-Vertrag.

Nach Art 3 EUV iVm Art 26 Abs 2 AEUV errichtet die EU einen gemeinsamen Markt (sog „Binnenmarkt“), in dem der „freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital“ gewährleistet sein soll. Das Funktionieren des Binnenmarkts erfordert auch die Festlegung von Wettbewerbsregeln (vgl Art 3 Abs 1 lit b AEUV). Mit einem Binnenmarkt sind nämlich Wettbewerbsbeschränkungen und der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung unvereinbar.

Die in den Art 101–109 EU-Vertrag zusammengefassten Wettbewerbsregeln umfassen im Wesentlichen vier Bereiche: das Verbot von Wettbewerbsbeschränkungen (Art 101, 103–106), das Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen (Art 102–106), die Kontrolle von Fusionen (FKVO)³⁷⁵) sowie die Eingrenzung staatlicher Beihilfen (Art 107–109).

Die Anwendung der Wettbewerbsregeln des EU-Vertrags ist immer dann zu bejahen, wenn sich wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen innerhalb der Gemeinschaft auswirken³⁷⁶). Dies ist allerdings auch dann der Fall, wenn nur inländische Unternehmen sich am Kartell beteiligen und sich dieses auf das gesamte Gebiet eines Mitgliedstaats erstreckt. Wird nämlich die inländische Produktion durch Abschottung des Marktes geschützt, so wirkt sich der dadurch erschwerte Zugang zu diesem Marktgebiet auch auf die Hersteller oder Verkäufer der übrigen Mitgliedstaaten beeinträchtigend aus³⁷⁷). Umgekehrt ist sie zu verneinen, wenn sich die Wettbewerbsbeschränkung nur auf Drittlandstaaten auswirkt³⁷⁸). Die Art 101 (vormals: Art 81 EGV) und 102 (vormals: Art 82 EGV) AEUV finden darüber hinaus nur auf jene Sachverhalte Anwendung, die „geeignet sind“, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen („Zwischenstaatlichkeitsklausel“). Das Tatbestands-

³⁷³) Gruber, Anwendung der Gruppenfreistellungsverordnungen in Österreich, OZK 2009, 88.

³⁷⁴) Siehe dazu Hafner/Kumin/Weiss (Hrsg), Recht der Europäischen Union (2013) 75 f.

³⁷⁵) RatsVO 139/2004, ABl L 2004/24, 1.

³⁷⁶) Zum sog „Auswirkungsprinzip“ s *Schuhmacher in Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union⁴¹ (2012) Art 101 Rz 33; vgl auch Kommission WuW/EEV 1088 – Zellstoff, 1102 – Aluminiumeinfuhr, 1165 – Polypropylen.

³⁷⁷) Pannagl, Der Tankstellenvertrag im Kartellrecht (2002) 141 f; EuGH 17. 10. 1972, C-8/72 v 17. 10. 1972, *Vereeniging van Cementhandelaren v. Commission*; OGH 16. 11. 2009, 9 ObA 59/09 f mwN.

³⁷⁸) In solchen Fällen ist allerdings zu prüfen, ob sich Rückwirkungen im Gemeinsamen Markt ergeben; vgl dazu Koppsteiner, Wettbewerbsrecht³ 305 f.

merkmal der „Eignung“ verdeutlicht, dass es nicht darauf ankommt, ob der zwischenstaatliche Handel bereits beeinträchtigt wurde³⁷⁹). Die Europäische Kommission hat zur Orientierung für die Gerichte und Behörden der Mitgliedstaaten die von den Gemeinschaftsgerichten entwickelten Grundsätze zur Auslegung des Begriffs der „Beeinträchtigung zwischenstaatlichen Handels“ in Leitlinien zusammengefasst³⁸⁰). Demnach muss anhand objektiver rechtlicher oder tatsächlicher Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussehbar sein, dass die Vereinbarung oder Verhaltensweise den Handel zwischen den Mitgliedstaaten unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell beeinflussen kann. Der Begriff „Handel“ ist im weiten Sinn zu verstehen und umfasst alle grenzüberschreitenden wirtschaftlichen Tätigkeiten einschließlich der Niederlassung³⁸¹). Eine „Beeinträchtigung“ setzt keinen günstigen oder ungünstigen Einfluss voraus. Es genügt bereits, wenn sich der Wirtschaftsverkehr zwischen Mitgliedstaaten unter anderen Bedingungen abspielt oder abspielen könnte, als dies normal, ohne Wettbewerbsbeschränkung, der Fall wäre³⁸²).

(b) Verhältnis europäisches und nationales Kartellrecht

Sind sowohl nationales als auch EU-Kartellrecht anzuwenden, stellt sich die Frage nach dem Verhältnis dieser beiden Normenkomplexe. Der EuGH geht in seiner Rechtsprechung generell davon aus, dass dem Unionsrecht im Konfliktfall Vorrang gegenüber dem nationalen Recht, das aber neben dem EU-Recht anwendbar bleibt, zukommt³⁸³). In diesem Sinn regelt Art 3 Abs 2 VO (EG) 1/2003 des Rates zur Durchführung der EU-Wettbewerbsregeln, dass die Mitgliedstaaten im nationalen Recht Handlungen von Unternehmen nicht verbieten dürfen, welche nach Art 101 AEUV (vormals: Art 81 EGV) erlaubt sind³⁸⁴).

Die Überwachung der Einhaltung der in den Art 101 und Art 102 AEUV festgelegten europäischen Wettbewerbsregeln obliegt der Europäischen Kommission und den nationalen Wettbewerbsbehörden³⁸⁵), wobei der Europäischen Kommission ein Vorrang zukommt: Wenn die Europäische Kommission ein Verfahren in einem Einzelfall einleitet, fällt damit die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten weg, und zwar auch dann, wenn eine nationale Wettbewerbsbehörde bereits ein Verfahren in diesem Fall eingeleitet hat³⁸⁶). Die Europäische Kommission kann jederzeit aufgrund einer Beschwerde oder von

³⁷⁹) *Stockenhuber in Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Recht der Europäischen Union⁴¹ Art 101 Rz 212.

³⁸⁰) Leitlinien der Kommission über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages, OJ C101/81 Rz 23–43.

³⁸¹) Leitlinien der Kommission über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages, OJ C101/81 Rz 19.

³⁸²) *Gleiss/Hirsch*, Kommentar zum EG-Kartellrecht I (1993) Art 85 Abs 1 Rz 232; *Schuhmacher in Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Recht der Europäischen Union Art 101 Rz 212.

³⁸³) Vgl dazu die grundlegende Entscheidung EuGH 13. 2. 1969, 14/68, *Walt Wilhelm*, Slg 1969, 1; allgemein zur Vorrangwirkung des EU-Rechts s *Kucsko-Stadlmayer*, Der Vorrang des EU-Rechts vor Österreichischem Recht, *ecolex* 1995, 338.

³⁸⁴) VO (EG) 1/2003 des Rates vom 16. 12. 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln.

³⁸⁵) Art 4 und 5 VO (EG) 1/2003 des Rates v 16. 12. 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln.

³⁸⁶) ErläutRV 926 BlgNR 23. GP 1 zum KartG 2005; Art 11 Abs 6 VO (EG) 1/2003 des Rates vom 16. 12. 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln.

Amtes wegen die Einleitung eines Verfahrens zur Abstellung eines Zuwiderhandelns gegen die europäischen Wettbewerbsregeln beschließen. Beschwerdeberechtigt sind Unternehmer, aber auch natürliche Personen, sofern sie jeweils ein berechtigtes Interesse darlegen. EU-Mitgliedstaaten können auch ohne Nachweis eines berechtigten Interesses eine Beschwerde bei der Europäischen Kommission einbringen. Bereits vor Einleitung eines Verfahrens kann die Europäische Kommission Ermittlungen (zB Befragungen von Vertretern und Belegschaftsmitgliedern und Prüfung von Geschäftsunterlagen in den Räumen der betroffenen Unternehmen) durchführen³⁸⁷).

In Österreich sind die Bundeswettbewerbsbehörde, das Kartellgericht und der Bundeskartellanwalt die für die Durchführung der europäischen Wettbewerbsregeln verantwortlichen Behörden³⁸⁸). Die Bundeswettbewerbsbehörde kann von Amts wegen oder aufgrund einer Beschwerde Ermittlungen zu kartellrechtlichen Verstößen aufnehmen, und es obliegt ihr dabei die Unterstützung der und das Zusammenwirken mit der Europäischen Kommission³⁸⁹).

Entscheidungen auf nationaler Ebene trifft das österreichische Kartellgericht, welches jedoch nicht von Amts wegen, sondern ausschließlich auf Antrag tätig wird. Der Bundeskartellanwalt ist zur Vertretung der öffentlichen Interessen in Angelegenheiten des Wettbewerbsrechts beim Kartellgericht berufen. Das Kartellgericht kann daher auf Antrag der Amtsparteien (Bundeswettbewerbsbehörde/Bundeskartellanwalt) oder aufgrund des Antrags eines Unternehmers oder einer Unternehmensvereinigung die Untersagung der Durchführung von Kartellen verfügen. Geldstrafen kann das Kartellgericht nur auf Antrag einer Amtspartei verhängen³⁹⁰).

Die Zuerkennung von Schadenersatz gehört hingegen nicht zu den spezifischen Aufgaben des Kartellgerichts. Diese Ansprüche können bei den ordentlichen Gerichten geltend gemacht werden, welche in vollem Umfang die kartellrechtlichen Verbotsnormen zu beachten und bei der Beurteilung von Vorfragen auch anzuwenden haben³⁹¹).

(c) Art 101 AEUV

Die beim Franchising üblichen Vereinbarungen werden idR dem Art 101 AEUV zu unterstellen sein.

Nach Art 101 Abs 1 AEUV sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen verboten, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken. Unter „Vereinbarungen“ werden dabei nicht nur privatrechtliche Verträge verstanden, sondern auch andere rechtlich nicht

³⁸⁷) Art 17 ff VO (EG) 1/2003 des Rates vom 16. 12. 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln; vgl VO (EG) 773/2004 der Kommission vom 7. 4. 2004 über die Durchführung von Verfahren auf der Grundlage der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag durch die Kommission.

³⁸⁸) Vgl KOG 16 Ok 6/05 v 20. 12. 2005.

³⁸⁹) § 3 iVm § 11 Wettbewerbsgesetz.

³⁹⁰) § 36 iVm § 26 KartG; KOG 20. 12. 2005, 16 Ok 6/05.

³⁹¹) OLG als KG 31. 8. 2007, 25 Kt 108/06.

bindende Vereinbarungen („gentlemen’s agreements“), wenn die betreffenden Parteien ihren gemeinsamen Willen zum Ausdruck gebracht haben, sich auf dem Markt in einer bestimmten Weise zu verhalten³⁹²). Auch Unternehmen, welche sich unter wirtschaftlichem Druck oder Zwang ihrer Vertragspartner an einer Kartellvereinbarung beteiligen, fallen unter Art 101 Abs 1 AEUV³⁹³). Nach der Rechtsprechung des EuGH kann auch einer Muttergesellschaft das wettbewerbswidrige Verhalten einer Tochtergesellschaft zugerechnet werden, sofern nachgewiesen ist, dass diese Gesellschaft einen bestimmenden Einfluss auf das Marktverhalten ihrer Tochtergesellschaft ausgeübt hat. Bei der Prüfung der Frage, ob eine Gesellschaft ihr Marktverhalten autonom bestimmt, sind sämtliche Gesichtspunkte zu berücksichtigen, die im Zusammenhang mit den wirtschaftlichen, organisatorischen und rechtlichen Verbindungen zwischen dieser Gesellschaft und der als für das Handeln der Gruppe verantwortlich angesehenen Gesellschaft der Gruppe relevant sind³⁹⁴).

„Beschlüsse“ sind Willensäußerungen einer Unternehmensvereinigung, wobei unbeachtlich ist, ob die einzelnen Mitglieder oder ein Organ der Vereinigung diese fasst³⁹⁵). Art 101 Abs 1 AEUV nennt als dritte Form kartellrechtlich relevanten Zusammenwirkens die „abgestimmten Verhaltensweisen“, die als Auffangtatbestand für den Fall dienen, dass eine „Vereinbarung“ oder ein „Beschluss“ nicht festgestellt werden kann³⁹⁶).

Art 101 Abs 1 AEUV führt – allerdings nicht abschließend – einige Beispielfälle für verbotene Maßnahmen an. Dazu gehören die Festsetzung von Preisen und Geschäftsbedingungen, die Einschränkung oder Kontrolle der Erzeugung, des Absatzes, der technischen Entwicklung oder der Investitionen, die Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen, die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern sowie die an den Abschluss von Verträgen geknüpfte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen (sog. „Koppelungsgeschäfte“).

Nach Art 101 Abs 2 AEUV sind Vereinbarungen und Beschlüsse, die gegen Art 101 Abs 1 AEUV verstoßen, nichtig. Die Nichtigkeit erstreckt sich allerdings nur auf die Teile der Vereinbarung oder des Beschlusses, die unter das Verbot fallen³⁹⁷). Nur wenn sich eine kartellrechtswidrige Klausel vom restlichen Vertragswerk nicht sinnvoll trennen lässt, tritt Gesamtnichtigkeit ein³⁹⁸). Vertragsklauseln, die zB in kartellwidriger Weise die Auswahl des Warensortiments oder den Warenbezug durch Lieferantenbindung beschränken oder Festpreisbindungen festsetzen, führen nicht dazu, dass der gesamte Vertrag nichtig ist, sondern der Vertriebspartner kann dann die Ware zu anderen Preisen verkaufen, ein anderes Warensortiment führen und Waren von anderen Lieferanten zukaufen³⁹⁹).

³⁹²) Stockenhuber in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Recht der Europäischen Union⁴¹ Art 101 Rz 91 und 97.

³⁹³) Stockenhuber in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Recht der Europäischen Union⁴¹ Art 101 Rz 93.

³⁹⁴) EuG 23. 1. 2014, T-395/09, *Gigaset AG/Kommission* Rz 30.

³⁹⁵) Stockenhuber in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Recht der Europäischen Union⁴¹ Art 101 Rz 103.

³⁹⁶) Stockenhuber in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Recht der Europäischen Union⁴¹ Art 101 Rz 104.

³⁹⁷) Stockenhuber in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Recht der Europäischen Union⁴¹ Art 101 Rz 233 ff mwN.

³⁹⁸) OGH 13. 3. 2012, 10 Ob 10/12 m.

³⁹⁹) Vgl OGH 16. 11. 2009, 9 ObA 59/09 f.

Sollte ausnahmsweise eine Gesamtnichtigkeit vorliegen, wäre ferner zu beachten, dass derjenige, der die Rückabwicklung des Rechtsgeschäfts wegen Gesamtnichtigkeit verlangt, auch alles das zurückstellen muss, was er aus einem solchen Vertrag zu seinem Vorteil erlangt hat⁴⁰⁰).

(d) Bagatellkartelle

Die Art 101 und 102 AEUV greifen nur dann ein, wenn die wettbewerbsbeschränkende Maßnahme „spürbar“ ist. Die Spürbarkeit wird zunächst meist durch den Marktanteil der beteiligten Unternehmen indiziert, allerdings ist nach der Rechtsprechung des EuGH darüber hinaus auch eine Gesamtbetrachtung aller wirtschaftlichen und rechtlichen Umstände vorzunehmen⁴⁰¹).

Die Europäische Kommission hat zur Beurteilung der erforderlichen Spürbarkeit von wettbewerbsbeschränkenden Maßnahmen als unverbindlichen Leitfaden Marktanteilsschwellenwerte für vertikale und horizontale Vereinbarungen bekannt gemacht⁴⁰². Die Spürbarkeit wird demnach bei horizontalen Vereinbarungen (zwischen Wettbewerbern) grundsätzlich dann verneint, wenn der Marktanteil der beteiligten Unternehmen nicht mehr als 10% beträgt und bei vertikalen Vereinbarungen (zwischen Nichtwettbewerbern), wenn der Marktanteil der beteiligten Unternehmen nicht mehr als 15% überschreitet. Für Franchisesysteme kennzeichnend ist jedoch, dass Franchisegeber in der Regel mit mehreren Franchisenehmern Franchiseverträge abschließen, welche nicht nur für sich allein, sondern auch kumulativ betrachtet eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung entfalten können. Bei Vereinbarungen, welche aufgrund ihrer kumulativen Wirkung den Wettbewerb beschränken, sind die Marktanteilsschwellen auf 5% herabgesetzt. Sofern der Marktanteil bei einzelnen Lieferanten oder Händlern 5% nicht überschreitet, nimmt die Europäische Kommission an, dass keine Marktabschottungsgefahr zu vermuten wäre⁴⁰³).

Werden die Marktanteilsschwellen überschritten, bedeutet dies jedoch nicht gleichzeitig, dass eine Kartellvereinbarung zwischen den betroffenen Unternehmen in jedem Fall auch verboten ist⁴⁰⁴. Bei vertikalen Vereinbarungen (zB Franchisevertrag) ist vor allem auch eine Freistellung gem GruppenfreistellungsVO für vertikale Vereinbarungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen denkbar, welche mit max 30% Marktanteil der jeweils beteiligten Unternehmen einen höheren Schwellenwert vorsieht (siehe sogleich B.2.h.2.e).

Jedenfalls verboten sind allerdings Kartelle, welche gegen sog Kernbeschränkungen (Preisfestsetzungen, Gebietsbeschränkungen) verstoßen. Preisempfehlungen und bestimmte dem Händler auferlegte Beschränkungen des Verkaufs sind jedoch zulässig (zB Beschränkungen des aktiven Verkaufs)⁴⁰⁵).

⁴⁰⁰) OGH 13. 3. 2012, 10 Ob 10/12m mwN.

⁴⁰¹) *Stockenhuber in Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Recht der Europäischen Union⁴¹ Art 101 Rz 223.

⁴⁰²) ABl C 2001/368, 13 („Bagatellbekanntmachung“).

⁴⁰³) Vgl Z 8 Bagatellbekanntmachung.

⁴⁰⁴) Leitlinien der Kommission für vertikale Beschränkungen (2010/C 130/01) v 19. 5. 2010 Rz 9.

⁴⁰⁵) Vgl Z 11 Bagatellbekanntmachung.

(e) Freistellungen

Art 101 Abs 3 AEUV sieht für bestimmte wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen Ausnahmen vom Kartellverbot vor, die jedoch an verschiedene Voraussetzungen geknüpft sind. Eine Freistellung erfolgt nämlich nur dann, wenn die Verbraucher am entstehenden Gewinn angemessen beteiligt werden, die Warenerzeugung oder -verteilung verbessert oder der technische oder wirtschaftliche Fortschritt gefördert wird. Den beteiligten Unternehmen dürfen wiederum zur Verwirklichung dieser Ziele einerseits keine unerlässlichen Beschränkungen auferlegt werden und andererseits auch keine Möglichkeiten eröffnet werden, durch Gewährung der Freistellung den Wettbewerb für einen wesentlichen Teil der betroffenen Waren auszuschalten⁴⁰⁶).

Sofern die Voraussetzungen für eine Ausnahme erfüllt sind, ist die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung etc *ex lege* erlaubt (sog „Legalausnahme“⁴⁰⁷). Eine vorherige behördliche Feststellung in Bezug auf einen konkreten Sachverhalt (Einzelfreistellung), dass die Voraussetzungen erfüllt sind, ist seit Inkrafttreten der VO (EG) 1/2003 nicht mehr erforderlich. Die beteiligten Unternehmen müssen daher eigenständig von sich aus prüfen, ob sie die Voraussetzungen des Art 101 Abs 3 AEUV erfüllen, und tragen dafür auch die Beweislast, sollte es zu Nachforschungen der Wettbewerbsbehörden kommen⁴⁰⁸).

Neben der von den beteiligten Unternehmen selbst zu prüfenden „Einzelfreistellung“ kann eine Freistellung aber auch für eine ganze Gruppe von Vereinbarungen, Beschlüssen oder abgestimmten Verhaltensweisen erfolgen (Gruppenfreistellung). Diese sog Gruppenfreistellungen bedürfen jedoch einer VO des Europäischen Rates bzw der Europäischen Kommission⁴⁰⁹). Derzeit gibt es vier allgemeine und mehrere FreistellungsVO für bestimmte Wirtschaftsbereiche (zB Kraftfahrzeugsektor, Versicherungssektor, Seeschifffahrt, Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschifffahrtsverkehr)⁴¹⁰).

Die bisher in Geltung befindliche GruppenfreistellungsVO für Technologietransfer-Vereinbarungen (Patent, Know-how und Software-Lizenzverträge), welche die Herstellung von Produkten zum Ziel beinhalten, wurde überarbeitet und ist mit VO am 1. 5. 2014 neu in Kraft getreten⁴¹¹).

Für Franchisesysteme ist jedoch vor allem die allgemeine GruppenfreistellungsVO für vertikale Vereinbarungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen bedeutsam⁴¹²).

⁴⁰⁶) Siehe auch Leitlinien der Kommission zur Anwendung von Art 81 Abs 3 EGV (nunmehr: Art 101 Abs 3 AEUV), ABl C 2004/101, 97.

⁴⁰⁷) Art 1 Abs 2 VO (EG) 1/2003 des Rates vom 16. 12. 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln; *Schuhmacher* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Recht der Europäischen Union⁴¹ Art 101 Rz 271 f.

⁴⁰⁸) Art 2 VO (EG) 1/2003 des Rates vom 16. 12. 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln.

⁴⁰⁹) *Schuhmacher* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Recht der Europäischen Union⁴¹ Art 101 Rz 367 f.

⁴¹⁰) Vgl zum Ganzen *Schuhmacher* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Recht der Europäischen Union⁴¹ Art 101 Rz 378 f.

⁴¹¹) VO (EU) 316/2014 vom 21. 3. 2014 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl L 2004/123, 11.

⁴¹²) VO (EU) 330/2010 der Kommission vom 20. 4. 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen.

Die VO in der nunmehr geltenden Fassung ist am 1. 6. 2010 in Kraft getreten und gilt bis 31. 5. 2022. Die VO ist in allen ihren Teilen verbindlich und „gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat“ (Art 10 zit VO). Zur Auslegung der VO hat die Europäische Kommission Leitlinien erlassen⁴¹³).

Art 1 legt die Anwendungsvoraussetzungen der GruppenfreistellungsVO fest und sieht einen umfangreichen Katalog von Begriffsbestimmungen vor. Danach gilt die GruppenfreistellungsVO für Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die jeweils auf einer anderen Produktions- oder Vertriebskette tätig sind („vertikale Vereinbarung“). Franchiseverträge, bei denen der Franchisegeber Waren und/oder Dienstleistungen dem Franchisenehmer zum Vertrieb bereitstellt, fallen unter diese Definition vertikaler Vereinbarungen. Typischerweise gewährt der Franchisegeber dem Franchisenehmer darüber hinaus fortlaufend kommerzielle oder technische Unterstützung in Form von Beschaffungsleistungen, Schulungsmaßnahmen, Immobilienberatung und Finanzplanung⁴¹⁴). Die darauf gerichteten, in Franchiseverträgen üblichen Nebenabreden über die Übertragung oder Nutzung von Rechten des geistigen Eigentums (zB Markenrecht, Know-how, Urheberrecht) auf den Franchisenehmer sind ebenso vom Begriff der „vertikalen Vereinbarung“ erfasst⁴¹⁵). In den Genuss der Freistellung können auch Master-Franchiseverträge kommen.

Vom Anwendungsbereich nicht erfasst sind allerdings das Produktionsfranchising, bei welchem der Franchisenehmer Waren nach genauen Richtlinien und Vorgaben des Franchisegebers herstellt und auch vertreibt. Derartige Vereinbarungen können allerdings, sofern sie die jeweils erforderlichen Voraussetzungen erfüllen, in den Genuss einer anderen GruppenfreistellungsVO (vor allem GruppenfreistellungsVO für Technologietransfer-Vereinbarungen)⁴¹⁶) gelangen.

Die Art 2–5 GruppenfreistellungsVO regeln, unter welchen Voraussetzungen Wettbewerbsbeschränkungen in vertikalen Vereinbarungen zulässig sind. Zu beachten sind hier zunächst die in der VO festgelegten Marktanteilsschwellen. Demnach gilt die Freistellung nur, sofern der Marktanteil der beteiligten Unternehmen (Franchisegeber, Franchisenehmer) jeweils nicht mehr als 30% beträgt (Art 3 zit VO).

Eine Freistellung vertikaler Vereinbarungen, die Kernbeschränkungen enthalten (Art 4 zit VO), ist ausgeschlossen. Unter solchen werden Vertragsbestimmungen verstanden, welche besonders schwerwiegende Wettbewerbseinschränkungen bezwecken und in der GruppenfreistellungsVO aufgelistet werden. Zu diesen gehören Preisbindungen, bestimmte Gebiets- und Kundenbeschränkungen (insbesondere Beschränkungen des „passiven“ Verkaufs⁴¹⁷), Beschränkungen des Verkaufs an Endverbraucher und von Querlieferungen zwi-

⁴¹³) Leitlinien der Kommission für vertikale Beschränkungen (2010/C 130/01) v 19. 5. 2010.

⁴¹⁴) Leitlinien der Kommission für vertikale Beschränkungen (2010/C 130/01) v 19. 5. 2010 Rz 43.

⁴¹⁵) Art 2 Abs 3 VO (EU) 330/2010, ABl L 2010/102, 4; Leitlinien der Kommission für vertikale Beschränkungen (2010/C 130/01) v 19. 5. 2010 Rz 36.

⁴¹⁶) VO (EU) 316/2014 vom 21. 3. 2014 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl L 2004/123, 11.

⁴¹⁷) Während „aktiver“ Verkauf durch direkte Ansprache einzelner Kunden (zB per E-Mail oder persönlichen Besuches) durch den Verkäufer geschieht, bestellt beim „passiven“ Verkauf der Kunde unaufgefordert Ware beim Verkäufer; vgl Leitlinien der Europäischen Kommission (2010/C 130/01) v 19. 5. 2010 Rz 51.

schen Händlern im selektiven Vertriebssystem und bestimmte Lieferbeschränkungen zu Ersatz- bzw Reparaturteilen. Preisempfehlungen und bestimmte dem Händler auferlegte Beschränkungen des Verkaufs (zB Beschränkungen des aktiven Verkaufs) sind jedoch zulässig. Nach dem „Alles-oder-nichts-Prinzip“ führt die Aufnahme einer Kernbeschränkung in eine Vereinbarung zur Nichtanwendbarkeit der gesamten VO in Bezug auf die gesamte Vereinbarung und damit auch zum Verbot der sonst freigestellten anderen Wettbewerbsbeschränkungen⁴¹⁸).

Kommt keine GruppenfreistellungsVO zur Anwendung (zB insbesondere wegen Überschreitung der Marktanteilsschwellen), ist weiterhin zu prüfen, ob (uU auch hinsichtlich Kernbeschränkungen) ausnahmsweise eine Einzelfreistellung gem Art 101 Abs 3 AEUV vorliegt. Diese könnte zB dann gerechtfertigt sein, wenn ein neues Produkt kostenintensiv erstmals in den Markt eingeführt wird, um die Investitionen durch vorübergehend höhere Preise wieder hereinholen zu können⁴¹⁹).

Auf Franchisesysteme bezogen hat die Europäische Kommission hervorgehoben, dass, je weitreichender der für Franchisesysteme typische Transfer von Know-how ist, es desto wahrscheinlicher ist, dass die vertraglichen Beschränkungen die Voraussetzungen einer Einzelfreistellung erfüllen. Weiters sind Wettbewerbsverbote in Bezug auf die vom Franchisenehmer erworbenen Waren oder Dienstleistungen (zB Verpflichtung des Franchisenehmers, ausschließlich Vertragsware zu beziehen) zulässig, soweit die Einheitlichkeit und der Ruf des Franchisesystems es erfordern und sie nur für die Laufzeit der Franchisevereinbarung, aber nicht über diese hinaus gelten sollen. Bei den meisten der in den Franchisevereinbarungen enthaltenen Verpflichtungen kann nach Ansicht der Europäischen Kommission darauf geschlossen werden, dass sie notwendig sind, um geistiges Eigentum zu schützen bzw die Einheitlichkeit und den Ruf des Franchisenetzes zu erhalten, sodass sie nicht unter das Verbot des Art 101 Abs 1 AEUV fallen⁴²⁰).

(3) Kartellrechtlich relevante Vertragsbestimmungen

Franchiseverträge sind typischerweise durch eine Vielzahl von wechselseitigen Verpflichtungen zwischen Franchisegeber und Franchisenehmer gekennzeichnet, die den marktrelevanten Verhaltensspielraum einengen können. Nach Auffassung der Europäischen Kommission enthalten Franchisevereinbarungen neben den Bestimmungen zum Geschäftskonzept in der Regel eine Kombination unterschiedlicher vertikaler Beschränkungen hinsichtlich der Produkte, die vertrieben werden, insbesondere Selektivvertrieb und/oder Wettbewerbsverbot und/oder Alleinvertrieb oder eine Kombination aus schwächeren Formen derselben⁴²¹). Im Folgenden werden daher einzelne, kartellrechtlich relevante Bindungen in Franchiseverträgen einer näheren Prüfung unterzogen. Ein ab-

⁴¹⁸) *Petsche/Lager in Liebscher/Flohr/Petsche*, Handbuch der EU-Gruppenfreistellungsverordnungen² (2012) § 7 Rz 92.

⁴¹⁹) Vgl Leitlinien der Kommission für vertikale Beschränkungen (2010/C 130/01) v 19. 5. 2010 Rz 107f.

⁴²⁰) Leitlinien der Kommission für vertikale Beschränkungen (2010/C 130/01) v 19. 5. 2010 Rz 190 f; nicht erforderlich ist etwa die Verpflichtung zum Bezug von Ware außerhalb der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit wie zB bestimmte Telefonanlage für das Geschäft.

⁴²¹) Leitlinien der Kommission für vertikale Beschränkungen (2010/C 130/01) v 19. 5. 2010 Rz 189.