

vertrag doch keineswegs ein in seiner Rechtsnatur bestimmter Vertragstyp. Literatur und Rechtsprechung haben bei den schuldrechtlichen Lizenzverträgen über gewerbliche Schutzrechte lange Zeit zwischen einer kaufvertraglichen, miet- und rechtspachtvertraglichen und gelegentlich sogar gesellschaftsvertraglichen Einordnung geschwankt. Heute hat sich die Auffassung durchgesetzt, dass der Lizenzvertrag ein gesetzlich nicht geregelter Vertragstyp eigener Art ist, bei dem durchaus Elemente typischer Kauf-, Pacht-, Miet-, Dienstleistungs- oder Gesellschaftsverträge enthalten sein können und bei dem jeweils im Einzelfall die dominierenden Komponenten zu ermitteln sind, um die Rechtsfolgen sodann in entsprechender Anwendung von einzelnen Bestimmungen der gesetzlich geregelten Vertragstypen festzulegen.¹²⁶ Neuerdings scheint dabei die Auffassung an Boden zu gewinnen, dass die Lizenzverträge von der Grundstruktur her noch am ehesten den Pachtverträgen (Rechtspacht) verwandt sind; andere Stimmen neigen ohne Sympathie mit einem gesetzlich geregelten Vertragstyp dazu, den Lizenzvertrag als Vertrag *sui generis* zu qualifizieren. Jedenfalls wäre für den Lizenzvertrag „gewiss in manchen Punkten ein schärferer Umriss wünschenswert“.¹²⁷ Mit der „Rechtsnaturbestimmung“ des Franchisevertrags als Lizenzvertrag ließe sich im Grunde **kein auch nur halbwegs konturiertes Regelungsprogramm verbinden**, das zur rechtlichen Gestaltung der Vertragsbeziehungen fruchtbar gemacht werden könnte. Zu der eigentlich nahe liegenden Konsequenz, den Franchisegeber nach §§ 581 Abs. 2, 536 ff. BGB zu einer verschuldensunabhängigen Garantiehaftung für die Gebrauchstauglichkeit und Marktfähigkeit der überlassenen Marketingkonzeption oder des vermittelten Know-how zu verpflichten, gelangen die Lizenzvertragstheoretiker jedoch offenbar nicht;¹²⁸ dies würde von Praktikerkreisen auch als „weltfremd“ zurückgewiesen.

Unabhängig von einem engeren oder weiteren Verständnis des Lizenzvertrags ist dieser **76** (nur scheinbare) Vertragstyp schwerlich „zwanglos“¹²⁹ als der eigentliche Kern des Franchising zu „erkennen“. Zunächst haftet der Lizenz auf Grund ihrer Verankerung in den spezialgesetzlich geregelten gewerblichen Schutzrechten eine statische Komponente an, zumal sie auch in einer schuldrechtlichen Ausformung nicht frei von den dinglichen Prinzipien der Publizität und des Numerus clausus sind; die schuldrechtlichen Lizenzverträge des gewerblichen Rechtsschutzes sind auf die dinglichen Verfügungsakte ausgerichtet und daran angebinden. In diesem Licht wird die lizenzvertragliche Franchisetheorie dem dynamischen, von den wechselnden Erfordernissen des Marktes abhängigen Kooperationsgeschehen kaum gerecht.¹³⁰ Ein Lizenzvertrag, der auf Überlassung von Immaterialgüterrechten gerichtet ist und zur Duldung bzw. Gewährung ihres Gebrauchs und ihrer Nutzung verpflichtet, kann den franchisespezifischen Kampf um den Markt mit anpassungsbedürftigen Marketingkonzeptionen schwerlich erfassen. **Es geht den Parteien des Franchisevertrags nicht um ein immaterialgüterrechtliches Werk, sondern um ein absatzwirtschaftliches Zusammenwirken.** Der Franchisegeber ist nicht zu passiver Überlassung, sondern zu aktiver Tätigkeit in Form der Eingliederung und laufenden Förderung des Franchisenehmerbetriebs verpflichtet. Wer den Lizenzvertrag auf die Nutzungsüberlassung nicht spezialgesetzlicher Immaterialgüterpositionen wie Know-how, Marketingkonzeption oder gar Unternehmen erstrecken will, müsste ihn bis zur völligen Konturenlosigkeit „dynamisieren“ und dabei Vertragselemente in das Verständnis aufnehmen, die außerhalb der Kategorie einer Gebrauchs- und Nutzungsüberlassung liegen. So sieht sich *Forkel*

¹²⁶ Vgl. dazu Groß, Der Lizenzvertrag, 9. Aufl. 2007, Rn. 19 ff.; Gitter, Gebrauchsüberlassungsverträge, 1988, S. 493 ff., 496 f.

¹²⁷ So auch Forkel, Der Franchisevertrag als Lizenz am Immaterialgut Unternehmen, ZHR 153 (1989), 511 ff. (519).

¹²⁸ Soweit ersichtlich behauptet lediglich Schultheß, Der Franchise-Vertrag nach schweizerischem Recht, 1975, S. 185, eine generelle pachtrechtliche Verantwortung des Franchisegebers für die Tauglichkeit und die „Ertragsfähigkeit“ der „Franchise“; dagegen Ekkenga, Die Inhaltskontrolle von Franchise-Verträgen, 1990, S. 149; Liesegang, Die Bedeutung des AGB-Gesetzes für Franchiseverträge, BB 1991, 2381 ff. (2385).

¹²⁹ So aber Forkel, Der Franchisevertrag als Lizenz am Immaterialgut Unternehmen, ZHR 153 (1989), 511 ff. (527).

¹³⁰ So schon Martinek, Franchising, 1987, S. 268 ff.; dagegen aber Forkel, Der Franchisevertrag als Lizenz am Immaterialgut Unternehmen, ZHR 153 (1989), 511 ff. (516 ff., 534 ff.).

zu dem Zugeständnis veranlasst, dass oft auch geschäftsbesorgungsvertragliche Bestandteile „durchaus in beträchtlichem Umfang dem Franchisevertrag innewohnen, stärker im Durchschnitt als den bisher geläufigen Lizenzverträgen“.¹³¹ Damit zerfließt sein Verständnis vom Lizenzvertrag zu einer metadogmatischen, für Subsumtionszwecke inoperablen Denkfigur.

- 77 Die Vorstellung, beim Franchising werde ein Marketingkonzept, eine Organisationstechnik oder die „Franchise“ als der immaterialgüterrechtliche Kern des Unternehmens lizenziert, greift auch deshalb zu kurz, weil bei vielen Franchisesystemen nicht der Franchisegeber den Systemgoodwill geschaffen hat und die Franchisenehmer daran nur partizipieren lässt. Es ist vielmehr die Gesamtheit der Franchisenehmer, die den Goodwill erst aufbaut und ständig weiterentwickelt. Nicht zufällig statuieren die Franchiseverträge mindestens ebenso häufig eine Systemanwendungspflicht für den Franchisenehmer wie ein Systemanwendungsrecht. Welcher Vertragspartner beim Franchising von wessen Unternehmen partizipiert, mag im Einzelfall verschieden sein, darf aber nicht dadurch präjudiziert werden, dass man das Vertragsverhältnis lizenzvertraglich erfassen will.
- 78 Die lizenzvertragliche Franchisetheorie entfernt sich zudem allzu weit vom absatzwirtschaftlichen Kooperationsgegenstand der Franchiseverträge. Sie **entkoppelt das Franchising völlig vom Recht der Absatzmittlungsverträge** und wird damit den besonders weit verbreiteten Franchisesystemen mit einem ausgeprägten Unterordnungsverhältnis zwischen Franchisegeber und -nehmer nicht hinreichend gerecht. **Sie macht den Franchisenehmer zu einem „Privilegierten“, der bei den meisten Franchisesystemen der Weisungsabhängige und Untergeordnete ist; sie deutet tendenziell den Ausgenutzten zum Nutznießer um.**¹³² Sähe man im Franchisevertrag eine Lizenz, ließe sich kaum ein Schutzrecht für die asymmetrische Machtbeziehung in vielen Franchiseverhältnissen verbinden, wie dies bei analoger Anwendung des Handelsvertreterrechts möglich ist. Vor allem wird der Dienstleistungsbereich offenbar als einer Absatzmittlung unzugänglich angesehen; zu Unrecht, denn das Handelsvertreterrecht erkennt etwa bei Versicherungs- und Bausparkassenvertretern (§ 92 HGB) ausdrücklich das Gegenteil an. Der lizenzvertragliche Ansatz führt zu offenen Wertungswidersprüchen, wenn er einem franchisierten Dienstleistungsbetrieb anders als einem Vertragshändler einen Goodwill-Ausgleichsanspruch analog § 89b HGB bei Vertragsbeendigung versagt, obwohl die Interessenlage hier wie dort dieselbe ist. Wenn *Forkel* dieser Kalamität dadurch zu entgehen trachtet, dass er auch geschäftsbesorgungsvertragliche Bestandteile „durchaus in beträchtlichem Umfang“ beim Franchisevertrag ausmacht,¹³³ dann läuft dies auf einen bisher unbekanntem atypischen, im Grunde geschäftsbesorgungsrechtlich akzentuierten Lizenzvertrag hinaus.
- 79 Die Lizenzvertragstheorie zwingt mithin ohne Not die Rechte und Pflichten der Parteien eines Franchisevertrags in die Kategorie der Nutzungsüberlassung, die sich sachgerechter als Dienstleistungen und Geschäftsbesorgungen erfassen lassen. Von Seiten des Franchisegebers werden – abgesehen von der eher marginalen Lizenzierung gewerblicher Schutzrechte – dem Franchisenehmer im „Franchisepaket“ im Wesentlichen Dienstleistungen zur Betriebseingliederung in das Franchisesystem und zur laufenden Betriebsförderung versprochen. Bei den Franchiseverträgen der Fast-Food-Branche wird dies exemplarisch deutlich: Beratung bei der Standortauswahl; Unterstützung bei Pacht- und Mietverhandlungen; Beratung bei Finanzierung und Leasing; Beratung und Planung von Lokalumbauten, Fassaden und Einrichtungen; Unterstützung bei der Auftragsvergabe an Handwerker; Beratung bei der technischen Einrichtung; Hilfeleistungen der Sortimentsgestaltung und beim Aufbau eines Warenbestandkontrollsystems; Weitergabe von Marketinginformationen; Bereitstellung von Vergleichsdaten anderer Betriebe; Hilfestellung beim Abrechnungssystem; Durchführung einer Ergebniskontrolle; überregionale Werbeleistungen usw. All dies sind durchweg Dienstleistungen des Franchisegebers. Gewiss bringt jeder Dienstleister bei der Leistungserstellung sein Know-how zum Einsatz, ohne dieses Immaterialgut aber

¹³¹ *Forkel*, Der Franchisevertrag als Lizenz am Immaterialgut Unternehmen, ZHR 153 (1989), 511 ff. (536): „Tatsächlich handelt es sich beim Franchising um ein Interessenwahrungsverhältnis“.

¹³² Diesen Gesichtspunkt vernachlässigt *Liesegang*, Der Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers, 2021, S. 123 ff.

¹³³ *Forkel*, Der Franchisevertrag als Lizenz am Immaterialgut Unternehmen, ZHR 153 (1989), 511 ff. (536).

gleich nach Art der Lizenzierung eines Schutzrechts zur Nutzung zu überlassen. **Der Franchisegeber selbst ist es, der sein Know-how „zur Leistung der versprochenen Dienste“ (§ 611 BGB) nutzt.** Der Franchisenehmer wird gleichfalls überwiegend zu Dienstleistungen der Absatzförderung verpflichtet, allerdings in weisungsgebundener Interessenwahrung als kaufmännischer Geschäftsbesorger (§§ 675 Abs. 1, 611 BGB), wenn er als Fast-Food-Restaurantbetreiber des Systems nach dem Franchisevertrag etwa das Hauptspeiseangebot während der vorgeschriebenen Öffnungszeiten anbieten und bereithalten muss, die Produktmengen und -qualitäten einhalten, die Lager-, Zubereitungs-, Anrichte- und Serviervorschriften beachten, das vorgeschriebene Geschirrlager, die Arbeitskleidung, das Verpackungsmaterial, die Speisekarte verwenden und die Systemprodukte vom Franchisegeber oder vorgeschriebenen Bezugsquellen abnehmen muss. Im Ergebnis muss die lizenzvertragliche Franchisetheorie deshalb als ein gescheiterter vertragstypologischer Qualifizierungsversuch angesehen werden.

3. Die geschäftsbesorgungsvertragliche Franchisetheorie

Ein Großteil des neueren vertriebsvertraglichen Schrifttums behandelt **Franchiseverträge** 80
des Waren-Franchisings als Weiterentwicklung des Vertragshandels und sieht sie entsprechend als typengemischte Verträge mit überwiegenden Elementen des Geschäftsbesorgungsvertrags iSd §§ 675 Abs. 1, 611 BGB an.¹³⁴ Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Franchisegeber beim Waren-Franchising ein Hersteller ist und keine reine Software-Zentrale, die bloß das Absatzprogramm für von dritter Seite bezogene Waren koordiniert und sortimentiert. Die geschäftsbesorgungsvertragliche Franchisetheorie zählt jedenfalls das Franchiserecht des Warenvertriebs im Kern zum Absatzmittlungsrecht, dh zum Recht der Absatzmittlungsverhältnisse und damit zum Vertriebsvertragsrecht.¹³⁵ Bei Dienstleistungs-Franchisesystemen wird zwar auch von typengemischten Verträgen gesprochen, aber ein geschäftsbesorgungsvertragliches Element eher verneint, falls sie nicht deutlich warenabsatz-analog strukturiert sind, also die von der Systemzentrale vorprogrammierten und standardisierten Dienstleistungen „wie Waren“ von den Franchisenehmern als weisungsgebundenen und interessenwährenden Absatzmittlern den Kunden erbracht und abgesetzt werden.

Es ist gewiss zutreffend, dass sich eine Vielzahl der Franchisesysteme des Warenvertriebs 81
als Weiterentwicklung des Vertragshandels verstehen und bruchlos in das Absatzmittlungsrecht einfügen lässt. Hier ist der systematisch-dogmatische Bezugsrahmen für das Franchising als einer Form der Absatzkooperation passender im Absatzmittlungsrecht verortet als im Lizenzvertragsrecht. Man wird es auch für eine Reihe von Dienstleistungs-Franchisesystemen als naheliegend ansehen müssen, sie an die Figur der weisungsgebundenen und interessenwährenden Absatzmittlung als kaufmännischer Geschäftsbesorgung anzubinden. Es ist aber gleichfalls unverkennbar, dass sich eine Vielzahl der empirisch vorzufindenden Ausgestaltungsformen von Franchiseverträgen und -systemen schwerlich in das Prokrustes-Bett des Vertragshandels hineinzwängen lassen, weil sie eher partnerschaftlich-partizipativ

¹³⁴ Vgl. Skaupy, Das Franchising als zeitgerechte Vertriebskonzeption, DB 1982, 2446 ff. (2448); Mack, Neuere Vertragssysteme, 1975, S. 33, 84; Ulmer RabelsZ 42 (1978), 190 ff.; Köhler, Individualwettbewerb und Gruppenwettbewerb, ZHR 146 (1982), 580 ff.; Gross/Skaupy, Franchising in der Praxis, 1968, S. 271, 283; Ahlert, Absatzkanalstrategien der Konsumgüterhersteller auf der Grundlage vertraglicher Vertriebssysteme mit dem Handel, in: Ahlert (Hrsg.), Vertragliche Vertriebssysteme, 1981, S. 43 ff., 84 f.; so wohl auch OLG Frankfurt a.M. 22.1.1980 – 22 U 140/77, MDR 1980, 576 ff., wo vom „Franchise- oder Eigenhändlervertrag“ die Rede ist; gegen eine geschäftsbesorgungsvertragliche Qualifikation von Franchiseverträgen spricht sich neuerdings Liesegang, Der Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers, 2021, S. 127 ff., aus.

¹³⁵ Vgl. Mack, Neuere Vertragssysteme, 1975; Behr, Der Franchisevertrag, 1976; Enghusen, Rechtliche Probleme der Franchiseverträge, 1978; Skaupy, Franchising, 2. Aufl. 1995; Karsten Schmidt, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, S. 896 ff., 904 ff.; Veelken, Vertriebssysteme unter besonderer Berücksichtigung des deutschen und europäischen Wettbewerbsrechts, ZVglRWiss 89 (1990), 358 ff.; Martinek, Franchising, 1987; Martinek, Aktuelle Fragen des Vertriebsrechts, 3. Aufl. 1992, Rn. 21 ff.; Martinek, Franchising im Handelsrecht, ZIP 1988, 1362 ff.; vgl., dazu auch Hahn, Umfang und Inhalt der vorvertraglichen Aufklärungspflicht des Franchisegebers, 2019, S. 61 f.

auf Gleichordnung der Kooperationspartner denn autokratisch-dominant auf Unterordnung der Systembetriebs angelegt und ausgerichtet sind. **Ohne Weiteres kann damit beim Waren- wie beim Dienstleistungs-Franchising ein Geschäftsbesorgungselement gänzlich fehlen.** Zudem lassen sich die Elemente horizontaler Kooperation einiger Franchisesysteme kaum mit dem geltenden Absatzmittlungsrecht der Vertragshändler einfangen. Auch die geschäftsbesorgungsrechtliche Franchisetheorie erweist sich damit in ihrer Absolutheit als **fragmentarisch und defizitär**; sie vermag nur einen – womöglich allerdings bedeutenden – Teilbereich des Franchisings unserer heutigen Absatzwirklichkeit einzufangen.

- 82 Zu Recht betonen einige Stimmen in der Literatur¹³⁶ wie auch der EuGH¹³⁷ die **außerordentliche Vielgestalt des Franchisings**, was aber nicht zu einem **vertragsqualifikatorischen Defätismus** führen darf; auch im Bereich des Gesellschaftsrechts hindert die außerordentliche empirische Vielfalt von Vertrags- bzw. Satzungsgestaltungen eine Systematik typologischer Differenzierungen und Zuordnungen nicht.¹³⁸ Damit wird erkennbar, dass das „nach wie vor ungelöste“ Rechtsnaturproblem¹³⁹ des Franchisings **nur im Wege einer näheren typologischen Ausdifferenzierung der verschiedenen Macht- und Interessenkonstellationen** dieser Art der Absatzkooperation gelöst werden kann. Es bedarf einer Systematisierung und einer Typologie der Franchiseverträge und Franchisesysteme.

4. Systematik und Typologie der Franchiseverträge

- 83 Von diesem Ausgangspunkt her ist in der deutschen Rechtswissenschaft der Versuch unternommen worden, die Vielzahl und Vielfalt der empirisch vorhandenen Interessen- und Machtstrukturen von Franchiseverträgen und Franchisesystemen in ein **typologisches Ordnungsgefüge** einzufangen. Den empirischen Macht- und Interessenstrukturtypen sollen entsprechende normative Typen des Franchisings gegengeüberstellt werden, um damit adäquate vertrags- und wettbewerbsrechtliche Regelungsprogramme zuordnen zu können. Dies hat zu einer **Franchise-Typologie** geführt, die zunächst die **beiden Grundformen des Subordinations- und des Partnerschafts-Franchising** unterscheidet und sodann das Partnerschafts-Franchising näher in **Koordinations-, Koalitions- und Konföderations-Franchising** untergliedert.¹⁴⁰ Für jeden dieser einzelnen Franchise-Typen lässt sich die Frage nach der Rechtsnatur konkret beantworten.
- 84 Die rechtstypologische Unterscheidung zwischen dem Subordinations-Franchising und den verschiedenen Formen des Partnerschafts-Franchising (Koordinations-, Koalitions- und Konföderations-Franchising) hat inzwischen in die Lehrbuch-, Kommentar- und Aufsatzliteratur Eingang gefunden,¹⁴¹ ist allerdings von der Rechtsprechung expressis verbis noch

¹³⁶ Bunte, Franchising und EG-Kartellrecht, NJW 1986, 1415; 1986, 1406 f. (1407); Karsten Schmidt, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, S. 904 ff.; Müller-Graff, Franchising – A Case of Long-Term Contracts, JITE/ZgesStaatsWiss 144 (1988), 122 ff.; Martinek, Franchising, 1987, S. 661 und passim; vgl. auch die Antwort der BRReg auf eine Große Anfrage zu „Franchising-Systemen“ in BT-Drs. 10/6090, abgedr. bei Skaupy, Franchising, 1. Aufl. 1987, Anhang, S. 261.

¹³⁷ EuGH 28.1.1986 – 161/84, JuS 1986, 558 f. = NJW 1986, 1415 = ZIP 1986, 329 = GRUR-Int 1986, 193 = EWiR Art. 85 EWGV Nr. 1/86 (Bunte) (unter Nr. 13) – Pronuptia.

¹³⁸ Darauf weist zu Recht Forkel, Der Franchisevertrag als Lizenz am Immaterialgut Unternehmen, ZHR 153 (1989), 511 ff. (514), hin.

¹³⁹ So Ekkenga, Die Inhaltskontrolle von Franchise-Verträgen, 1990, S. 68 ff.

¹⁴⁰ Erstmals skizzenhaft Martinek, Franchising als Regelungsproblem im deutschen Recht, in: Scholz (Hrsg.), Wandlungen in Technik und Wirtschaft als Herausforderung des Rechts, 1985, S. 144 ff.; sodann grdl. Martinek, Franchising, 1987, S. 67 ff., 378 ff.; Martinek, Franchising im Handelsrecht, ZIP 1988, 1362 ff.; Martinek, Moderne Vertragstypen, Bd. II, Franchising, Know-how-Verträge, Management und Consultingverträge, 1992, S. 35 ff.; Staudinger/Martinek, 14. Bearb., 2006, BGB § 675 Kap. B Rn. 237 ff. und Staudinger/Martinek/Omlor, Neubearbeitung 2017, BGB § 675 Kap. B Rn. 237 ff.

¹⁴¹ Karsten Schmidt, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, S. 904 ff., 907; Hahn, Umfang und Inhalt der vorvertraglichen Aufklärungspflicht des Franchisegebers, 2019, S. 45 ff., 63 ff.; Heil/Wagner, Franchising, in: Schütze/Weipert (Hrsg.), Münchener Vertragshandbuch, Bd. 3, 3. Aufl. 1992, S. 123 ff., 151; Giesler, Franchising in Büchting/Heussen, Beck'sches RechtsanwaltsHandbuch, 10. Aufl. 2011, § 43 Kap. I 3 Rn. 6; Matthießen, Arbeits- und handelsrechtliche Ansätze eines Franchisenehmerschutzes, ZIP 1988, 1089 ff.;

nicht in Deutschland, wohl aber in Österreich rezipiert worden.¹⁴² Sie erfreut sich wachsenden Zulaufs. Einige Stimmen in der Literatur stehen ihr **freilich schroff ablehnend oder zurückhaltend** gegenüber.¹⁴³ Schon der „Ausdruck“ – nicht der Begriffsinhalt – des Subordinations-Franchising wird etwa vom Deutschen Franchise-Verband als „missverständlich“ oder gar „verfehlt“ zurückgewiesen, weil auch Unterordnungsverhältnisse partnerschaftlich aufgebaut sein könnten.¹⁴⁴ Das Hauptargument der Kritiker aber lautet, dass partizipativ-partnerschaftlich strukturierte Franchisesysteme mit nennenswerten Mitgestaltungsrechten der Franchisenehmer in der Realität nicht oder kaum vorzufinden und letztlich auch schwerlich funktionsfähig seien. Franchising sei notwendig straff vertikal und autokratisch organisiert, so dass jedes Franchising letztlich ein Subordinationsverhältnis sei.¹⁴⁵ Teilweise befürchten jene Kritiker auch, dass ein partnerschaftliches Franchising mit Elementen horizontaler Kooperation in eine gefährliche Nähe zum Kartellverbot gerate.¹⁴⁶

Gewiss ist das durch ein Über-/Unterordnungsverhältnis zwischen Franchisegeber und Franchisenehmern gekennzeichnete Subordinations-Franchising in der Praxis besonders verbreitet, wobei man sich an der Bezeichnung nicht stören sollte, nennt sie doch nur objektiv „das Kind beim Namen“ und ist juristisch neutral und wertfrei zu verstehen wie etwa die Bezeichnung „Unterordnungskonzern“ im Gesellschaftsrecht. Empirisch lässt sich aber die Existenz auch des Partnerschafts-Franchisings längst nicht mehr bestreiten, nachdem solche Systeme bereits vor Jahren die kartellbehördliche Aufmerksamkeit erweckt haben¹⁴⁷ und seit langem betriebswirtschaftlich aufgearbeitet sind.¹⁴⁸ Dabei darf der rechtstatsächliche Blick auf die Vielfalt des Franchisings freilich nicht allein die Franchiseverträge selbst ins Visier nehmen¹⁴⁹, die oft die tatsächlichen Kooperationsverhältnisse mit ihren Macht- und Interessenstrukturen in ihrer rechtlichen Verdichtung nicht hinreichend

85

Ekkenga, Die Inhaltskontrolle von Franchise-Verträgen, 1990, S. 28 ff.; Ekkenga, Die Inhaltskontrolle von Franchise-Verträgen, AG 1989, 301 ff. (302); Köhler, Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers – Bestehen, Bemessung, Abwälzung, NJW 1990, 1689 ff.; Buschbeck-Bülow, Betriebsverfassungsrechtliche Vertretung in Franchise-Systemen, BB 1989, 352 ff.; Weltrich, Zur Abgrenzung von Franchise- und Arbeitsvertrag, DB 1988, 806 ff.; Baudenbacher/Rommé, Ausgewählte Rechtsprobleme des Franchising, Extraits des Mélanges Pierre Engel 1989, S. 1 ff.; Joerges, Status und Kontrakt im Franchise-Recht, AG 1991, 325 ff.; Westphalen, Moderne Vertragstypen, NJW 1993, 2859 f.

¹⁴² OGH 21.10.1987, (österreichische) Wirtschaftsrechtliche Blätter 1988, 97; 10.4.1991, (österreichische) Wirtschaftsrechtliche Blätter 1991, 332 (334); 18.6.1991, (österreichische) Wirtschaftsrechtliche Blätter 1991, 337.

¹⁴³ So etwa Küstner/Thume/Schröder, Handbuch des gesamten Vertriebsrechts, Bd. 3, 4. Aufl. 2015, S. 426: „wenig zielführend“; vgl. auch Liesegang, Der Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers, 2021, S. 42 ff., 46 ff.; 35; Skaupy, Franchise-Systeme und Betriebsräte, BB 1990, 134 ff.; Liesegang, Rezensionen, NJW 1990, 1525 ff.; Liesegang, Die Bedeutung des AGB-Gesetzes für Franchise-Verträge, BB 1991, 2381 ff. Fn. 1; Bauder, Der Franchise-Vertrag, 1988, S. 97 ff.; Bräutigam, Deliktische Außenhaftung im Franchising, 1994, S. 73 ff.; Bräutigam, Außervertragliche Schadensersatzhaftung der Mitglieder von Franchise-Systemen, WM 1994, 1189 ff.

¹⁴⁴ So Skaupy, Franchise-Systeme und Betriebsräte, BB 1990, 134 ff. (135) in Auseinandersetzung mit Buschbeck-Bülow, Betriebsverfassungsrechtliche Vertretung in Franchise-Systemen, BB 1989, 352 ff.; ähnlich Bauder, Der Franchise-Vertrag, 1988, S. 98 Fn. 6.

¹⁴⁵ So auch Gitter, Gebrauchsüberlassungsverträge, 1988, S. 473.

¹⁴⁶ Vgl. etwa Skaupy, Franchising, 2. Aufl. 1995, S. 123 ff.; Ekkenga, „Vertikale Gruppenkooperation“ und Deutsches Kartellrecht – Anlaß für eine Renaissance der Kartellformenlehre, AG 1987, 373 ff.

¹⁴⁷ BKartA 41/86, WuW 1986, 679 – Systemgut Logistik Service; BKartA WuW/E BKartA 2267 – Systemgut Logistik Service; BKartA 61/86, WuW 1986, 792 – UTS, Umzugs- und Transport-Systeme; BKartA 23/87, WuW 1987, 480 – Pinguin-Frischfracht-Systeme; BKartA WuW 1989, 850 – German Parcel.

¹⁴⁸ Tietz, Handbuch Franchising, 2. Aufl. 1991, S. 709 ff.; Jurgeleit, Moderne Partnerschaften, 1974, S. 1 ff.; Mack, Neuere Vertragssysteme, 1975, S. 107 ff.; Lederer, Franchising und das Genossenschaftsgesetz, 1984, S. 72 ff.; Skaupy, Der Franchise-Vertrag – ein neuer Vertragstyp, DB 1969, 113 ff.; Sölter, Kooperative Absatzwirtschaft, 1971, S. 1 ff.; Sölter, Bezugsbindungen in vertikalen Kooperationsystemen, 1980, S. 1 ff.

¹⁴⁹ So aber Bauder, Der Franchise-Vertrag, 1988, S. 97 ff. und passim; gegen Bauder mit Recht Schwintowski, Alleinvertriebsysteme, 1992, S. 18 Fn. 29: „tendenziell verwirrend“; gegen Bauders „problematische empirische Beweisführung“ auch Teubner, „Verbund“, „Verband“ oder „Verkehr“? Zur Außenhaftung von Franchise-Systemen, ZHR 154 (1990), 295 ff. (301) Fn. 24; gegen Bauder schon Martinek, Das europäische Bankgeschäft der Finanzierung von Franchisesystemen, ZBB 1990, 190 ff. (196) Fn. 42 mit dem wissenschaftstheoretischen Vorwurf des „naiven Realismus“.

widerspiegeln.¹⁵⁰ Ohne Weiteres entsprechen auch partnerschaftlich-partizipativ ausgerichtete Franchisesysteme ungeachtet ihrer mehr oder weniger hervortretenden horizontalen Kooperationselemente der „Franchise-Definition“ des Deutschen Franchise-Verbandes, die sich insoweit bewusst offenhält. Im Übrigen sind auch weitgehend horizontal-kooperative Franchisesysteme ebenso wie Einkaufszusammenschlüsse und Genossenschaften nicht etwa kartellrechtlich per se verboten, sondern nach deutschem Kartellrecht als Mittelstandskartelle nach § 3 GWB ohne weiteres legalisierbar¹⁵¹; nach den EU-Wettbewerbsregeln des Art. 101 Abs. 1–3 AEUV können sie ausweislich der Leitlinien der Effizienzgewinne der Vereinbarungen überhorizontale Zusammenarbeit wegen überwiegender Effizienzgewinne vom Kartellverbot ausgenommen sein. Bei einer nüchternen Betrachtung bietet sich die Typologie der Rechtsstrukturtypen des Franchisings mit ihrer Unterscheidung zwischen Subordinations-Franchising, Koordinations-Franchising sowie Koalitions- und Konföderations-Franchising als Grundlage dafür an, die vielgestaltige Vertriebsformen des Franchisings vertrags- und kartellrechtlich zu erfassen, weil sich diese **Typologie an den juristisch relevanten Differenzierungen der Macht- und Interessenkonstellationen** orientiert. Nur nebenbei sei bemerkt, dass eine derartige Typologie auch international diskutiert wird. In den USA ist anerkannt, dass partnerschaftlich-partizipativ ausgerichtete Franchisesysteme von einer „community of interest“ regiert und dem Recht der Partnerships unterfallen können.¹⁵² In Frankreich, dem in Europa wohl fortschrittlichsten und erfahrensten Franchise-Land, hat man das „groupement d’interet économique“ als die passende Rechtsform für bestimmte Arten von Franchisesystemen angesehen.¹⁵³ Es gab sogar gesetzgeberische Vorstöße, Franchisesysteme mit juristischer Persönlichkeit auszustatten.¹⁵⁴

5. Typus und Rechtsnatur des Subordinations-Franchising

- 86 a) **Macht- und Interessenstrukturen.** Das Subordinations-Franchising – man mag auch vom Absatzmittlungs-, Vertriebsmittlungs- oder Interessenwahrungs-Franchising sprechen – stellt sich **im Bereich des Warenvertriebs als Weiterentwicklung und Verfeinerung des klassischen Vertragshandels in Richtung der vertikalen Gruppenkooperation** dar.¹⁵⁵ Im Außenverhältnis gegenüber den Kunden unterscheidet sich der Franchisenehmerbetrieb vom Vertragshändlerbetrieb dementsprechend dadurch, dass er nach Art einer Filiale des Franchisegebers aufgemacht ist. Der **Vertragshandel erscheint sozusagen als Vorform des Waren-Subordinations-Franchising**, das iÜ nicht nur herstellerzentrierte, sondern auch großhändlerzentrierte Vertriebssysteme einbezieht. Als deutliches Merkmal der Abgrenzung zwischen Vertragshandel und Subordinations-Franchising kann das Franchisepaket als Bündel von Unterstützungs- und Förderungsmaßnahmen dienen, das der Franchisegeber dem Franchisenehmer in den Franchiseverträgen zur Verfügung stellt. Während beim Vertragshandel solche Betriebsförderungsmaßnahmen, wenn sie überhaupt vorkommen, nur als unselbständige vertragliche Nebenpflicht des Herstellers erscheinen, sind sie beim Subordinations-Franchising durchweg als Hauptpflichten des Franchisegebers ausgestaltet. Nach dieser Abgrenzung ist das Subordinations-Franchising zwischen Industrie und Handel sowie zwischen Groß- und Einzelhandelsunternehmen eine Weiterentwicklung des Vertragshändlersystems, die dieses aber nicht überholt oder unnötig macht.¹⁵⁶ Das Subordinations-Franchising wird als Vertriebsform **auch beim Absatz von Dienstleis-**

¹⁵⁰ So zu Recht gegen Bauder und Ekkenga, Die Inhaltskontrolle von Franchise-Verträgen, 1990, S. 28 ff.

¹⁵¹ So zB das Pinguin-Frischfracht-System, Bekanntmachung Nr. 23/87 des BKartA, WuW 1987, 480; vgl. Niederleithinger/Ritter, Die kartellrechtliche Entscheidungspraxis zu Liefer-, Vertriebs- und Franchiseverträgen, 2. Aufl. 1988, S. 158 f.

¹⁵² Vgl. Behr, Der Franchise-Vertrag, 1976, S. 52 f.; Teubner, „Verbund“, „Verband“ oder „Verkehr“? Zur Außenhaftung von Franchise-Systemen, ZHR 154 (1990), 295 ff. (302); Martinek, Franchising, 1987, S. 30 ff., 178 ff.

¹⁵³ So Guyenot, Les contrats de concession commerciale, 1968, S. 304 ff.; vgl. auch Guyenot/Valetta Anglo-American Law Review 4 (1975), 331 ff.

¹⁵⁴ Vgl. Piriou, Selektiver Vertrieb und Wettbewerbsregeln der Europäischen Gemeinschaft, GRUR-Int 1980, 321 ff. (327).

¹⁵⁵ Vgl. dazu ausf. Martinek, Franchising, 1987, S. 247 ff., 256 ff., 527 ff.

¹⁵⁶ So zu Recht Skaupy, Das Franchising als zeitgerechte Vertriebskonzeption, DB 1982, 2446 ff. (2448).

tungen eingesetzt; weite Teile des Dienstleistungs-Franchising unterfallen dem Subordinations-Franchising. Denn die Dienstleistungsbranchen haben vielfach die Idee eines zentral gesteuerten Vertriebssystems vom Warenabsatz auf den Dienstleistungsvertrieb übertragen. Dabei bereitet die Systemzentrale vorprogrammierte und standardisierte („industrialisierte“) Dienstleistungen (etwa der Hotellerie oder der Schülerhilfen) auf, um sie von den Franchisenehmern als weisungsgebundenen und interessenwahrenden Absatzmittlern den Kunden erbringen zu lassen und abzusetzen.

Beim Subordinations-Franchising besteht ein Über-/Unterordnungsverhältnis zwischen Franchisegeber- und -nehmer. Aufgrund der **asymmetrischen Macht- und Interessenkonstellation** ist der Franchisenehmer für die Marketingstrategie des Franchisegebers **instrumentalisiert**. Die franchise-spezifische vertikale Gruppenkooperation (Kooperationsintensität, Systemkonsistenz, und -dynamik, Imageeinheit, Marketinggemeinschaft und Wettbewerbseinheit) kommt hier dadurch zustande, dass der Franchisenehmer vertraglich seine Interessen denen des Franchisegebers unterordnet, und zwar beim Waren- wie beim Dienstleistungs-Franchising. Das System ist praktisch rein vertikal, gleichsam fächerförmig strukturiert. Eventuelle horizontale Komponenten wie Franchisenehmer-Beiräte mit konsultativen Funktionen (wenn nicht gar: Alibi-Funktionen) bleiben außerhalb des rechtlich relevanten Bereichs. Beim Subordinations- oder Absatzmittlungs-Franchising stehen die bilateralen Vertragsverhältnisse (Franchiseverträge) rechtlich isoliert nebeneinander. 87

b) Betriebseingliederungs- und Betriebsförderungspflichten des Franchisegebers. 88

Beim Subordinations-Franchising lassen sich folgende **Hauptpflichten der Parteien** gegenüberstellen: einerseits die **Betriebseingliederungs- und Betriebsförderungspflicht des Franchisegebers**; andererseits die **Gebühren- und die Absatzförderungspflicht des Franchisenehmers**. Das Franchisepaket, dessen Beschreibung im Mittelpunkt der vertraglichen Regelungen zu den Franchisegeberpflichten steht, listet die einzelnen Leistungen auf, aus denen sich die Betriebseingliederungs- und -förderungspflicht zusammensetzt. Die Hauptpflicht des Franchisegebers zur Eingliederung des Franchisenehmerbetriebs in sein Vertriebssystem (Betriebseingliederungspflicht) betrifft sämtliche Maßnahmen vor der Eröffnung des Franchisenehmerbetriebs und ist je nach Zuschnitt der Marketingkonzeption in systemspezifische Einzelbestandteile aufgegliedert. Dazu können etwa die Verpachtung des Betriebsgrundstücks, die Erstausstattung und Einrichtung des Betriebs, die Lizenzierung von Warenzeichen, Dienstleistungsmarken oder auch Patenten, die Überlassung von Betriebsgeheimnissen, die Einweisung in das systemspezifische Know-how oder die Personalschulung gehören. Die Hauptpflicht des Franchisegebers zur Betriebsförderung umfasst sämtliche Maßnahmen des Franchisepakets, die darauf gerichtet sind, den Franchisenehmerbetrieb laufend zu unterstützen und in das Vertriebssystem einzubeziehen. Auch sie sind je nach Systemzuschnitt verschieden. Hierzu gehören im Regelfall insbes. die systemspezifischen zentralen Dienste wie überörtliche Werbung, Schulung, Beratung oder Buchhaltung.

c) Gebühren- und Absatzförderungspflichten des Franchisenehmers. 89

Die Regelungen zu den sog. „Gebühren“ des Franchisenehmers, dh zu seinen Pflichten, Entgeltleistungen zu erbringen, sind in den Franchiseverträgen uneinheitlich gefasst. Meist ist der Franchisenehmer verpflichtet, eine **Abschluss- oder Eintrittsgebühr** (entry fee) zu zahlen; regelmäßig hat er – meist jährlich – die laufenden umsatzabhängigen Franchisegebühren (franchise fees, royalties) zu entrichten. Im Mittelpunkt der Pflichten des Franchisenehmers steht aber beim Subordinations-Franchising seine Absatzförderungspflicht, die in den Vertragswerken und den begleitenden Unterlagen wie insbes. den Handbüchern in zahlreichen Regelungen über Einzelpflichten spezifiziert wird. Der Franchisegeber schreibt iE insbes. vor, dass der Franchisenehmer seinen Betrieb auf den Absatz des Systemprodukts ausrichtet, indem er die Systemsymbole herausstellt und die Leistungen in speziellen Modalitäten darbietet. Oft nehmen die Verträge auf die Einzelanweisungen Bezug, die in den gesonderten Franchise-Manuals aufgelistet sind. Regelmäßig werden daneben begleitende Berichts- und Informationspflichten des Franchisenehmers sowie korrespondierende Kontroll- und Aufsichtsrechte des Franchisegebers statuiert. Die **wettbewerbsbeschränkenden Vertikalbindungen** (Inhalts- und Abschlussbindungen sowie marketingpoliti-

schen Bindungen) des Franchisenehmers sind ein besonders **deutlicher Ausdruck der Interessenwahrungspflicht und Weisungsbindung des Subordinations-Franchisenehmers** und konkretisieren gleichfalls das geschäftsbesorgungsvertragliche Element des Vertriebsvertrages.

- 90 d) Typenkombination mit dominantem Element des Geschäftsbesorgungsvertrags.** Aus der Gegenüberstellung der im Synallagma stehenden Betriebseingliederungs- und Betriebsförderungspflichten des Franchisegebers einerseits und der Gebührens- und Absatzförderungspflichten des Franchisenehmers andererseits lässt sich für die vertragstypologische Qualifikation des Subordinations-Franchisevertrags Folgendes ableiten: Die **Franchisegeberpflichten sind im Kern dienstvertraglicher Rechtsnatur**, weil jedenfalls den Betreuungs-, Beratungs-, Werbe- und Schulungsmaßnahmen, den Einweisungs- und Anleitungsleistungen des Franchisegebers nach Maßgabe seines Franchisepakets Dienstcharakter iSd § 611 BGB eignet. Elemente anderer schuldrechtlicher Vertragstypen können sich fallweise wechselnd um diese dienstvertraglichen Grundpflichten ranken. So können miet- oder pachtrechtliche Elemente in den Franchisevertrag einfließen, wenn ein Geschäftslokal bereitgestellt wird, oder kaufrechtliche bzw. leasingvertragliche, wenn Einrichtungsgegenstände verschafft werden. Dabei mögen die Einzelabreden aus Zweckmäßigkeitsgründen in separaten Vertragsurkunden festgehalten werden; doch bilden auch dann sämtliche Verträge, die nach dem Willen der Vertragsparteien miteinander „stehen und fallen“, eine rechtliche Einheit iSd Dogmatik zu § 139 BGB. Außerhalb der rechtlichen Einheit stehen freilich die späteren Durchführungsverträge in Vollzug des Kooperationsverhältnisses.
- 91** Die Gebühren des Franchisenehmers stellen sich als Entgelt für die Betriebseingliederungs- und Betriebsförderungsmaßnahmen dar. Dabei lassen sich allerdings nicht durchweg exakt die **Einmalzahlungen (entry fees)** den Eingliederungsmaßnahmen zuordnen und die **laufenden Gebühren (franchise fees, royalties)** den während der Vertragsdurchführung geleisteten Maßnahmen der Betriebsförderung. Denn die **Kalkulation der Systemzentrale bleibt meist undurchsichtig**. Die Absatzförderungspflicht des Franchisenehmers, zu der der Franchisenehmer ausdrücklich verpflichtet ist und die von einer weitreichenden Weisungsbindung sowie von einzelnen Berichts- und Informationspflichten flankiert ist, besitzt **mit Eindeutigkeit geschäftsbesorgungsvertragliche Rechtsnatur**: Absatzförderung im Interesse und Weisung des Franchisegebers ist eine entgeltliche, selbständige Tätigkeit wirtschaftlicher Art, die für einen anderen und in dessen Interesse erbracht wird, und damit dienstvertragliche Besorgung eines fremden Geschäfts nach §§ 675 Abs. 1, 611 BGB. Indem er den Absatz fördert, verfolgt der Franchisenehmer nicht allein seine eigenen Interessen, sondern er nimmt dabei weisungsgebunden und in strikter Ausrichtung auf das fremdbestimmte Marketingkonzept die Interessen des Franchisegebers wahr. Die Geschäftsbesorgung ist dabei ohne Weiteres entgeltlich, denn die Verdienstmöglichkeiten des Franchisenehmers bilden (wie beim Vertragshändler) das Entgelt für seine Absatzförderungstätigkeit. Der Franchisenehmer kann „Geschäfte machen“, indem er von der Marketingkonzeption, dem Goodwill und den Betriebsförderungsmaßnahmen des Systems profitiert und aus seiner Absatzförderungstätigkeit Gewinn zieht.
- 92** Mithin lässt sich der Subordinations-Franchisevertrag als **ein Typenkombinationsvertrag mit partiell konstanten, partiell flexiblen Typenelementen kennzeichnen**. Nur zwei Typenelemente eignen ihm als *essentialia negotii*: das Dienstvertragsselement hinsichtlich der Betriebseingliederungs- und -förderungspflichten des Franchisegebers und das geschäftsbesorgungsvertragliche Element bzgl. der Absatzförderungspflichten des Franchisenehmers. Die sonstigen, je nach Gestaltung des Franchisesystems und insbes. des Franchisepakets kombinierten Elemente, von denen einzelne auch gänzlich fehlen können, sind insbes. solche des Kauf-, Miet-, Pacht-, Lizenz- und Know-how-Vertrags. Subordinations-Franchiseverträge können also in ihrer Rechtsnatur nicht klar und gleichbleibend fixiert werden, sondern müssen **als elementflexible Typenkombinationsverträge** gekennzeichnet werden. Dabei ist unschwer zu erkennen, dass das geschäftsbesorgungsvertragliche Element der Absatzförderung im Interesse des Franchisegebers dominiert und das Subordinations-Franchising als eigenständigen Typus kennzeichnet. Es ist das **Geschäfts-**