

ANNIKA SCHIMANSKY

Der Franchisevertrag nach deutschem und niederländischem Recht

*Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht*

*Studien zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

112

Mohr Siebeck

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

112

Herausgegeben vom

**Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht**

Direktoren:

Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt und Reinhard Zimmermann



Annika Schimansky

Der Franchisevertrag nach
deutschem und niederländischem
Recht

Mohr Siebeck

Annika Schimansky, geboren 1973; 1993–98 Studium der Rechtswissenschaften an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster; 2002 Promotion an der Johann Wolfgang von Goethe Universität Frankfurt/Main mit Disputation; 2001–03 Refendariat in Osnabrück; seit 2003 Tätigkeit als deutsche Rechtsanwältin in der niederländischen Sozietät *Nysingh Dijkstra de Graaff* in Zutphen.

Voor Luke

978-3-16-158403-9 Unveränderte eBook-Ausgabe 2019

ISBN 3-16-148173-9

ISSN 0720-1147 (Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

© 2003 J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Held in Rottenburg gebunden.

Vorwort

Die vorliegende rechtsvergleichende Arbeit begann auf Anregung von Prof. Dr. Reiner Schulze von der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster im Jahre 1999 und entstand im Wesentlichen bei einem Forschungsaufenthalt an der Katholieke Universiteit Nijmegen im Jahre 2000. Im Rahmen des Europäischen Forschungsnetzwerkes „Common Principles of European Private Law“ erhielt ich ein Stipendium für diesen Aufenthalt. Das Netzwerk wird aus den Mitteln des TMR-Programms (Training and Mobility of Researchers) von der Europäischen Kommission unterstützt. Partner dieses Netzwerkes sind die Universitäten von Barcelona (U.B.), Berlin (Humoldt-Universität), Lyon, Nijmegen, Oxford, Turin und Münster. Im Jahr 2001 wurde die Arbeit von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Johann Wolfgang von Goethe-Universität Frankfurt am Main als Dissertation angenommen. Dort erhielt sie unter der Begleitung von Prof. Dr. Gunther Teubner ihre heutige Fassung und konnte mit der Disputation am 30. Januar 2002 zum Abschluss gebracht werden. Im Oktober 2001 wurde der Arbeit der zweite Preis für die beste wissenschaftliche Arbeit zum Thema Franchising durch die 12. Internationale Franchise-Messe und die Zeitschrift UNICUM Beruf verliehen.

Mein Dank gilt an erster Stelle meinem Doktorvater Prof. Dr. Gunther Teubner, der sich offen und engagiert meiner Arbeit annahm. Er stand mir jederzeit mit wertvollem Rat zur Seite und die zentralen Kapitel dieser Arbeit gehen auf seine Anregungen und Impulse zurück. Durch seine kompetente Begleitung machte er mir den erfolgreichen Abschluss dieser Arbeit erst möglich. Daneben möchte ich auch meinen Zweitkorrektoren Prof. Dr. Rehbinder von der Universität Frankfurt und Prof. mr. J.B.M. Vranken von der Katholieke Universiteit Brabant meinen Dank aussprechen.

Mein Dank geht auch an Prof. mr. S.C.J.J. Kortmann, der mich an der Universität Nijmegen so freundlich aufnahm und sich großzügig bereit fand, Auszüge dieser Arbeit zu begutachten. Auch Prof. mr. C.E. Du Perron von der Universität Amsterdam möchte ich danken, der sich die Zeit für ein fachliches Gespräch nahm. Schließlich danke ich Stefan Feuerriegel und Dr. Gerd Schimansky für das Korrekturlesen meiner Arbeit; ich danke meiner Familie sowie der Familie Vrielink, Dr. mr. André Janssen und Carola Einhaus für ihren treuen Zuspruch; aber mein ganz besonderer Dank gilt ir. Luke Vrielink, der für das Gelingen dieser Arbeit unersetzlich war.

Enschede, Niederlande, April 2003

„McDonald's ist einfach gut!“

Werbeslogan des Franchisesystems McDonald's

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	1
I. Das Franchising im europäischen Markt und Privatrecht	1
II. Die Definitionen von Franchising	19
III. Vor- und Nachteile des Franchising	26
IV. Typologie des Franchising	29
V. Franchising als eigenständige Form der vertikalen Absatz- kooperation	35
VI. Zusammenfassung	52
B. Die Rechtsnatur des Franchisevertrages	54
I. Einleitung	54
II. Lizenzrecht	57
III. Absatzmittlungsrecht	73
IV. Mischvertrag oder Vertrag sui generis	85
V. Der Franchisevertrag als Gesellschaftsvertrag	90
VI. Zusammenfassung und Analyse	101
C. Das Netzwerk	104
I. Einleitung	104
II. Deutschland	110
III. Niederlande	130
IV. Franchisesysteme als Quasi-Konzerne	137
V. Franchisesysteme auf der Schnittstelle von Vertrags- und Konzernorganisationsrecht	162
VI. Zusammenfassung	167
D. Der Vertragsinhalt	169
I. Die vertragsrechtlichen Grenzen der Privatautonomie	169
II. Fazit	184
E. Die Vertragsbeendigung	186
I. Die Kündigung	187
II. Der Ausgleichsanspruch	218
III. Der Investitionersatzanspruch	240
IV. Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot	262
V. Zusammenfassung	267

F. Zusammenfassung	271
G. Thesen	280
Anhang	282

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	1
I. Das Franchising im europäischen Markt und Privatrecht	1
1. Der Untersuchungsgegenstand und -verlauf	3
2. Das Nieuwe Burgerlijk Wetboek	5
3. Die Schuldrechtsreform	6
4. Der Ethikkodex	7
a. Soft law	8
b. Vertragliche Bindungswirkung	8
5. Die EG-FreistellungsVO für vertikale Vereinbarungen Nr. 2790/99 vom 22.12.1999	10
a. Die Weitergabe von Know-how für Marketingzwecke	12
b. Vertikale Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern	14
c. Die schwarze Liste der FreistellungsVO Nr. 2790/99	15
d. Fazit	17
II. Die Definitionen von Franchising	19
1. Europa	19
2. Deutschland	20
3. Niederlande	21
4. Fazit	23
III. Vor- und Nachteile des Franchising	26
1. Vor- und Nachteile des Franchising für den Franchisegeber ..	26
2. Vor- und Nachteile des Franchising für den Franchisenehmer .	28
3. Fazit	29
IV. Typologie des Franchising	29
V. Franchising als eigenständige Form der vertikalen Absatz- kooperation	35
1. Handelsvertreter und Dienstleistungsfranchisenehmer	37
2. Der deutsche Vertragshändler und der niederländische Vertriebshändler	38
a. Der Vertragshändler im deutschen Recht	38
b. Der Vertriebshändler im niederländischen Recht	41
c. Fazit	43
3. Die freiwilligen Handelsketten (vrijwillig filiaalbedrijf)	44

4. Die Genossenschaft	46
a. Deutschland	46
b. Niederlande	48
5. Fazit	51
VI. Zusammenfassung	52
B. Die Rechtsnatur des Franchisevertrages	54
I. Einleitung	54
1. Deutschland	54
2. Niederlande	55
3. Fazit	57
II. Lizenzrecht	57
1. Lizenzvertragliche Leistungen im engeren Sinne	58
a. Deutschland	59
b. Niederlande	61
c. Fazit	63
2. Lizenzvertragliche Leistungen im weiteren Sinne	63
a. Deutschland	64
b. Niederlande	69
c. Fazit	71
3. Fazit	72
III. Absatzmittlungsrecht	73
1. Deutschland	73
a. Das Subordinationsfranchising	74
b. Schwächen des traditionellen Absatzmittlungsrecht	76
c. Fazit	78
2. Niederlande	79
a. Keine Analogie zum Handelsvertreterrecht	80
b. Vertriebshändlerrecht nach den Grundsätzen von Treu und Glauben	82
3. Fazit	84
IV. Mischvertrag oder Vertrag sui generis	85
1. Deutschland	86
2. Niederlande	88
3. Fazit	89
V. Der Franchisevertrag als Gesellschaftsvertrag	90
1. Deutschland	90
a. Der Franchisevertrag als Gesellschaftsvertrag	90
b. Der Dualismus von Subordinations- und Partnerschafts- franchising	93
c. Kritik	95
d. Fazit	97

2. Niederlande	97
a. Der Franchisevertrag als Gesellschaftsvertrag	97
b. Die Unterscheidung zwischen hard und soft franchising ...	99
c. Fazit	100
3. Fazit	100
VI. Zusammenfassung und Analyse	101
C. Das Netzwerk	104
I. Einleitung	104
II. Deutschland	110
1. Die Theorie der symbiotischen Verträge	110
2. Das Netzvertragsmodell	112
a. Das Franchisesystem als hierarchisches Netzwerk	115
b. Rechtsfolgen	117
aa. Horizontale Ansprüche der Franchisenehmer	117
bb. Netzwirksame Rechte und Pflichten	120
cc. Die Netzwerkhftung gegenüber dem Kunden	122
c. Stellungnahme	125
3. Fazit	130
III. Niederlande	130
1. Zusammenhängende Rechtsverhältnisse	131
a. Franchisesysteme als zusammenhängende Rechtsverhält- nisse	134
b. Stellungnahme	135
2. Fazit	137
IV. Franchisesysteme als Quasi-Konzerne	137
1. Deutschland	138
a. Die konzernspezifische Abhängigkeit des Franchisenehmers 140	
b. Die Anwendbarkeit der konzernrechtlichen Bestimmungen	143
aa. Die Treuepflicht	145
bb. Die konzernrechtliche Außenhaftung des Franchise- gebers	146
cc. Die Ausgleichspflicht nach den §§ 311, 317 AktG analog	148
dd. Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer	150
c. Fazit	151
2. Niederlande	151
a. Der Konzernbegriff und Franchising	152
b. Das beschränkte Weisungsrecht der Konzernspitze	155
c. Die Haftung des Franchisegebers als Quasi-Vorstands- mitglied	158
d. Stellungnahme	160

3. Fazit	161
V. Franchisesysteme auf der Schnittstelle von Vertrags- und Konzernorganisationsrecht	162
VI. Zusammenfassung	167
D. Der Vertragsinhalt	169
I. Die vertragsrechtlichen Grenzen der Privatautonomie	169
1. Die Form	169
a. Deutschland	169
b. Niederlande	170
2. Die Inhaltskontrolle nach § 307 BGB n.F. und Art. 6:233 BW ..	170
a. Deutschland	170
b. Niederlande	173
3. Die Gesetzeswidrigkeit nach § 134 BGB und Art. 3:40 BW ...	176
a. Deutschland	176
b. Niederlande	177
4. Die Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB und der Mißbrauch der Umstände nach Art. 3:44 Abs. 4 BW	178
a. Deutschland	178
b. Niederlande	180
5. Das Widerrufsrecht gemäß §§ 505, 355 BGB n.F. und das Consumentenkredit Wet	182
a. Deutschland	182
b. Niederlande	184
II. Fazit	184
E. Die Vertragsbeendigung	186
I. Die Kündigung	187
1. Die ordentliche Kündigung	189
a. Deutschland	189
b. Niederlande	193
2. Die außerordentliche Kündigung	196
a. Deutschland	196
aa. Der Netzzweck als wichtiger Grund	198
bb. Ausschlussfrist, Abmahnung und eigene Vertragstreue .	200
b. Niederlande	201
3. Kündigungsschranken	206
a. Deutschland	206
aa. § 20 Abs. 1 und 2 GWB	206
bb. § 242 BGB	209
b. Niederlande	209
aa. Art. 6:248 BW	209
bb. Art. 24 Mw, Art. 3:44 BW	210

cc. Art. 6 BBA	210
dd. Art. 7A:1624 BW	211
4. Fazit	216
II. Der Ausgleichsanspruch	218
1. Deutschland	218
a. Kriterien einer analogen Anwendung des § 89 b HGB	220
aa. Eingliederung in die Absatzorganisation	220
bb. Überlassung des Kundenstammes oder Zurechnungs- kontinuität	221
cc. Billigkeitsabwägung nach § 89 b Abs. 1 S. 1 Nr. 3 HGB	222
c. Kritik einer analogen Anwendung auf den Vertragshändler	223
d. Der Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers	226
e. Kritik einer analogen Anwendung auf den Franchise- nehmer	228
f. Fazit	234
2. Niederlande	235
a. Der Ausgleichsanspruch aus Art. 7:442 BW analog	235
b. Der Ausgleichsanspruch aus Art. 7A:1635 a BW	239
c. Fazit	240
3. Fazit	240
III. Der Investitionersatzanspruch	241
1. Niederlande	241
a. Der Fall Mattel/Borka	242
b. Kritik	243
c. Das Verhältnis der Abgeltung der Kündigungsfrist zum Investitionersatzanspruch	246
d. Fazit	247
2. Deutschland	247
a. Der Investitionersatzanspruch aus § 242 BGB	247
b. Kritik	253
c. Die Auslaufrfrist nach § 20 Abs. 1, 2 GWB	256
d. Investitionersatzansprüche aus anderen Anspruchsgrund- lagen	258
e. Das Verhältnis des Investitionersatzanspruchs zum Ausgleichsanspruch aus § 89 b HGB	259
3. Fazit	260
IV. Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot	262
1. Deutschland	262
2. Niederlande	265
3. Fazit	267
V. Zusammenfassung	267

F. Zusammenfassung	271
I. Einleitung	271
II. Die Rechtsnatur des Franchisevertrages	272
III. Das Netzwerk	274
IV. Der Vertragsinhalt	276
V. Die Vertragsbeendigung	277
G. Thesen	280
Anhang	282
Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 der Kommission	282
Europäischer Verhaltenskodex für Franchising	292
Merkblatt Ethikkodex	297
Richtlinien des Deutschen Franchise-Verbandes e.V. „Vorvertrag- liche Aufklärungspflichten“	299
Merkblatt „Vorvertragliche Aufklärungspflichten“	301
Aanvulling Europese Erecode inzake Franchising	303
Literaturverzeichnis	304
Sachregister	322

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
AA	Ars Aequi
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AbzG	Abzahlungsgesetz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Advbl.	Advocatenblad
AG	(Die) Aktiengesellschaft
A-G	Advocaat-Generaal
AGB(G)	(Gesetz zur Regelung des Recht der) Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AktG	Aktiengesetz
Anm. z.	Anmerkung zu
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebs-Berater
Bb	Bedrijfsjuridische berichten
BBA	Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGB-Komm.	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BIE	Bijblad Industriële Eigendom
BT	Bundestag
BV	Besloten Vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek
c.i.c.	culpa in contrahendo
CDA	Christen Democratisch Appel
CR	Computer und Recht
CW	Consumentenkrediet Wet
d.h.	das heißt
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe

DfHDN	Diskussionsforum für Handel, Distribution, Netzwerkmanagement
DFV e.V. dies.	Deutsche Franchise Verband eingetragener Verein dieselbe
DStR	Deutsches Steuerrecht
EFF	European Franchise Federation
EGV	Römischer Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (in der Fassung des Amsterdamer Vertrages vom 2.10.1997)
EIM	Economisch Instituut voor het Midden- en Kleinbedrijf
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGVÜ	Brüsseler EWG-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f.	folgende
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HGB	Handelsgesetzbuch
HNW	Handelsnaamwet
HR	Hoge Raad
HRRefG	Handelsrechtsreformgesetz
HRW	Handelsregisterwet
i.E.	im Ergebnis
i.R.d.	im Rahmen des/der
i.S.d.	im Sinne des/der
i.V.m.	in Verbindung mit
IER	Intellectuele Eigendom & Reclamerecht
JA	Juristische Arbeitsblätter
JAR	Jurisprudentie arbeidsrecht
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KG	Kort Geding / Kammergericht
KGK	Kort Geding Kort
Ktg.	Kantongerecht
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
LM	Lindenmaier Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
m. Anm.	mit Anmerkung
m.a.W.	mit anderen Worten

m.E.	meines Erachtens
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MarkenG	Markengesetz
MDR	Monatsschrift für deutsches Rechts
Mio.	Millionen
MvA	Memorie van Antwoord
MvT	Memorie van Toelichting
MW	Mededingingswet
n.F.	neue Fassung
NbBW	Nieuwsbrief Burgerlijk Wetboek
NBW	Nieuwe Burgerlijk Wetboek
NFV	Nederlandse Franchise Vereniging
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJKort	Nederlandse Jurisprudentie Kort
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJWE-WettbR	Neue Juristische Wochenschrift – Entscheidungsdienst Wettbewerbsrecht
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report
.	Zivilrecht
Nr.	Nummer
NTBR	Tijdschrift voor Nederlands Burgerlijk Recht
NV	Naamloze Vennootschap
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OK	Ondernemingskamer
OLG	Oberlandesgericht
OR	schweizerische Obligationenrecht
OZ	Ondernemerzaken
p.V.V.	positive Vertragsverletzung
Pres. Rb.	President Rechtbank
Prg.	De Praktijkgids
RabelsZ	Rabels Zeitschrift
Rb.	Rechtbank
RG	Reichsgericht
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
RM Themis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
Rn.	Randnummer
rolnr.	rolnummer
RvdW	Rechtspraak van de Week
S.	Seite
sog.	sogenannte/r
SpuRt	Sport und Recht
Stb.	Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden
TvPr	Tijdschrift van het Privaatrecht

TVVS	Tijdschrift voor Vennootschappen, Verenigingen en Stichtingen
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VerbrKrG	Verbraucherkreditgesetz
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
vof	vennootschap onder firma
WEM	Wet Economisch Mededinging
WGG	Wegfall der Geschäftsgrundlage
WiB	Wirtschaftsrechtliche Beratung
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WOR	Wet op de Ondernemingsraden
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WUW/E OLG	Wirtschaft und Wettbewerb/ Entscheidungssammlung zum Kartellrecht
WvK	Wetboek van Koophandel
WZG	Warenzeichengesetz
z.B.	zum Beispiel
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

A. Einleitung

I. Das Franchising im europäischen Markt und Privatrecht

Seit den 60er Jahren erobert Franchising auf dem Waren- und Dienstleistungssektor den europäischen Markt. Die wirtschaftliche Antriebskraft des Franchising ist beachtlich und wird sowohl von europäischen und nationalen Kartellbehörden als auch von den nationalen Regierungen anerkannt und begrüßt. Franchising gilt als „Jobmaschine“. Für den bedrängten Mittelstand bedeutet Franchising einen neuen Weg in die unternehmerische Selbstständigkeit, die ohne einen starken Partner mit entsprechendem Marktanteil in vielen Branchen heute kaum noch im Alleingang zu bewältigen ist; bei Einzelgründungen liegt die Insolvenzquote in Deutschland zurzeit bei 20%, während demgegenüber nur etwa 8% der Franchisenehmer innerhalb der ersten fünf Jahre ihren Betrieb aus wirtschaftlichen Gründen wieder einstellen müssen¹.

Nach Erhebungen des DFV e.V.² operierten in Deutschland im Jahre 1998 1.115 Franchise- und franchiseähnliche Systeme mit 35.802 Franchisenehmern, 330.000 Mitarbeitern und einem Umsatz von 44 Mrd. DM. 410 Franchisegeber waren Mitglieder des DFV e.V., etwas über einem Drittel aller Franchisegeber in Deutschland. In späteren Erhebungen sind die franchiseähnlichen Systeme nicht mehr erfasst, weshalb die Zahlen etwas niedriger ausfallen. So waren im Jahre 1999 im Ganzen 720 (1998: 630) Franchisegeber mit 34.000 (1998: 31.000) Franchisenehmern tätig und erwirtschafteten mit 330.000 (1998: 320.000) Mitarbeitern einen Umsatz von 38 Mrd. (1998: 34 Mrd.) DM³. Die Zahl der Franchisegeber, die Mitglieder des DFV e.V. waren, blieb dabei gleich. Zu den größten Franchisesys-

¹ Franchise-Telex des DFV e.V., April 1999.

² Franchise-Telex vom April 1999, die Zahlenangaben beruhen auf Erhebungen der DFV Geschäftsstelle und ergänzen sich 1998 erstmalig durch die Erhebungen der „Franchise-Datenbank“ des VNR -Verlages für die Deutsche Wirtschaft AG, unter Auswertung durch die Gruppe „peckert marketing & kommunikation“ im Auftrag des DFV e.V.

³ Franchise-Telex 2000.

temen zählen Porst (2332 Franchisenehmer), Eismann (1344 Franchisenehmer) und Foto-Quelle (1268 Franchisenehmer)⁴.

In kaum einem anderen europäischen Land aber hat das Franchising ein solches Wachstum erfahren wie in den Niederlanden. 20% der Mittel- und Kleinbetriebe sind Franchiseketten beigetreten⁵. In der Zeit zwischen 1981 bis 1986 stieg die Zahl der Franchiseketten auf 300, die Zahl der Franchisenehmer von zuvor 4.000 auf 10.000 an, wobei der Umsatz mit 30 Milliarden Gulden 8% des Bruttosozialproduktes darstellte⁶. Bereits in den 70er Jahren hatten die Niederlande in Relation zu ihrer Bevölkerung die größte Konzentration an Franchisesystemen in Europa vorzuweisen⁷. Allein im Jahre 1998 operierten in den Niederlanden 358 Franchisegeber mit 14.150 Franchisenehmern, 129.000 Mitarbeitern und einem Umsatz von 21,9 Mrd. Gulden. Der NFV zählte im Jahr 1998 216 Mitglieder⁸. Die Anzahl der Franchisegeber ist in den letzten Jahren allerdings leicht rückläufig⁹. Zu den größten Franchisesystemen zählen HEMA, HUBO und Albert Heijn.

Angesichts der massiven Ausbreitung von Franchisesystemen und ihres durchschlagenden Erfolges vollzieht sich die Rezeption des wirtschaftlichen Phänomens durch das Recht nur langsam und begrenzt auf punktuellen Handlungsbedarf. Insbesondere die rechtliche Behandlung des Franchisevertrages im Vertragsrecht wird – im Gegensatz zum europäischen Kartellrecht – vernachlässigt und der Rechtswissenschaft überlassen, die sie in den letzten Jahrzehnten zum Schauplatz zahlloser Theorien und Meinungsstreitigkeiten machte. Weder der Gesetzgeber noch die Gerichte fühlen sich zu umfassenden Grundsatzentscheidungen berufen oder genötigt; in Deutschland wurde vereinzelt bereits von einem „höchstrichterlichen Entscheidungskapismus“ gesprochen¹⁰. Die entstandenen vertragsrechtlichen Ausparungen und die daraus resultierenden Unklarheiten wiegen umso schwerer als gerade das Franchising als idealer Transmitter von Know-how und Instrument zur grenzüberschreitenden Erschließung neuer Märkte gilt und mit Blick auf die offenen Grenzen in der EU eine hohe Affinität zu Vertragsschlüssen mit Partnern im europäischen Ausland besteht. Diese Affinität begründet die Notwendigkeit zur Herausbildung eines europäisch einheitlichen Franchisevertragsrechts, um die wirtschaft-

⁴ Franchise-Telex, Dezember 1996.

⁵ Economisch Instituut voor het Midden- en Kleinbedrijf mededelingen, EIM 5 (1990), 32; *Van der Heiden*, Franchising, 1992, 1.

⁶ *Grosheide*, IER 1988, 1; *Deriks*, TVVS 1987, 63.

⁷ *Tietz*, Handbuch Franchising, 1987, 91; *Skaupy*, NJW 1992, 1785, 1787; *ders.*, Franchising, 2. Aufl., 1995, 245.

⁸ Jahresbericht des NFV 1998, 2, 10.

⁹ Siehe noch die Zahlen von 1992 bei *Skaupy*, Franchising, 2. Aufl., 1995, 245.

¹⁰ *Martinek*, LM § 276 (Hb) BGB Nr. 77.

liche Entwicklung in der EU nicht durch rechtliche Heterogenität zu behindern. Diesem Ziel können im Vorfeld rechtsvergleichende Arbeiten zum Franchisevertragsrecht den Weg bereiten.

1. Der Untersuchungsgegenstand und -verlauf

Weder in den Niederlanden noch in Deutschland finden sich franchisespezifische Gesetze¹¹. Franchising ist den allgemeinen Regeln des Vertragsrechts und dem Kartellrecht unterworfen. Ein Rechtsvergleich wird dadurch jedoch keineswegs infrage gestellt; vielmehr besteht infolge der Unsicherheit hinsichtlich der auf den Franchisevertrag direkt oder analog anzuwendenden Regelungen ein gesteigertes Bedürfnis nach rechtswissenschaftlicher Forschung. In der deutschen Rechtswissenschaft und Rechtsprechung ist der Franchisevertrag längst keine Tabula rasa mehr; über ihn und seine Rechtsnatur ist reichlich Tinte geflossen. In den Niederlanden widmen sich nur einige wenige Autoren ganz und gar dem Franchisevertrag und seiner juristischen Einordnung; die Rechtsprechung zu Franchiseverträgen ist demgegenüber reichhaltiger. Der Rechtsvergleich mit unseren handelstüchtigen niederländischen Nachbarn trägt zu einer erweiterten, teilweise infolge veränderter Sichtweise um neue Aspekte ergänzten Untersuchung des Franchisevertrages bei. In den folgenden Kapiteln wird sich zeigen, dass die Herangehensweise an das wirtschaftliche Phänomen Franchising, das sich mit seiner Vielgestalt und Wandelbarkeit auf dem post-industriellen europäischen Markt des Interbrand-Wettbewerbs und der Systemwirtschaft durchsetzt und behauptet, in den zwei benachbarten Ländern nicht unterschiedlicher sein könnte. Unabhängig von der nationalistisch angehauchten Frage, ob die Unterschiede in der Herangehensweise für die beiden Länder typisierend sind und auf andere Rechtsprobleme übertragen werden können, und ungeachtet der Frage, welche der beiden Herangehensweisen sich grundsätzlich für die Rezeption wirtschaftlicher Neuheiten durch das Recht oder die Gesetzgebung besser eignet, will die vorliegende Untersuchung sich – entsprechend ihrem Thema – ganz dem Franchisevertrag und seiner rechtlichen Behandlung durch das deutsche und niederländische Vertragsrecht widmen.

Der Franchisevertrag ist in der Vergangenheit vorwiegend mit Blick auf seine kartellrechtliche Bedeutung ausgelotet worden; so hat die Europäische Kommission in ihrer Eigenschaft als europäische Kartellbehörde

¹¹ Einen relativ aktuellen Überblick bietet das Franchising Committee der American Bar Association in: *Zeidman*, Survey of Foreign Laws and Regulations affecting International Franchising, 2. Aufl., 1989, Germany, the Netherlands.

bereits die zweite EG-Freistellungsverordnung lanciert, die Franchiseverhältnisse zum Gegenstand hat¹². Die Untätigkeit der nationalen Gesetzgeber wird durch die Franchisepraxis scheinbar aber nicht als Mangel, denn eher als Segen empfunden. Die Interessenverbände, in Deutschland der DFV e.V. und in den Niederlanden der NFV, haben einen hohen Organisationsgrad auch auf europäischer Ebene durch den EFF erreicht und können mit der Erstellung des einheitlichen Europäischen Ethikkodex und ergänzender Richtlinien (z.B. die Richtlinien „Vorvertragliche Aufklärungspflichten“ und „Beiräte in Franchise-Systemen“ des DFV e.V. oder die schiedsgerichtliche Regelung und Hilfestellung des NFV) im Landesrecht der Franchisewirtschaft beachtliche Erfolge für sich verbuchen. Wenn gleich die Selbstregulierung der Wirtschaft nicht bedenkenlos zur obersten Maxime erhoben werden kann¹³, können die Vorgaben der Interessenverbände als Indikatoren für ein realistisches Regelwerk gelten, das nicht nur in der Franchisewirtschaft kompromissfähig ist, sondern auch eine befördernde Struktur vorgibt und keine einengende Regulierung bedeutet. Der Ethikkodex und die neue EG-Freistellungsverordnung sollen ihrem Inhalt nach vorweg kurz beschrieben werden.

Der Schwerpunkt der vorliegenden Untersuchung liegt im Bereich des Vertragsrechts, während das überwiegend europäisch geregelte und zudem im Umbruch befindliche Kartellrecht in seinen Einzelheiten außer Betracht und anderen Untersuchungen vorbehalten bleiben soll. Soweit das Kartellrecht für die vertragsrechtliche Untersuchung bedeutsam ist, wird darauf verkürzt eingegangen. Das nationale Vertragsrecht bietet dem Franchisevertrag die Kombination verschiedener Vertragstypen sowie die allgemeinen Regeln. Eine kurze Betrachtung verdienen daher vorweg die in der jüngsten Vergangenheit eingetretenen Neuerungen auf dem Gebiet des niederländischen und deutschen Vertragsrechts. Die Untersuchung widmet sich in ihren Hauptteilen zunächst vorrangig der Rechtsnatur des Franchisevertrages. Die aktuellen Ansätze von Rohe, Teubner und Vranken zum netzartigen Charakter des Franchisesystems finden in der Untersuchung besondere Berücksichtigung. Dabei wird die Ansicht vertreten, dass durch den Abschluss von Franchiseverträgen ein multilateraler Netzzweck verfolgt wird. Dieser soll jedoch gerade nicht zur Begründung zahlreicher Schadensersatz bewehrter Pflichten führen, sondern vielmehr eine klare Zuweisung von Risiken und Funktionen ermöglichen, die letztlich zu einer

¹² Die GruppenfreistellungsVO für Franchise-Vereinbarungen Nr. 4087/88 vom 30.11.1988, ABl. EG Nr. L 359/46 vom 28.12.1988, wurde am 1.6.2000 durch die neue EG-FreistellungsVO für vertikale Vereinbarungen Nr. 2790/99 vom 22.12.1999, ABl. EG Nr. L 336/21 vom 29.12.1999 und die dazu gehörigen Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. EG Nr. C 291/1 vom 13.10.2000 abgelöst.

¹³ *Ehricke*, ZGR 1996, 305, 312.

Beschränkung der Haftung der Franchiseparteien führt bzw. eine Haftung an den wirtschaftlichen Interessen der Franchiseparteien, aber auch des Franchisesystems als Ganzes ausrichtet. Zusätzlich wird der enge Zusammenhang beleuchtet, der zwischen den netzvertraglichen Ansätzen und den Untersuchungen zum konzernrechtlichen Charakter des Franchisesystems besteht, und eine Einschätzung der rechtlichen Entwicklungsmöglichkeiten unternommen.

Nach einer kurzen Übersicht über die vertragsrechtlichen Grenzen der privatautonomen Vertragsgestaltung durch die Franchiseparteien wird zum Ende der Untersuchung vertieft auf die Rechtsfragen der Vertragsbeendigung und der nachvertraglichen Ansprüche eingegangen. Konflikte, die in der Zeit der Vertragsdurchführung auftreten, bleiben hier unberücksichtigt; sie werden in der Praxis ohnehin selten gerichtlich gelöst; hier sind die Interessenverbände und ihr regelnder Einfluss besonders gefordert. Inwieweit sie auch der letztlich besser geeignete Ansprechpartner der Franchiseparteien im laufenden Vertragsverhältnis sind, kann hier nur vermutet werden. Konflikte während des Vertragsverlaufs führen zudem nicht selten zur Vertragsbeendigung. Die Untersuchung schließt mit einer Zusammenfassung der gefundenen Ergebnisse und einer Übersicht der im Rahmen der Untersuchung aufgestellten und begründeten Thesen der Verfasserin.

2. Das Nieuwe Burgerlijk Wetboek

Am 25.4.1947 erhielt der Leidener Rechtsprofessor E. M. Meijers¹⁴ (1880-1954) durch königlichen Beschluss den Auftrag, den Entwurf für ein neues Bürgerliches Gesetzbuch der Niederlande zu erstellen, der das damals geltende Bürgerliche Gesetzbuch von 1838 reformieren sollte. Die Novellierung des Nieuwe Burgerlijk Wetboek, in das auch das Wetboek van Koophandel in Teilen eingegliedert werden sollte, war das größte niederländische Gesetzgebungsprojekt des 20. Jahrhunderts und überdauerte Generationen von Verfassern, Juristen und Ministern. Nach Meijers Tod im Jahre 1954 verzögerten sich die Arbeiten erheblich. In vorgezogener Gesetzgebung traten zunächst Buch 1 zum Personen- und Familienrecht am 1.1.1970 und Buch 2 zu den Rechtspersonen am 26.7.1976 in Kraft. Erst wesentlich später – am 1.1.1992 – traten auch die Bücher 3, 5 und 6 in Kraft und wichtige Teile des Buches 7, die das Vermögens- und Sachenrecht, sowie das allgemeine und besondere Schuldrecht regeln¹⁵. Buch 8

¹⁴ Näher zu der Person *Meijers*: Interview in Het Parool vom 14.5.1947, abgedruckt in NJB 1995, 4 f.

¹⁵ *Polak*, NJB 1992, 28, 30.

zum Transportrecht wurde stückchenweise bis zum 1.4.1991 eingeführt, Buch 4 (Erbrecht) ist bis dato noch nicht in Kraft getreten, die Eingliederung des *Wetboek van Koophandel* ist noch nicht vollständig vollzogen, und Buch 9 zu den Rechten an „Erzeugnissen des Geistes“ steckt noch stets in den Anfängen des Gesetzgebungsprozesses¹⁶.

3. Die Schuldrechtsreform

Auch der deutsche Gesetzgeber hat die bereits seit einigen Jahrzehnten geplante Reform des Vertragsrechts, namentlich des Schuldrechts, nunmehr in die Tat umgesetzt. Nachdem bereits in den 70er Jahren der Ruf nach einer Neuordnung des Schuldrechts laut geworden war, und das Bundesjustizministerium in einem ersten Vorstoß 24 Gutachten zu ausgewählten Fragen des Vertragsrechts und nicht geregelten Vertragstypen in Auftrag gegeben hatte, wurde 1984 die Schuldrechtskommission aus 15 Mitgliedern aus Wissenschaft, Rechtsprechung und dem Justizministerium gebildet. Das Mandat der Schuldrechtskommission bezog sich in Einschränkung zu den Gegenständen der vorausgegangenen Gutachten auf das allgemeine Leistungsstörungsrecht, das Gewährleistungsrecht des Kauf- und Werkvertrages und das Recht der Verjährung¹⁷. Nachdem die Schuldrechtskommission 1992 ihren vorläufigen Abschlussbericht vorlegte, veröffentlichte das Bundesjustizministerium Anfang September 2000 einen Diskussionsentwurf zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz¹⁸. Neben den Vorschlägen der Schuldrechtskommission setzt der Diskussionsentwurf auch verschiedene EG-Richtlinien¹⁹ um und integriert Verbraucherschutzrechtliche Sondergesetze ins BGB²⁰. Nach einigen Änderungen wurde im Mai 2001 mit der Vorlage des Regierungsentwurfes das Gesetzgebungsverfahren eröffnet²¹. Schließlich wurde die Schuldrechtsreform in der ge-

¹⁶ Umfassend zum Zustandekommen des *Nieuw Burgerlijk Wetboek* bis 1994: *Florijn*, *Ontstaan en ontwikkeling van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek*, 1994; kurze Übersicht bei *Kroh*, *De maatschap – Die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft in den Niederlanden*, 1997, 5 ff.

¹⁷ *Rolland*, *Vorschläge für ein neues Schuldrecht in Deutschland*, <http://www.cnr.it/CDRCS/frames8.htm>.

¹⁸ Stand: 4.8.2000, http://www.bmj.bund/ggv/ggv_i.htm.

¹⁹ Namentlich die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG vom 25.5.1999, ABl. EG Nr. 171/12 vom 7.7.1999, die Richtlinie 2000/35/EG zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr vom 29.6.2000, ABl. EG Nr. L 200/35 vom 8.8.2000 und die Richtlinie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr vom 8.6.2000, L 178/1 vom 17.7.2000

²⁰ So etwa das AGBG und das VerbrKrG.

²¹ BT-Drucksache 14/6040.

änderten Fassung des Rechtsausschusses am 11.10.2001 durch den Bundestag beschlossen²². Unter Einhaltung der Umsetzungsfrist der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG vom 25.5.1999²³ trat die Schuldrechtsreform zum 1.1.2002 in Kraft²⁴.

Einige Änderungen, die mit Rücksicht auf den Franchisevertrag von Bedeutung sind, betreffen das allgemeine Schuldrecht, so wurden die Institute der c.i.c. und p.V.V. in das reformierte Recht der allgemeinen Leistungsstörung integriert. Auch das seit langem anerkannte Kündigungsrecht bei Dauerschuldverhältnissen wurde gesetzlich festgeschrieben. Das VerbrKrG verschmolz mit dem reformierten Darlehensrecht zu einem modernen Titel über den Kreditvertrag und die §§ 1-11, 23 AGBG wurden als neue §§ 305 ff. BGB in das BGB übernommen. Inwieweit diese Neustrukturierungen auch zu inhaltlichen Änderungen führen, die für den Franchisevertrag Auswirkungen haben, bleibt abzuwarten. Zu berücksichtigen ist aber, dass das neue Schuldrecht für Dauerschuldverhältnisse gemäß Art. 229 § 5 S. 2 EGBGB erst ab dem 1.1.2003 in Kraft treten soll. Dies bedeutet für Franchiseverträge noch eine einjährige „Schonfrist“.

4. Der Ethikkodex

Der Ethikkodex²⁵ wurde – unter Änderung des 1972 erstmalig erstellten Kodex – in Abstimmung mit der Europäischen Kommission durch das Legal Committee der EFF, der Dachorganisation von 15 nationalen Franchise-Verbänden aus West- und Osteuropa, erstellt und trat am 1.1.1992 in Kraft²⁶. Er ist für die Mitglieder der EFF, die nationalen Franchiseverbände, bindend. Neben der Definition des Begriffes Franchising, erlegt der Ethikkodex dem Franchisegeber und dem Franchisenehmer Pflichten in Hinblick auf die Erprobung, Pflege, Vermittlung und Erhaltung des Geschäftskonzeptes auf. Er bestimmt die Pflichten des Franchisegebers bei der Werbung, Auswahl und Aufklärung der Franchisenehmer-Aspiranten und legt Mindestbedingungen für den Inhalt des Franchisevertrages fest. Zur Sicherstellung der Kontinuität seiner Franchise-Definition und der Beachtung der deutschen höchstrichterlichen Rechtsprechung hat der DFV

²² BT-Drucksache 14/7052.

²³ ABl. EG Nr. 171/12 vom 7.7.1999.

²⁴ *Schmidt-Kessel*, Der Diskussionsentwurf für ein Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, sowie weitere Informationen zur Schuldrechtsreform: <http://www.jura.uni-freiburg.de/Junge.Zivilrechtswissenschaftler/Freiburg 2001/Schuldrechtsmodernisierung/>; *Schmidt-Räntsch*, ZIP 2000, 1639-1645.

²⁵ So die Übersetzung durch den DFV e.V.

²⁶ Siehe Anhang „Ethikkodex“ und „Merkblatt Ethikkodex“.

e.V. dem Ethikkodex in seiner deutschen Fassung einige ergänzende Bestimmungen beigefügt, wie etwa Hinweise auf das Widerrufsrecht nach dem VerbrKrG und die Karenzentschädigung nach § 90 a HGB bei nachvertraglichem Wettbewerbsverbot²⁷. Der NFV hat den Ethikkodex unverändert und ohne entsprechende Ergänzungen übernommen.

a. Soft law

Der Ethikkodex hat den Status eines soft law. Als vereinsrechtliches Statut bindet er nur seine Mitglieder, seinen Bestimmungen kommt kein Gesetzesrang zu; sie verlangen daher keine unbedingte Beachtung. Ihre große Bedeutung und verbreitete Geltung in der Franchisepraxis verleiht ihnen jedoch durchaus den Status eines verbindlichen Standards, der dem Konsens europäischer Franchiseverbände entspricht und dem Aussagekraft für die Maßstäbe zukommt, denen ein Franchisegeber in der Wirtschaftspraxis unterliegt. So wäre es denkbar, dass die Rechtsprechung – etwa bei der Inhaltskontrolle nach Art. 6:233 Abs. a BW/§§ 307 ff. BGB n.F. oder im Rahmen einer ergänzenden Auslegung nach Art. 6:248 Abs. 1 BW/§ 242 BGB – die Branchenüblichkeit und Sorgfaltnormen nach den Bestimmungen des Ethikkodex bemisst und in seine Würdigung einstellt. Auch sind dem Ethikkodex und seiner ergänzenden Richtlinie Anhaltspunkte darüber zu entnehmen, welche Informationen der Franchisenehmer im vorvertraglichen Bereich vernünftigerweise erwarten darf²⁸.

b. Vertragliche Bindungswirkung

In der niederländischen Rechtswissenschaft wird dem Ethikkodex zum Teil eine vertragliche Bindungswirkung beigemessen. Die Mitgliedschaft des Franchisegebers und seine Bindung an den Kodex sollen gegenüber seinen Franchisenehmern eine begünstigende Drittwirkung entfalten, worauf Art. 6:253 BW (zumindest analog) anzuwenden sei²⁹. Die Vorschrift regelt den Vertrag zugunsten Dritter; danach begründet ein Vertrag für einen Dritten das Recht, eine Leistung von einer der Parteien zu verlangen oder sich auf andere Weise gegenüber einer von ihnen auf den Vertrag zu berufen, wenn der Vertrag eine Vereinbarung zu diesem Zweck enthält und der Dritte diese Vereinbarung annimmt³⁰. Ein Anspruch des Franchisenehmers gegen den Franchisegeber auf Erfüllung seiner Pflichten aus dem Ethikko-

²⁷ Siehe Anhang „Ethikkodex“.

²⁸ Siehe Anhang Richtlinie „Vorvertragliche Aufklärungspflichten“.

²⁹ *Barendrecht/Peursem*, Distributieovereenkomsten, 1997, 15; *Van der Heiden*, Franchising, 1999, 43.

³⁰ *Nieper/Westerdijk*, Niederländisches Bürgerliches Gesetzbuch, Bücher 6, 7, 7A, 1995, Art. 6:253.

dex ist nach dieser Sichtweise mithin nur dann denkbar, wenn der Franchisegeber mit der im Beitrittsvertrag mit dem NFV enthaltenen Übernahme seiner Mitgliedschaftspflichten auch dem Franchisenehmer einen Anspruch auf deren Erfüllung zuerkennen will. Die erforderliche Annahme durch den Franchisenehmer kann dabei konkludent im Abschluss des Franchisevertrages erfolgen. Dies hätte zur Folge, dass der Franchisenehmer aus einer Verletzung der mitgliedschaftlichen Pflichten aus dem Kodex einen Anspruch auf Schadensersatz aus Art. 6:74 BW herleiten könnte.

Erkennt man einen Drittspruch des Franchisenehmers auf Erfüllung der Pflichten aus dem Ethikkodex an, avancieren die Normen des Kodex von dem vereinsrechtlich durchsetzbaren soft law zur vertraglichen Verbindlichkeit gegenüber Nichtmitgliedern. Es ist dem Franchisegeber nun zwar möglich, sich haftungsbewährten Pflichten dieses Ausmaßes gegenüber seinen Franchisenehmern zu unterwerfen, dies entspricht aber regelmäßig nicht seinem mutmaßlichen Willen, weshalb einer entsprechenden Auslegung des Beitritts zum NFV mit Skepsis zu begegnen ist. Der Franchisegeber akzeptiert mit seinem Beitritt einen hohen Qualitätsstandard mit weitreichenden Pflichten; das beinhaltet jedoch nicht zugleich seine Bereitschaft, auch für alle aus einer Pflichtverletzung entstehenden Schäden seiner Franchisenehmer zu haften. Vielmehr erstrebt der Franchisegeber mit seinem Beitritt zum NFV oder DFV e.V. die werbewirksame Verbesserung seines Systemimages durch das Gütesiegel der Mitgliedschaft und will nicht mehr riskieren als den Verlust der Mitgliedschaft bei Zuwiderhandeln. Ein Drittspruch des Franchisenehmers auf Einhaltung der Pflichten aus dem Ethikkodex steht im Widerspruch zum wohl verstandenen Willen des Franchisegebers und kann nicht zwanglos in seinen Beitritt zum Franchiseverband hinein interpretiert werden.

Im Falle einer Schadensersatzforderung aufgrund einer Pflichtverletzung erscheint es daher vorzugswürdiger, den Anspruch auf unstreitig übernommene Verbindlichkeiten aus dem konkreten Franchisevertrag oder die allgemeinen Regeln zu stützen. In diesem Rahmen können die Verhaltensregeln aus dem Ethikkodex wie gezeigt Berücksichtigung finden.

Auch kommt eine Berücksichtigung des Ethikkodex im Rahmen des niederländischen Tatbestandes der unerlaubten Handlung, Art. 6:162 BW³¹ in Betracht. In Abs. 2 wird die unerlaubte Handlung u.a. beschrieben als Handeln oder Unterlassen, das Verhaltensregeln des gesellschaftlichen Verkehrs aufgrund ungeschriebenen Rechts widerspricht. Natürlich kann nicht schon jeder Verstoß gegen den Ethikkodex zu einer Haftung aus unerlaubter Handlung gegenüber dem Franchisenehmer führen, da ansonsten der Eintritt des Franchisegebers in den Franchiseverband unweigerlich mit

³¹ *Van der Heiden*, Franchising 1999, 328.

einem unkalkulierbaren Haftungsrisiko verbunden wäre. Das würde zu dem widersprüchlichen Ergebnis führen, dass Franchisegeber, die sich freiwillig den Statuten des Franchiseverbandes unterwerfen und Kontrolle zulassen, höheren Haftungsrisiken ausgesetzt sind als Franchisegeber, die es vorziehen, dies nicht tun. Die Verhaltensregeln können auch nicht bedenkenlos auf Franchisegeber übertragen werden, die dem Franchiseverband nicht beigetreten sind und sich gerade nicht den Pflichten aus dem Kodex unterworfen haben³². Die Mitgliedschaft im Franchiseverband kann zwar mit Fug und Recht als Gütesiegel eines Franchisesystems verstanden werden, das bedeutet aber im Umkehrschluss nicht, dass der Maßstab derart verallgemeinerungsfähig ist, dass die Pflichten aus dem Ethikkodex allen Franchisegebern auferlegt werden dürfen. Ein Beispiel sind etwa die mit großen Kosten verbundenen Test- und Untersuchungspflichten in Hinblick auf das Geschäftskonzept. Insbesondere Newcomern wird es schwer fallen, die Voraussetzungen des Franchiseverbandes zu erfüllen. Das muss jedoch nicht bedeuten, dass sich in diesen Fällen der Abschluss eines Franchisevertrages als unerlaubte Handlung darstellt. Der Franchisegeber ist allein verpflichtet, den Franchisenehmer über das hohe Risiko des unerprobten Konzeptes aufzuklären, was sich zwangsläufig in den Franchisegebühren niederschlagen wird.

Schließlich würde es auch die Zielsetzungen des Ethikkodex untergraben, seine Befolgung mit so weitreichenden und unkalkulierbaren Haftungsrisiken zu verbinden. Eine derartige Belastung muss einen Franchisegeber von einem Beitritt zum Franchiseverband zwangsläufig abschrecken. Im Rahmen des Art. 6:162 Abs. 2 BW sowie bei der Auslegung der (vor)vertraglichen Pflichten des Franchisegebers kann dem Ethikkodex daher nur indizielle Wirkung zukommen.

5. Die EG-FreistellungsVO für vertikale Vereinbarungen Nr. 2790/99 vom 22.12.1999

Seit dem 1.1.2000 ist die neue EG-FreistellungsVO für vertikale Vereinbarungen Nr. 2790/99 vom 22.12.1999³³ in Kraft, Art. 13 der Verordnung. Sie löste zum 1.6.2000 die alte Gruppenfreistellungsverordnung für Fran-

³² A. A. *Van der Heiden*, *Franchising*, 1999, 210 mit Verweis auf Hof Amsterdam vom 14.12.1960, NJ 1961, 179. Dieser Fall betraf jedoch einen Ehrenkodex bei einer Ausschreibung. Damit sind naturgemäß nur diejenigen betroffen, die an der Ausschreibung teilgenommen haben und nicht auch andere der gleichen Branche.

³³ ABl. EG Nr. L 336/21 vom 29.12.1999; siehe Anhang.

Sachregister

- Abbruch von Vertragsverhandlungen, 245
- Abgrenzung
 des Vertragshändlers vom Vertriebshändler, 80
 freiwillige Handelsketten, 45
 Genossenschaft, 46, 49
 Handelsvertreter, 35, 116
 Handelsvertreter und Dienstleistungsfranchisenehmer, 37
 integrierte Genossenschaft, 47
 Kommissionär, Kommissionsagent, 35
 Vertragshändler, 38, 218, 269
 Vertriebshändler, 42
- Absatzmittlung
 Begriff, 73
- Absatzmittlungsrecht, 241, 261, 268, 269
 aus Treu und Glauben, 82, 84
 Ausgleichsanspruch, 234
 Deutschland, 76
 Handelsvertreterrecht, 116
 Netzvertrag, 115
 Niederlande, 80
 Schwächen, 77
- Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung, 259
- Ausgleichsanspruch, 240
 als Ausnahme, 219
 Berechnung, 232, 233, 260
 Contilack/Siero, 237
 des Mieters, 239
 doppelte Entschädigung, 236
 Eingliederung, 220, 227
 Franchisenehmer, 218, 227, 229, 232, 234
 Goodwill, 225, 228, 230
 Investitionersatzanspruch, 236
 Investitionsschutz, 226, 232
 Kundenstamm, 221, 238
 Markterschließungsleistung, 230
 Marktverengung, 238
- Schutzfunktion, 219, 225, 229
 Sogwirkung der Marke, 222, 224, 231
 Vergütungsfunktion, 219
 Vertragshändler, 223
 Vertriebshändler, 235
 Zurechnung, 222, 227
- Burgerlijk Wetboek
 Geschichte und Reform, 5
- Dauerschuldverhältnis, 7, 113, 187, 196, 202, 242, 247
- EG-GruppenfreistellungsVO Nr. 2790/99
 Geschichte, 11
 Marktanteil, 11
 Rechtsfolgen von Verstößen, 176
 schwarze Liste, 15
 Sittenwidrigkeit, 178
 Übertragung von Know-how, 12
 Wettbewerbsverbote, 17, 265
- Ethikkodex
 als Maßstab, 159
 Geschichte, 7
 Soft law, 8
- Franchise
 Abgrenzungsmerkmal, 41, 43, 269
 Allokation von Know-how, 78, 127, 179
 als Produkt, 76
 Begriff, 24
 Bewirtschaftung einer Betriebsmethode, 43
 Definition, 19
 Goodwill-Ausgleich, 78, 241
 Marketingkonzept, 63, 64
- Franchisegeber
 Diskriminierungsverbot, 176
 Dispositionsfreiheit, 127
 Eingliederung, 66
 Funktionsübernahme, 128
 Haftung. Siehe Haftung
 ordentliche Geschäftsführung, 127
 Rücksichtnahmepflicht, 128

- Steuerungskompetenz, 119, 126, 136, 172
- Franchisenehmer
 - Existenzgründer, 182, 184
 - Firma, 59
 - horizontale Haftung, 118, 135
 - Innenhaftung, 126
 - Konkurs, 147
 - Mitspracherecht, 128
 - Risiken bei Vertragsbeendigung, 268
 - Scheinselbstständigkeit, 228
 - Selbstständigkeit, 102, 105, 115, 121, 165, 166
 - Subordinationsfranchisenehmer, 74
- Franchisesystem
 - Absatzsystem, 23
 - Systembegriff, 24
- Franchisevertrag
 - Absatzmittlungsrecht, 73
 - Anfechtung, 180, 210, 266
 - Form, 169
 - franchisespezifischer
 - Interessenwiderspruch, 102, 106
 - gemeinsamer Zweck, 91
 - Gesellschaftsvertrag, 92
 - Gesellschaftsvertrag, *affectio societatis*, 98
 - Handelsvertreterrecht, 74, 75, 78
 - immaterielle Schutzrechte, 58
 - Know-how-Vertrag, 69
 - Laufzeit, 186, 192, 213
 - Lizenzvertrag, 66, 72
 - Machtmissbrauch, 177
 - Marketingkonzept-Lizenz, 64
 - Mietvertrag, 212
 - Mischvertrag, 86
 - Rahmenvertrag, 74
 - Sittenwidrigkeit, 178
 - Systemlizenz, 55, 69
 - Treuepflicht, 92, 120, 135, 145, 159, 248
 - Typenkombination, 87
 - Übertragung von Know-how, 63, 70
 - Vertrag *sui generis*, 88
 - Vertragsgestaltung, 169, 184
 - Vertragsinhalt, 172
 - Vertriebshändlerrecht, 79
 - zeitliche Begrenzung, 269
- Franchisezeichen
 - Firma, 59
- Franchising
 - als eigenständige Absatzkooperation, 51
 - business format franchising, 30
 - Definition, 19, 20, 22
 - hard und soft franchising, 32, 175
 - Investment-Franchising, 192
 - Konversionsfranchising, 181
 - Partnerschaftsfranchising, 32, 93
 - Privilegierung, 105
 - product distribution franchising, 30
 - Subordinationsfranchising, 32
 - Vor- und Nachteile, 26, 105
 - Zahlen, 1, 137
 - zentrale Merkmale, 23
- Haftung
 - als Quasi-Vorstandsmitglied, 158, 160
 - aus c.i.c., 68, 180, 259
 - aus Gewährleistung, 64, 67
 - aus p.V.V., 119
 - aus unerlaubter Handlung, 69, 132
 - aus unlauterem Wettbewerb, 239
 - Ausgleichspflicht bei schädigenden Weisungen, 148, 149
 - Außenhaftung, 126, 144, 146, 157
 - Benetton, 128
 - des Franchisenehmers. Siehe Franchisenehmer
 - Direktanspruch, 119, 133, 135
 - Durchgriffshaftung, 123, 146
 - free riding, 118
 - für Systemfehler, 125
 - im faktischen Konzern, 145
 - im Netzwerk, 109, 130, 136
 - Leistungsstörung, 118, 124
 - nach Maßstäben der ordentlichen Geschäftsführung, 162, 168
 - Netzwerkhaftung, 113, 122
 - Produzentenhaftung, 124
- Inhaltskontrolle, 111, 170, 185, 199
 - Änderungsklauseln, 121, 172
 - Ethikkodex, 172
 - Freizeichnungsklauseln, 176
 - Netzzweck, 171
 - Verlängerungsklausel, 192
 - Wettbewerbsverbot, 266
- Investitionersatzanspruch, 260
 - Abgeltung der Kündigungsfrist, 246
 - Amortisationszeit, 252

- aus Geschäftsbesorgung, 258
- aus Treu und Glauben, 243, 248
- Ausgleichsanspruch, 243, 259
- Auslauffrist, 257
- Beschränkung, 255
- Betriebsrisiko, 243, 245
- Finanzierung, 252, 261
- fremdbestimmte Investitionen, 248
- Geschäftsunkosten, 258
- Investitionsrisiko, 247, 252, 255, 269
- irreversible Investitionen, 245
- Mattel/Borka, 195, 215, 241
- negatives Interesse, 251
- Plas/Valburg, 245
- positives Interesse, 251, 260
- Rechtsprechung, 253
- Rechtsunsicherheit, 246
- schutzwürdiges Vertrauen, 249, 251
- Selbstständigkeit des
 - Franchisenehmers, 254
- Systembeitritt, 254
- venire contra factum proprium, 248, 250, 254
- Veranlassung durch Franchisegeber, 244, 249, 252
- Vertragshändler, 247
- vertragspezifische Investitionen, 256
- Vertriebshändler, 242
- Wahlrecht, 251
- Wettbewerbsrecht, 245, 258
- Konzernorganisationsrecht, 163
 - Netzvertragsmodell, 164
- Konzernrecht, 139
- Kooperation, 25, 56, 151, 250
 - totale Kooperation, 77, 143
- Kündigung
 - Abmahnung, 193, 200
 - Auslauffrist, 208, 253, 256
 - Ausschluss, 192, 195, 203
 - Ausschlussfrist, 200
 - außerordentliche, 196, 201
 - eines Mietvertrages, 211
 - free riding, 198
 - Kompensation statt Kündigungsfrist, 194, 236, 246
 - Konzernhaftung, 149
 - Kündigungsfrist, 189, 194, 257, 269
 - Kündigungsgrund, 193, 207
 - Kündigungsrecht, 121, 182, 187
 - Kündigungsschranken, 206, 217
 - Machtmissbrauch, 210, 245
 - Nachteile des Franchisenehmers, 233
 - ordentliche, 189, 193
 - Rechtsmissbrauch, 209
 - redliche, 242, 243, 249, 251, 252
 - Rücktrittsrecht, 197
 - Schadensersatzanspruch, 204
 - Standort, 214
 - Umgebung des Kündigungsschutzes, 203
 - Verhandlungsposition des
 - Franchisenehmers, 215
 - Verlängerungsklausel, 193
 - Vertragsauflösung, 195, 201, 206
 - Vertragstreue, 200
 - Vertriebshändlervertrag, 188, 201
 - Verzicht, 249
 - Wegfall der Geschäftsgrundlage, 204
 - Wettbewerbsrecht, 207, 257
 - wichtiger Grund, 198, 201
 - zur Unzeit, 253
 - Zustimmung des Arbeitsamts, 211
- Netz
 - Hybride, 104
 - Kartellrecht, 109
 - kettenförmig, 108
 - Konzernrecht, 109
 - Netzbeteiligte, 117, 124
 - Netzwerk, 112
 - strahlenförmig, 108, 116
 - Synergie, 105
 - Vertrauen, 113, 134
- Netzvertrag, 107, 112, 125
 - aus Treu und Glauben, 134
 - faktisches Zusammenwirken, 131
 - hierarchisch, 117, 123
 - konzeptionelle Verknüpfung, 110, 116, 118, 166
 - Lehre der relationalen Verträge, 106
 - Mooijman/Netjes, 132
 - netzspezifische Pflichten, 120
 - Primärtransaktion, 115
 - Radio Modern/Edah, 136
 - Sekundärtransaktion, 115
 - Theorie der symbiotischen Verträge, 110
 - zusammenhängende
 - Rechtsverhältnisse, 107, 131, 137
 - Netzzweck, 113, 125, 167

- Abgrenzung zum gemeinsamen Zweck, 97
- Ausgleichsanspruch, 231
- Begriff, 114
- Haftung des Franchisegebers, 129
- Konzerninteresse, 149, 160
- konzernrechtliche Haftung, 146
- Kündigung, 122, 193, 198, 208, 216, 269
- Vertragszweck, 199
- Zweckbindung, 121
- Quasi-Konzern, 107, 151, 154
 - Abhängigkeit, 140, 141
 - Beherrschungsvertrag, 139, 155
 - Einflussnahme, 143, 147
 - faktischer Konzern, 140, 143, 151
 - Garantiefunktion des Vorstandes, 155, 161
 - Gruppenbegriff, 153
 - Konzernbegriff, 138, 152
 - Konzernbetriebsrat, 150
 - Leitung, 141, 154
 - Quasi-Vorstandsmitglieder, 158
 - Weisungsrecht, 156
- Rentabilitätsgarantie, 65, 248, 250, 254
- Schuldrechtsreform
 - Geschichte, 6
- Vertragsbeendigung
 - Gesamtlösung, 247
- Vertragshändler
 - Abgrenzung zum Vertriebshändler (distributeur), 41
 - Vertragsorganisationsrecht, 113
 - Konzernorganisationsrecht, 164, 167
 - Vertriebshändler (distributeur), 41
 - Vertriebshändlerrecht, 44, 267
 - Vorvertragliche Aufklärung, 173
 - Wettbewerbsverbot, 262
 - Auslegung, 266
 - Ausschluss, 267
 - Beschränkung, 262, 266
 - EG-GruppenfreistellungsVO Nr. 2790/99. Siehe EG-GruppenfreistellungsVO Nr. 2790/99
 - Entschädigung, 262, 263, 264, 269
 - Franchise, 264
 - Handelsvertreterrecht, 266
 - HGB-Reform, 265
 - Kartellrecht, 265, 267
 - Kündigung, 265
 - Rechtsprechung, 263
 - Rechtsunsicherheit, 264
 - Sittenwidrigkeit, 262
 - Verbot der Nutzung des Know-hows, 263
 - Ziel, 264
 - Widerrufsrecht, 182
 - des Dienstleistungsfranchisenehmers, 183

