

Der Franchise-Vertrag in Deutschland

RA Prof. Dr. Eckhard Flohr, **PF&P - Prof. Flohr & Partner Rechtsanwälte**, Düsseldorf/Kitzbüchel
Dozent FH Dortmund/FH München/Technische Universität Chemnitz/Universität St. Gallen

Franchiserecht in Deutschland	1
Vorvertragliche Aufklärung	3
Regelungsinhalt eines Franchise-Vertrages	5
1. Präambel	5
2. Gegenstand der Franchise	5
3. Vertragsgebiet	5
4. Bezugsbindung des Franchise-Nehmers	6
5. Pflichten des Franchise-Gebers	7
6. Preispolitik	7
7. Vertragsdauer	8
9. Kündigung	10
11. Widerrufsrecht / Widerrufsbelehrung	12
12. Rentenversicherung selbständiger Franchise-Nehmer	13

Franchiserecht in Deutschland

In der Regel erleichtert ein Blick in das Gesetz die Rechtsfindung beim Ausgestalten von Verträgen: nicht so beim Franchising. Diese moderne Vertriebsform für Waren und Dienstleistungen ist weder in Deutschland noch Österreich – im Gegensatz zu Belgien, Frankreich, Italien, Schweden, Spanien und zukünftig auch Griechenland – gesetzlich geregelt, so dass bei der Vertragsgestaltung eine Fülle von Urteilen und zahlreiche Einzelgesetze berücksichtigt werden müssen. Lediglich auf Europäischer Ebene gibt die so genannte EU-Gruppenfreistellungsverordnung für Vertikale Vertriebsbindungen (Vertikal-GVO), welche die frühere EU-Gruppenfreistellungsvereinbarung für Franchise-Vereinbarungen (Franchise-GVO) ersetzte. Aber auch diese EU-Gruppenfreistellungsverordnung für Vertikale Vertriebsbindungen ist mittlerweile zum 31. Mai 2010 ausgelaufen und wurde durch eine neue EU-Gruppenfreistellungsverordnung für Vertikale Vertriebsbindungen ersetzt, die zum 01. Juni 2010 in Kraft getreten ist, wobei wiederum deren Anwendung durch ebenfalls neu gefasste sog. Guidelines (Richtlinien) erläutert wird. Diesen Guidelines kommt seit dem 01. Juni 2010 größere Bedeutung zu als bisher. Die eigentlichen Änderungen des EU-Kartellrechts finden sich nämlich in den Guidelines und nicht in der neu gefassten (aber nur wenig abgeänderten) Vertikal-GVO.

Auch wenn sich der Regelungsinhalt der EU-Gruppenfreistellungsverordnungen nur darauf bezieht, Franchise-Verträge vom Kartellverbot des Art. 101 (AUEV – Vertrag über die Arbeitsweise innerhalb der Europäischen Union – vormals Art. 81 I EG-Vertrag) freizustellen, kommt Freistellungsverordnungen auch für die zivilrechtliche Beurteilung von Franchise-Verträgen in Deutschland zu. So hat das OLG Rostock in seinem Urteil vom 29. Juni 1995 (DRsp. Nr. 1998/3987) festgestellt, dass die seinerzeitige Franchise-GVO auch zivilrechtlich in Deutschland Anforderungen an einen abzuschließenden Franchise-Vertrag festlegt; d.h. Maßstab für die Frage der Sittenwidrigkeit eines Franchise-Vertrages nach § 138 I BGB (Gute Sitten) ist. Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 13. Juli 2004 (WRP 2004, 1378 Citroen-Vertragshändler mit Anm. **FLOHR** ZAP 2005, 287) ausgeführt, dass bei einer AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle bei Absatzmittlungsverträgen und damit auch von Franchise-Verträgen die jeweilige Gruppenfreistellungsverordnung, sei es die Vertikal-GVO oder bei Vertragshändlerverträgen die KFZ-GVO als Wertungsmaßstab i.S.v. § 307 I 1 BGB anzuwenden ist, d.h. Regelungen, die nach den jeweiligen Gruppenfreistellungsverordnungen unzulässig sind, sind ebenfalls nach § 307 I 1 als unwirksam anzusehen, da diese den Franchise-Nehmer unangemessen benachteiligen. An dieser an § 307 I 2 BGB ausgerichteten Betrachtung ändert auch durch die seit dem 01. Juni 2010 geltende Fassung der Vertikal-GVO nichts.

Hilfreich für eine Beurteilung von Franchise-Verträgen ist auch der auf europäischer Ebene in Abstimmung mit der EU-Kommission erarbeitete **Verhaltenskodex für Franchising (European Code of Ethics for Franchising)**. Dieser enthält Leitsätze für eine ausgewogene Vertragsgestaltung für die Franchise-Praxis und wurde vom Deutschen Franchise-Verband übernommen, ist also für Franchise-Geber, die Mitglied des Deutschen Franchise-Verbandes sind, verpflichtend. Ergänzt wird dieser Verhaltenskodex durch die Richtlinien des Deutschen Franchise-Verbandes zur vorvertraglichen Aufklärung, zur Bildung des Beirats bei Franchise-Systemen und zur Mediation. Diese Richtlinien enthalten zusätzliche Regelwerke, aus denen sich eine Konkretisierung der Leistungsverpflichtungen des Franchise-Gebers ergibt, insbesondere im Hinblick auf die vor Abschluss eines Franchise-Vertrages gebotene vorvertragliche Aufklärung des Franchise-Nehmers.

Entsprechende Leitsätze hat sich auch der Österreichische Franchise-Verband gegeben. Diese Verhaltenskodizes binden aber nur die jeweiligen Mitglieder des Deutschen bzw. Österreichischen Franchise-Verbandes im Verhältnis zu ihren Franchise-Nehmern einerseits und bei der Gestaltung der Franchise-Verträge andererseits.

Diese Richtlinien sind allerdings nicht für die Gerichte verbindlich, sondern geben diesen allenfalls einen Anhaltspunkt dafür, welchen zulässigen Inhalt ein Franchise-Vertrag haben sollte, um so zu einem ausgeglichenen Verhältnis von Leistung (Know-how des Franchise-Gebers) und Gegenleistung (Gebühren des Franchise-Nehmers) zu kommen. Zugleich dienen diese Richtlinien der Transparenz des vom Franchise-Geber angebotenen Geschäftsmodells.

Ein **allgemeines Franchiserecht** gibt es in Deutschland nicht. Allerdings ist eine Tendenz innerhalb der einzelnen Staaten der EU festzustellen, zumindest die vorvertragliche Aufklärung beim Abschluss von Franchise-Verträgen gesetzlich zu regeln, d.h. Gesetze zu erlassen, die zu einer Auflösung der Informationsasymmetrie zwischen Franchise-Geber und Franchise-Nehmer bei den Verhandlungen um den Abschluss eines Franchise-Vertrages führen sollen (sog. Disclosure-Gesetze), um so dem Informationsanspruch des Franchise-Nehmers zu entsprechen. Solche Gesetze bestehen derzeit in Belgien, Frankreich, Italien, Schweden und Spanien. Ein entsprechendes Gesetz wird auch zurzeit in Griechenland diskutiert (dazu **FLOHR/PETSCHKE**, Franchise-Recht – Deutschland und Österreich, 2. Aufl., Münster 2008, Rdnr. 91 ff; **FLOHR**, Master-Franchise-Vertrag, München 2004, S. 20 ff. mit umfassenden Nachweisen). Für Deutschland ist ein solches Gesetz zur vorvertraglichen Aufklärung beim Abschluss von Franchise-Verträgen - zumindest nach den derzeitigen Überlegungen des Gesetzgebers - nicht zu erwarten.

Dem Laien fällt deswegen die Beurteilung eines Franchise-Vertrages so schwer, weil dieser als ein komplexes Vertragsmuster Gesetzesvorschriften aus unterschiedlichen Rechtsgebieten berücksichtigt, wie Gewerblicher Rechtsschutz, Handelsrecht, Schuldrecht, Wettbewerbs- und Kartellrecht, das Verbraucherschutzrecht sowie das Arbeits- und Sozialrecht. Der Franchise-Vertrag stellt sich damit als ein so genannter Typenkombinationsvertrag dar, d.h. ein Vertrag, der u.a. Regelungen der gesetzlich geregelten Vertragstypen, wie Kaufvertrag, Dienstvertrag und Werkvertrag, mit berücksichtigt. Da der **Franchise-Vertrag** die Rahmenregelung für die langjährige Zusammenarbeit zwischen Franchise-Geber und Franchise-Nehmer darstellt, wird dieser auch als ein sog. „**Dauerschuldverhältnis**“ bezeichnet; auch deswegen, weil sich die Leistungen von Franchise-Geber und Franchise-Nehmer nicht in einem einmaligen Leistungsaustausch - wie z.B. beim Kauf eines Pkw - erschöpfen. Aufgrund dieses Charakters des Franchise-Vertrages als eines „Dauerschuldverhältnisses“ ergeben sich auch gesteigerte Treue- und Fürsorgepflichten, d.h. sowohl der Franchise-Geber als auch der Franchise-Nehmer und umgekehrt sind verpflichtet, bei der Umsetzung des abgeschlossenen Franchise-Vertrages die Interessen der jeweils

anderen Vertragspartei zu berücksichtigen. Dies muss sich auch im abgeschlossenen Franchise-Vertrag abbilden, indem z.B. die Anpassung des Franchise-Handbuchs unter die Grundsätze von Treu und Glauben (§ 242 BGB) gestellt wird und entsprechende Rücksichtnahmen vom Franchise-Geber auch zu verlangen sind, wenn es um die Änderung der im Franchise-Outlet abzusetzenden Produkte oder der zu erbringenden Dienstleistungen geht bzw. Marketingkonzepte umgesetzt werden sollen oder aber nicht unerhebliche Investitionen aufgrund geänderter Corporate Identity des Franchise-Systems in das jeweilige Franchise-Outlet notwendig sind und insoweit auch vom Franchise-Nehmer zu tätigen sind.

Da jeder Franchise-Vertrag auf das jeweilige Franchise-System abstellt wird, gibt es zwar keinen allgemein gültigen Mustervertrag, doch gibt es bestimmte Regelungen, die in allen Franchise-Verträgen enthalten sein sollten. Dabei dürfen die **Regelungen des Franchise-Vertrages** zum einen den Franchise-Nehmer **nicht** gem. § 307 I 1 BGB (Bürgerliches Gesetzbuch) **unangemessen benachteiligen** (BGH Urteil vom 13.07.2004 GRUR Int. 2005, 152 - Citroën) und müssen zum anderen „**klar und verständlich**“ formuliert sein, um insoweit dem **Transparenzgebot** i.S.v. § 307 I 2 BGB zu genügen. Des Weiteren ist zu beachten, dass ein Franchise-Vertrag als Formularvertrag der sog. „kundenfreundlichsten Auslegung“ unterliegt, d.h. die Regeln des Franchise-Vertrages sind so auszulegen, wie diese ein verständiger Franchise-Nehmer verstehen darf. Dies ist vom BGH in den sog. APOLLO-Optik-Urteilen vom 20.05.2003 (BB 2003, 2254, 2258) ausdrücklich festgestellt worden. Insoweit unterliegt der Franchise-Vertrag als ein sog. Formularvertrag der sog. AGB-rechtlichen Kontrolle. Der Franchise-Vertrag ist deswegen ein Formularvertrag, weil dieser im Gegensatz zum Individualvertrag i.S.v. § 305 c BGB vom Franchise-Geber unverändert in einer unbestimmten Anzahl von Fällen abgeschlossen wird.

Vorvertragliche Aufklärung

Läuft der Kontakt zwischen Franchise-Geber und Franchise-Nehmer auf den Abschluss eines Franchise-Vertrags hinaus bzw. liegt ein ähnlicher geschäftlicher Kontakt vor, ist der Franchise-Geber verpflichtet, vorvertragliche Aufklärung zu leisten. Diese vorvertragliche Aufklärung ist in Deutschland nicht gesetzlich geregelt – wird somit von der Rechtsprechung bestimmt; insbesondere von den Entscheidungen des OLG München (vgl. Urteil vom 16.9.1993 NJW 1994, 667; Urteil vom 17.11.1996 NJW-RR 1997, 812; Urteil vom 24.4.2001, NJW 2001, 1759; Urteil vom 1.8.2002 BB 2003, 443; Urteil vom 27. Juli 2006, BB 2007, 14 mit Anm. **FLOHR** BB 2007, 6 ff.). Das zwischen Franchise-Geber und Franchise-Nehmer entstandene Vertrauensverhältnis verpflichtet den Franchise-Geber in besonderem Maße, dem Franchise-Nehmer die für die spätere Zusammenarbeit erheblichen Informationen wahrheitsgemäß offen zu legen. Hierzu zählen Angaben über:

- Ergebnisse und Erfahrungen bestehender Franchise-Betriebe
- Leistungen der Systemzentrale
- Investitionssummen (Mindestkapital, Verhältnis zum Fremdkapital)
- Notwendiger Arbeitseinsatz des Franchise-Nehmers
- Durchschnittlicher Jahresumsatz der Franchise-Nehmer oder Pilotbetriebe
- Realistische Rentabilitätsvorschau, basierend auf richtigen und nachvollziehbaren Angaben / Zahlen (vergleichbarer Franchise-Outlets oder eigener Filialen des Franchise-Gebers)
- Angaben zum Franchise-Geber-Betrieb (Beginn, wirtschaftliche Entwicklung etc.)

Durch diese Informationen soll der Franchise-Nehmer in den Stand versetzt werden, die mit dem Abschluss des Franchise-Vertrages verbundenen unternehmerischen Risiken einschätzen zu können.

Bestandteil der vorvertraglichen Aufklärung ist jedoch nicht eine vom Franchise-Geber durchzuführende Standortanalyse. Hier hat sich die Rechtsprechung geändert. Seit der Entscheidung des Brandenburgischen OLG vom 17. August 2005 (4 U 37/05 n.v.; dazu **FLOHR**, BB 2006, 389, 392) steht in Übereinstimmung mit der Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 30. Juni 2004 (VI U Kart. 40/02 n.v.) fest, dass es sich bei der Standortanalyse um eine eigene Aufgabe des Franchise-Nehmers handelt. Dieser hat den Standort für sein Franchise-Outlet als Ausdruck seiner Unternehmertätigkeit selbst auszuwählen. Allerdings ist der Franchise-Geber verpflichtet, dem Franchise-Nehmer Kriterien an die Hand zu geben, anhand deren der geeignete Standort für das Franchise-Outlet gefunden werden kann. Sind diese Informationen nicht zutreffend und wird dann ein nicht geeigneter Standort ausgewählt, so liegt eine Verletzung der vorvertraglichen Aufklärungspflichten des Franchise-Gebers vor, die diesen zur Leistung von Schadensersatz nach den Grundsätzen des Verschuldens bei Vertragsabschluss (culpa in contrahendo) gem. §§ 311, 208 BGB verpflichtet.

Diese Tendenz, bei der vorvertraglichen Aufklärung wieder verstärkt das unternehmerische Risiko des Franchise-Nehmers nicht nur zu sehen, sondern sogar ausdrücklich zu betonen, dass dieser mit Abschluss eines Franchise-Vertrages das unternehmerische und wirtschaftliche Risiko übernimmt, hat sich durch den Beschluss des OLG Schleswig vom 22. Januar 2008 (NJW-RR 2009, 6) verstärkt. Danach ist ein Franchise-Geber nicht als Existenzgründungsberater des Franchise-Nehmers anzusehen und demgemäß auch nicht verpflichtet, Angaben zur sog. Durststrecke des Franchise-Nehmers zu machen. Insofern geht das OLG Schleswig davon aus, dass ein mit betriebswirtschaftlichen Grundkenntnissen vertrauter Franchise-Nehmer diese Beurteilungen selbst vornehmen kann, da er unternehmerisch tätig wird. In entsprechender Weise wird man davon ausgehen können und dürfen, dass der Franchise-Geber auch nicht Unternehmensberater des Franchise-Nehmers ist und insofern die Pflichten der vorvertraglichen Aufklärung noch weiter eingeschränkt werden, wenn der Franchise-Vertrag nicht mit einem Existenzgründungsunternehmer, sondern mit einem bei Abschluss des Franchise-Vertrages bereits geschäftserfahrenen Unternehmer abgeschlossen wird (zum Ganzen: **FLOHR**, Franchise-Vertrag, 4. Auflage, München 2010, S. 39 mit umfassenden Nachweisen).

Im Falle einer Verletzung der Aufklärungs- und Informationspflicht kann der Grundsatz des Zivilrechts über das Verschulden bei Vertragsabschluss („culpa in contrahendo“) vor Gericht angewandt werden, d.h. ein entsprechender Schadensersatzanspruch gem. §§ 311, 280 I BGB geltend gemacht werden. Daher ist es ratsam, die vorvertragliche Aufklärung von beiden Seiten (dem Franchise-Geber und dem Franchise-Nehmer) zu dokumentieren, beispielsweise durch Unterzeichnung einer entsprechenden Erklärung.

Im Rahmen dieses **Dokumentes zur vorvertraglichen Aufklärung**, das im Anschluss an die Vertragsverhandlungen vom Franchise-Nehmer zu unterzeichnen ist, sind die Risiken darzustellen, die für den Franchise-Nehmer mit dem Abschluss des Franchise-Vertrages verbunden sind. Dabei ist nicht grundsätzlich über alle Punkte Aufklärung zu vermitteln und damit auch nicht über solche Punkte, die vom Franchise-Nehmer nicht abgefragt worden sind. Der Franchise-Geber ist aber verpflichtet – auch unaufgefordert – über solche Punkte und Risiken, die mit dem Abschluss des Franchise-Vertrages verbunden sind, aufzuklären, wenn erkennbar ist, dass von einer Information über diese Punkte die Entscheidung des Franchise-Nehmers, den Franchise-Vertrag abzuschließen, abhängig ist oder wenn der Franchise-Nehmer für den Franchise-Geber erkennbar eine für den Abschluss des Franchise-Vertrages grundsätzliche Information nicht oder nicht richtig verstanden hat. Ebenso sind Irrtümer des Franchise-Nehmers aufzuklären, sofern der Franchise-Geber diese erkennt.

Insofern stellt sich im Rahmen der vorvertraglichen Aufklärung, selbst dann, wenn dies vom Franchise-Nehmer nicht abgefragt wird, auch die Frage, inwieweit Franchise-Nehmer über Kick-Backs zu unterrichten sind, die dem Franchise-System von Systemlieferanten aufgrund der von Franchise-Nehmern generierten Umsätze zufließen. Werden diese nicht an die Franchise-Nehmer weitergeleitet (auch nicht anteilig), so ist der potenzielle Franchise-Nehmer darüber zu belehren, da der Erhalt von Kick-Backs (Boni, Sconti, Werbekosten-Zuschüsse etc.) für die Rentabilitätsberechnung des Franchise-Nehmers von Bedeutung ist.

Wird über die Boni, Skonti, Werbekostenzuschüsse, kurz „**Kick-Backs**“ genannt, nicht im Rahmen der vorvertraglichen Aufklärung unterrichtet, so kann möglicherweise ein geheimes Abrechnungssystem vorliegen, so dass dann der Franchise-Geber nach den Grundsätzen des Urteils des OLG München vom 27.07.2006 (BB 2007, 14; siehe dazu auch: **FLOHR** BB 2007, 6 ff.) zur Auskehr der Einkaufsvorteile nach den Grundsätzen des Verschuldens bei Vertragsabschluss gem. §§ 311, 280 I BGB verpflichtet ist. Aufgrund der Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 13.12.2006 (BB 2007, 238; dazu: **FLOHR** BB 2007, 741 ff.) und vom 16. Januar 2008 (VI Kart. 11/06 n.v.) steht allerdings fest: einen gesetzlichen Anspruch auf Auskehr solcher „Kick-Backs“ besteht nicht. Vielmehr kann sich ein solcher Anspruch des Franchise-Nehmers nur aus den Regelungen des Franchise-Vertrages ergeben, sei es unmittelbar oder durch „kunden(Franchise-Nehmer)freundliche“ Auslegung des Franchise-Vertrages und der dort normierten Leistungen des Franchise-Gebers.

Diese Grundsätze werden durch den sog. Praktiker-Beschluss des Kartellsenats des BGH vom 11. November 2008 (WM 2009, 374; dazu: **BÖHNER**, Jahrbuch Franchising 2009, 206 ff.; **FLOHR** BB 2009, 2159 ff.) unterstrichen. Seitdem steht zum einen fest, dass sich ein Anspruch auf Auskehr von Einkaufsvorteilen nur auf der Grundlage des abgeschlossenen Franchise-Vertrages bzw. durch dessen Auslegung nach dem Grundsatz der kundenfreundlichsten Auslegung ergeben kann und zum anderen entgegen dem Praktiker-Beschluss des Bundeskartellamtes vom 08. Juli 2006 (ZIP 2006, 1788; dazu **BÖHNER** WRP 2006, 1089; **GIESLER/GÜNTZEL** ZIP 2006, 1788; **FLOHR** BB 2007, 6) keine gesetzliche Anspruchsgrundlage auf Auskehr von Einkaufsvorteilen aus § 20 GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) abzuleiten ist. Wird der Franchise-Geber zugleich als Großhändler gegenüber dem Franchise-Nehmer tätig, ist dieser auch berechtigt, eine Handelsspanne zu berechnen und, da ein Franchise-Geber nicht gezwungen werden kann, sich selbst Konkurrenz zu machen. Auch hat der Franchise-Geber die Möglichkeit, seine Eigenfilialen mit günstigeren Einkaufspreisen zu beliefern als die Franchise-Outlets (zum Ganzen: **BÖHNER**, Jahrbuch Franchising 2009, 258 ff.; **FLOHR**, BB 2009, 2159 ff.

m.w.N.). Allerdings hat der BGH ausdrücklich die Frage offen gelassen, ob dem Franchise-Geber bei fehlender vertraglicher Regelung grundsätzlich alle Einkaufsvorteile verbleiben oder ob es eine Obergrenze gibt, bei deren Überschreiten die Einbehaltung der Einkaufsvorteile in voller Höhe oder anteilig unbillig ist. Diese Entscheidung ist immer im jeweiligen Einzelfall zu treffen, wobei § 138 BGB (Gute Sitten) ein geeigneter Beurteilungsmaßstab sein kann. Dies bedeutet zugleich, dass auch ohne vertragliche Regelung Einkaufsvorteile dann an Franchise-Nehmer ganz oder anteilige auszukehren sind, wenn deren Einbehalt - einzelfallbezogen - gegen die guten Sitten i.S.v. § 138 BGB verstößt.

In den Bereich der vorvertraglichen Aufklärung fällt auch die Verpflichtung des Franchise-Gebers, den Franchise-Nehmer über andere Vertriebswege des Franchise-Systems zu unterrichten, insbesondere dann, wenn über das Internetportal des Franchise-Systems die Vertragsprodukte auch an Kunden vertrieben werden können, die ihren Sitz im Vertragsgebiet des Franchise-Nehmers haben. Unterbleibt diese Unterrichtung, so liegt darin eine Verletzung der dem Franchise-Nehmer eingeräumten Exklusivität. Der Franchise-Nehmer ist dann entweder gem. § 314 I BGB zur fristlosen Kündigung des Franchise-Vertrages oder aber auch zu dessen Anfechtung wegen arglistiger Täuschung gem. §§ 123, 142 BGB verpflichtet. Darüber hinaus steht dem Franchise-Nehmer ein Schadensersatzanspruch entweder nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo wegen Verschuldens bei Vertragsabschluss gem. § 311 I BGB oder, wenn das Internetportal zu einem späteren Zeitpunkt vom Franchise-Geber ohne Information des Franchise-Nehmers eingerichtet wird, nach den Grundsätzen der positiven Vertragsverletzung gem. § 280 I BGB.

Regelungsinhalt eines Franchise-Vertrages

1. Präambel

Diese umschreibt die Grundlagen des Franchise-Systems und sollte auch die Entwicklung des Franchise-Systems erläutern. Sie gibt Auskunft darüber, wie viele Franchise-Outlets national bzw. bei internationalen Franchise-Systemen international bestehen.

2. Gegenstand der Franchise

Innerhalb der Regelungen zum Vertragsgegenstand werden das Leistungs- und Produktprogramm des Franchise-Gebers sowie die Nutzungsrechte für gewerbliche Schutzrechte des Franchise-Systems (Marke/Domain) festgelegt. Dabei ist darauf zu achten, dass die angegebenen Schutzrechte auch tatsächlich auf den Franchise-Geber einzutragen sind. Insofern empfiehlt es sich, darauf zu drängen, Kopien dieser gewerblichen Schutzrechte als Anlagen dem Franchise-Vertrag beizufügen, um auch so den Gegenstand der erteilten Schutzrechte genau zu umschreiben und festzulegen. Sollte der Franchise-Geber nicht Inhaber, sondern nur Lizenznehmer der gewerblichen Schutzrechte sein, so muss zum einen der Lizenzvertrag zeitlich unbefristet und zum anderen dem Franchise-Geber das Recht eingeräumt sein, Unterlizenzen an Franchise-Nehmer zu erteilen.

3. Vertragsgebiet

Wird ein Gebietsschutz vereinbart, so müssen die Grenzen festgelegt werden, entweder durch eine Gebietskarte oder durch Bestimmung des Vertragsgebietes anhand von Postleitzahlen.

Der Gebietsschutz ist aber kein „Muss“. Stattdessen kann dem Franchise-Nehmer auch ein Platz- oder Kundenschutz eingeräumt werden. Wird allerdings weder ein Vertragsgebiet eingeräumt, noch ein Kunden- oder Platzschutz vereinbart, so kann auch nicht auf die Grundsätze des sog. „immanenten Gebietsschutzes“ zurückgegriffen werden, die das gewerbliche Mietrecht kennzeichnen. Die Grundsätze dieses immanenten Gebietsschutzes bzw. einer daraus abzuleitenden Konkurrenzschutzpflicht des Franchise-Gebers, können auf Franchise-Verträge nicht übertragen werden (umfassend dazu: **LIESEGANG**, BB 1999, 857; **FRITZEMEYER**, BB 2000, 472; **BÖHNER**, in: Gedächtnisschrift für Skaupy, München 2003, S. 15 ff. mit umfassenden Nachweisen zu einer etwaigen Konkurrenzschutzpflicht des Franchise-Gebers). Doch selbst wenn man die Grundsätze des immanenten Gebietsschutzes auf Franchise-Verträge nicht anwendet, heißt dies nicht, dass der Franchise-Geber Franchiserechte ohne Berücksichtigung der Interessen des Franchise-Nehmers in unmittelbarer Nähe vergeben darf. Gemäß § 242 BGB ist der Franchise-Geber nach den Grundsätzen von Treu und Glauben in einem solchen Fall verpflichtet, auch die Franchise-Nehmer-Interessen zu sehen und insofern keine Franchiserechte für ein Franchise-Outlet zu vergeben, durch das der wirtschaftliche Erfolg des Franchise-Nehmers nachhaltig gefährdet ist. Umsatz- und Erlösverluste sind dann auszugleichen. Insoweit trifft den Franchise-Geber eine sog. **Konkurrenzabwendungspflicht**.

Allerdings darf dem Franchise-Nehmer ein **aktives Marketing** außerhalb seines Vertragsgebietes nicht mehr untersagt werden. Davon ausgenommen sind nur solche Vertragsgebiete, die bereits an einen anderen Franchise-Nehmer vergeben wurden oder vom Franchise-Geber genutzt werden. Vermieden werden sollen damit Kannibalisierungseffekte. Diese Gebiete müssen auf Anforderung vom Franchise-Geber bei den Vertragsverhandlungen dargestellt werden und sollten sich auch aus entsprechenden Anlagen zum Franchise-Vertrag ergeben. Allerdings gewinnt insofern eine Entscheidung des EuGH vom 02. April 2009 (EuZW 2009, 375) Bedeutung, obwohl diese zu Tankstellen- und nicht Franchise-Verträgen ergangen ist. In Konkretisierung von Art. 5 a Vertikal-GVO hat der EuGH in dieser Entscheidung festgehalten, dass der Franchise-Geber nicht zwingend Eigentümer des Grundstücks sein muss, auf den sich das Franchise-Outlet befindet, das dann im Wege des Untermietvertrages dem Franchise-Nehmer zur Nutzung überlassen wird, sondern insofern auch die Bestellung eines Erbbaurechts ausreicht und damit der Franchise-Geber sachenrechtlich nur Eigentümer des auf dem Grundstück errichteten Franchise-Outlets ist. Diese Entscheidung ist deswegen von Bedeutung, weil Franchise-Geber zunehmend dazu übergehen, Grundstücke, auf denen diese Franchise-Outlets errichten, nicht zu kaufen, sondern Erbbaurechtsverträge auf die Dauer von 99 Jahren abzuschließen.

Vertreibt der Franchise-Geber Produkte über das Internet oder andere Vertriebswege, so muss darüber im Rahmen der vorvertraglichen Aufklärung informiert werden. Anderenfalls ist der abgeschlossene Franchise-Vertrag angreifbar, insbesondere dann, wenn dadurch in den Gebiets-, Kunden- oder Platzschutz des Franchise-Nehmers eingegriffen wird. Bei einer Verletzung kann der Franchise-Geber möglicherweise die fristlose Kündigung gem. § 314 BGB oder die Anfechtung des Franchise-Vertrages wegen arglistiger Täuschung gem. §§ 123, 142 BGB erklären, verbunden mit der Forderung nach Schadensersatz gem. § 280 I BGB. Der vertragliche Ausschluss des sog. **passiven Marketings** außerhalb des Vertragsgebietes ist grundsätzlich unzulässig. Damit kann einem Franchise-Nehmer grundsätzlich nicht das Betreiben eines eigenen Internet-Shops untersagt werden.

Unzulässig und damit nicht in einem Franchise-Vertrag ausschließbar sind:

- die Pflicht des Franchise-Nehmers seine Homepage nur in deutscher Sprache zu betreiben,
- die Pflicht des Franchise-Nehmers eine automatische Umleitung auf die Website des Franchise-Gebers oder anderer Franchise-Nehmer einzurichten,
- die Pflicht des Franchise-Nehmers, Transaktionen zu unterbrechen, sobald die Kreditkarte einer Adresse erkennen lässt, die nicht im Vertragsgebiet des Franchise-Nehmers liegt,
- die Pflicht des Franchise-Nehmers den über das Internet getätigten Teil seiner Gesamtverkäufe zu begrenzen,
- die Pflicht des Franchise-Nehmers, für Produkte, die er über seinen Internetshop absetzen will, einen höheren Preis zu verlangen, als für die Produkte, die von ihm in seinem Franchise-Outlet "off-line" abgesetzt werden.

Zulässig sind dem gegenüber

- das Verbot, Domain-Endungen anderer Länder zu benutzen,
- das Verbot, E-Mails gezielt aktiv in andere Vertragsgebiete zu versenden oder versenden zu lassen,
- die Pflicht, ein physisches Ladengeschäft zu betreiben,
- die Pflicht des Franchise-Nehmers einen bestimmten Mindestumsatz in seinem Franchise-Outlet zu tätigen,
- Qualitätsanforderungen an die Internetpräsenz und die Ausgestaltung des Vertriebs (umfassend dazu: FLOHR, Franchise-Vertrag, a.a.O., S. 18 ff. m.w.N.

4. Bezugsbindung des Franchise-Nehmers

Verschiedentlich sehen Franchise-Verträge eine 100%ige Bezugsbindung des Franchise-Nehmers vor. Dies ist nach dem Urteil des OLG Düsseldorf vom 11.04.2007 (VI U Kart. 13/06 n.v.) nur zulässig, wenn eine Kontrolle der vom Franchise-Nehmer abzusetzenden Produkte anhand objektiver Qualitätsnormen nicht durchführbar ist oder wenn die Überwachung der Qualitätsnormen wegen der großen Zahl der Franchise-Nehmer zu einem übermäßig hohen Aufwand beim Franchise-Geber führt. Dieser entspricht der sog. Pronuptia-Entscheidung des EuGH vom 28.01.1986 (NJW 1986, 1415). Die Bezugsbindung eines Franchise-Nehmers sollte daher auf 80 % des EK-Umsatzes beschränkt sein. Insofern spricht sich mittlerweile das Schrifttum nahezu einhellig dafür aus, Franchise-Verträge nur noch mit einer 80 %-igen Bezugsbindung abzuschließen (siehe auch insoweit BÖHNER, Jahrbuch Franchising 2009, 258 ff.; FLOHR, BB 2009, 2159 ff.).

5. Pflichten des Franchise-Gebers

Die Rechte und Pflichten des Franchise-Gebers müssen im Franchise-Vertrag detailliert umschrieben werden. Dazu gehören nicht nur die dauernde Unterstützung des Franchise-Nehmers und die Weiterentwicklung des Franchise-Systems und der Vertragsprodukte durch den Franchise-Geber, sondern auch Leistungen wie Grundausbildung, Weiterbildung, Marketing- und Werbekonzepte, Controllingmaßnahmen, ein etwaiges Warenwirtschafts-system und ggf. die Belieferung des Franchise-Nehmers unmittelbar durch den Franchise-Geber oder durch zum Franchise-System gelistete Lieferanten.

Eine der Hauptpflichten des Franchise-Gebers ist es, das unerlässliche Know-how des Franchise-Systems so detailliert darzustellen, dass der Franchise-Nehmer daraus beim Betreiben seines Franchise-Outlets einen Nutzen ziehen kann (so OLG Oldenburg, Urteil vom 16.10.1997, DStR 1998, 903). Dabei ist aber immer darauf zu achten, dass die Regelungen des Handbuchs nur insoweit verpflichtend sein können, wie sie der Umsetzung des Franchise-Systems und der Wahrung der corporate identity bzw. Qualitätsstandards dienen. Keinesfalls dürfen die Regelungen so verpflichtend sein, dass damit in die unternehmerische Selbstständigkeit des Franchise-Nehmers eingegriffen wird. Ist diese unternehmerische Selbstständigkeit nicht mehr gegeben, so besteht die Gefahr, dass ein so gebundener Franchise-Nehmer als Arbeitnehmer des Franchise-Gebers und nicht als selbstständiger und unabhängig tätiger Kaufmann angesehen wird. Als Checkliste kann hier gelten:

- Sind die Pflichten des Franchise-Gebers detailliert aufgelistet?
- Werden die Pflichten des Franchise-Gebers, so wie sie im Franchise-Vertrag festgeschrieben werden, auch tatsächlich umgesetzt?
- Sind die Leistungsinhalte von Franchise-Handbuch und Franchise-Vertrag deckungsgleich?
- Hat sich der Franchise-Geber zur ständigen Weiterentwicklung des franchisespezifischen Know-hows verpflichtet?
- Werden Schulungsmaßnahmen durchgeführt?

Soweit im Rahmen des Franchise-Vertrages dem Franchise-Nehmer eine Bezugsverpflichtung auferlegt wird, d.h. die im Rahmen des Franchise-Outlets abzusetzenden Produkte ausschließlich beim Franchise-Geber bzw. bei den zum Franchise-System gelisteten Lieferanten zu erwerben sind, sind folgende Grundsätze zu beachten:

- Müssen sämtliche Vertragsprodukte beim Franchise-Geber oder den zum Franchise-System gelisteten Lieferanten gekauft werden oder besteht auch die Möglichkeit, frei gewählte Diversifikationsprodukte abzusetzen?
- Ist der Umfang der Bezugsbindung im Franchise-Vertrag oder im Anlagenverzeichnis zum Franchise-Vertrag konkretisiert?
- Ist die Lieferfähigkeit der Vertragsprodukte durch den Franchise-Geber bzw. gelistete Lieferanten sichergestellt?
- Ergibt ein Vergleich der Einkaufskonditionen auf dem Markt mit denen des Franchise-Gebers, dass die Einkaufskonditionen des Franchise-Systems günstiger sind?

6. Preispolitik

Werden dem Franchise-Nehmer die Verkaufspreise vorgegeben, so liegt darin eine unzulässige (und damit verbotene) Preisbindung i.S.v. § 1 GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen). Möglich sind allerdings auch unverbindliche Verkaufspreisempfehlungen, wobei diese seit dem 01.07.2005 gemäß § 1 GWB in Anpassung an das Europäische Kartellrecht auch für Dienstleistungen und Nichtmarkenwaren (und damit das Warensortiment eines Franchise-Systems insgesamt) ausgesprochen werden können.

Allerdings ist es dem Franchise-Geber gestattet, bei Verkaufsförderungsaktionen die Preise dem Franchise-Nehmer vorzuschreiben, d.h. hier eine Preisbindung zu vereinbaren, vorausgesetzt, die Verkaufsförderungsaktion dauert nur einen kurzen Zeitraum und beeinträchtigt ansonsten die Preishoheit des Franchise-Nehmers nicht spürbar. Dies ist die Konsequenz der BGH-Entscheidung vom 08.04.2003 (GRUR 2003, 637 – Duplo-Riegel), wobei die Vertikal-GVO in der seit dem 01. Juni 2010 geltenden Fassung jetzt auch solche Verkaufsförderungsaktionen mit gebundenen Preisen als kartellrechtlich zulässig ansieht. Damit sind für Franchise-Systeme EU-weite Verkaufsförderungsaktionen mit gebundenen Preisen möglich.

In entsprechender Weise sind diese Grundsätze auf die Einführung neuer Produkte sowie neuer vom Franchise-Nehmer zu erbringender Dienstleistungen übertragbar. Auch Kalkulationshilfen zur gewinnorientierten Geschäftsführung können dem Franchise-Nehmer an die Hand gegeben werden, ohne dass darin eine gem. § 1 GWB bzw. Art. 101 I AEUV unzulässige Preisbindung zu sehen ist.

Allerdings sind solche Preisempfehlungen auch dann als unzulässige Preisbindungen anzusehen, wenn auf die Franchise-Nehmer wirtschaftlicher Druck ausgeübt wird, um die diesen so zu veranlassen, die Produkte nur zu den unverbindlich vorgegebenen Preisen einzusetzen. Dann liegt eine sog. **unzulässige Umgehungspreisempfehlung** vor (so ausdrücklich BGH BB 1999, 860 – Sixt).

Zahlungsverpflichtungen des Franchise-Nehmers

Der Franchise-Nehmer ist verpflichtet, seinen Zahlungsverpflichtungen nachzukommen, d.h.

- eine Eintrittsgebühr
- laufende Franchise-Gebühren
- Werbe- oder Marketinggebühren (fakultativ)

zu leisten. Des Weiteren besteht eine Verpflichtung, die erteilte Franchise anzuwenden, um das Franchise-Outlet zu betreiben (sog. Betreiberpflicht). Jeder Franchise-Nehmer kann auch verpflichtet werden, an den Schulungsmaßnahmen des Systems genauso teilzunehmen, wie dem Franchise-Geber die notwendigen Daten und Informationen fristgemäß zur Verfügung zu stellen, die für so genannte Betriebsvergleiche (Vergleich der Daten der einzelnen Franchise-Nehmer-Betriebe untereinander gegebenenfalls auch im Abgleich mit companyeigenen Betrieben) notwendig sind.

Für die Gebühren sollte folgende Checkliste beachtet werden:

- Wie hoch sind die Eintritts- und laufende Franchise-Gebühren?
- Wann ist die Eintrittsgebühr zur Zahlung fällig?
- Sind die Gebühren angemessen (stehen diese in einem angemessenen und ausgewogenen Verhältnis zum Know-how und den Systemeingliederungsleistungen sowie den im Franchise-Vertrag festgelegten dauernden Leistungen des Franchise-Gebers)?
- Wird eine monatliche Werbegebühr verlangt, die in einem Werbefonds einzuzahlen ist?
- Wird jährlich über die Mittelverwendung aus dem Werbefonds Rechnung gelegt?
- Sind die laufenden Franchise-Gebühren indexiert (problematisch, wenn die laufende Franchise-Gebühr umsatzabhängig ist, da dann ein entsprechender Inflationsausgleich gegebenenfalls schon über Erhöhung der EK-Preise erfolgt)?

7. Vertragsdauer

Die Vertragsdauer ist unterschiedlich und kann nicht allgemein beurteilt werden. Allerdings ist in der Rechtsprechung derzeit eine Tendenz feststellbar, bei Franchise-Verträgen nur noch eine Erstlaufzeit von 5 Jahren zuzulassen und bei längeren Laufzeiten eine Einschränkung der unternehmerischen Selbständigkeit des Franchise-Nehmers anzunehmen, die zur Nichtigkeit des abgeschlossenen Franchise-Vertrages gem. § 138 I BGB führen kann. Ob dieser Grundsatz allerdings verallgemeinert werden kann, erscheint fraglich. Vielmehr ist die Laufzeit eines Franchise-Vertrages immer auf den jeweiligen Franchise-Vertrag bezogen zu sehen. Diese hängt daher zum einen davon ab, ob es sich um ein Einzelhandels- oder Dienstleistungs-Franchise-System handelt; aber auch davon, welche Investitionen vom Franchise-Nehmer zu tätigen sind. Als Grundsatz gilt hier, dass sich die Investitionen des Franchise-Nehmers innerhalb der Vertragslaufzeit amortisieren müssen. Dies bedeutet im Umkehrschluss, dass die Höhe der Investitionen und deren Amortisierung die Vertragsdauer eines Franchise-Vertrages bestimmt.

Allerdings kommt auf Franchise-Verträge § 624 BGB nicht zur Anwendung. Danach ist es einem Dienstleistungsverpflichteten, bei dem der persönliche Charakter der Dienstleistung im Vordergrund steht, möglich, den Vertrag vorzeitig nach Ablauf von 5 Vertragsjahren mit einer Kündigungsfrist von 6 Monaten zu kündigen. Zwar hat das OLG München in seinem Beschluss vom 09. Januar 2009 (25 U 3709/08 n.v.) festgestellt, dass diese Regelung auch auf Franchise-Verträge anzuwenden ist, bei denen die höchstpersönliche Leistungserbringung des Franchise-Nehmers im Vordergrund steht, doch ist dem nicht zuzustimmen. Die gesetzliche Regelung geht von einer Zusammenarbeit mit dem abhängig Tätigen aus, während bei einem Franchise-Vertrag selbständige Unternehmer zusammenarbeiten, d.h. der Franchise-Geber und der Franchise-Nehmer als Unternehmer i.S.v. § 14 BGB. Insofern steht einem Franchise-Nehmer, auch wenn dieser zur höchstpersönlichen Leistungserbringung auf der Grundlage des abgeschlossenen Franchise-Vertrages verpflichtet ist, nicht das Recht zu, nach 5 Vertragsjahren gem. § 624 BGB die vorzeitige Beendigung des Franchise-Vertrages herbeizuführen.

Eine über zehn Jahre hinausgehende Erstlaufzeit des Franchise-Vertrages kann zwar nach Art. 5 a der EU-Gruppenfreistellungsverordnung für Vertikale Vertriebsbindungen (Vertikal-GVO) für die Laufzeit eines mit dem Franchise-Nehmer abgeschlossenen Untermietvertrages vereinbart werden oder wenn der Franchise-Geber als Vermieter zugleich Eigentümer der Immobilie ist, jedoch sollte die Erstlaufzeit von Franchise-Verträgen nicht mehr als 10 Jahre betragen. Allerdings steht fest, dass nicht mehr die

Rechtsprechung zur Vertragsdauer von Bierlieferungsverträgen analog auf die Laufzeit von Franchise-Verträgen übertragen werden darf. Insofern gilt nicht mehr allgemein der Grundsatz, dass Franchise-Verträge mit einer mindest 10-jährigen Laufzeit abgeschlossen werden können. Entscheidend ist die Höhe der Investitionen des Franchise-Nehmers. Diese bestimmen die zulässige Erstlaufzeit des abgeschlossenen Franchise-Vertrages sowie weitere Laufzeitklauseln (siehe dazu umfassend: **STOFFELS**, DB 2004, 1871 ff.).

Allgemein gilt der Grundsatz: Je höher die Investitionen des Franchise-Nehmers sind, desto länger können die Bindungen sein. Handelt es sich um sehr umfangreiche Investitionen, so kann entgegen Art. 4 Vertikal-GVO auch ein Wettbewerbsverbot, d.h. das Verbot an den Franchise-Nehmer, konkurrierende Produkte abzusetzen oder Dienstleistungen zu erbringen, für länger als fünf Jahre vereinbart werden. Bei der Vertragsgestaltung sind dann aber nicht nur die sog. "vertragsspezifischen Investitionen" darzustellen, sondern auch, dass sich diese Investitionen innerhalb einer Frist von fünf Jahren nicht amortisieren und deswegen der Franchise-Vertrag über eine längere Erstlaufzeit als fünf Jahre abgeschlossen werden muss und demgemäß auch der Franchise-Nehmer verpflichtet ist, noch über die fünf Jahre hinaus ein vertraglich vereinbartes Wettbewerbsverbot zu beachten. An diesen Grundsätzen der Guidelines zur Vertikal-GVO hat sich auch nichts durch die neu gefassten Guidelines, die zusammen mit der neu gefassten Vertikal-GVO vom 01. Juni 2010 an anzuwenden sind, geändert, d.h. die Guidelines zur Vertikal-GVO lassen dann gesonderte Vertragsgestaltungen mit längeren Laufzeiten als 5 Jahre zu, wenn die Investitionen des Franchise-Nehmer sich während dieses Zeitraums, eben weil das Franchise-Outlet hoch investiv ist, nicht amortisieren (abgedruckt sind die Guidelines bei **LIESCHER/FLOHR/PETSCHKE**, Handbuch der EU-Gruppenfreistellungsverordnungen, 2. Aufl., München 2011, Anhang I C 1).

Wenn daher Franchise-Verträge nur noch, um dem Franchise-Nehmer die Möglichkeit zu nehmen, konkurrierende Produkte zu verkaufen, auf eine Laufzeit von fünf Jahren fest vereinbart werden, dürften künftig sog. Ketten-Franchise-Verträge abgeschlossen werden, d.h. es werden sich Franchise-Verträge mit einer jeweils fünfjährigen Vertragsdauer aneinander reihen. Ob sich wegen der sich abzeichnenden fünfjährigen Festlaufzeit von Franchise-Verträgen zukünftig auch ein Anspruch auf Vertragsverlängerung oder Abschluss eines weiteren Franchise-Vertrages mit jeweils fünfjähriger Festlaufzeit ergeben wird, gilt es abzuwarten. Bislang wurde ein solcher aus § 242 BGB herzuleitender Vertragsverlängerungsanspruch allgemein abgelehnt. Ein solcher kann sich allenfalls ergeben, wenn sich die vom Franchise-Geber veranlassten Investitionen des Franchise-Nehmers bei Vertragsende noch nicht amortisiert haben.

§ 309 Ziff. 9 a BGB, wonach bei Dauerschuldverhältnissen nur eine Festlaufzeit von zwei Jahren vereinbart werden kann, findet auf sog. Gebrauchsüberlassungsverträge und daher auch auf Franchise-Verträge keine Anwendung.

Soweit neben dem Franchise-Vertrag ein Mietvertrag abgeschlossen wird, muss darauf geachtet werden, dass die Laufzeit des Mietvertrages der Laufzeit des Franchise-Vertrages entspricht. Dies gilt erst recht, wenn die Räumlichkeiten für das Franchise-Outlet aufgrund eines mit dem Franchise-Geber abgeschlossenen Untermietvertrages genutzt werden. Hier muss vor Abschluss des Franchise-Vertrages überprüft werden, ob die Räumlichkeiten auch dem Franchise-Geber für die gesamte Laufzeit des Franchise-Vertrages zur Verfügung stehen oder gegebenenfalls der Mietvertrag zu einem früheren Zeitpunkt endet als der abgeschlossene Franchise-Vertrag. Unterbleibt eine solche Überprüfung und wusste der Franchise-Geber bei Abschluss des Franchise-Vertrages, dass der Mietvertrag nicht eine dem Franchise-Vertrag entsprechende Laufzeit hat und demgemäß auch der Untermietvertrag mit dem Franchise-Nehmer nicht auf die Dauer des Franchise-Vertrages abgeschlossen werden kann, so ist er verpflichtet, den Franchise-Nehmer im Rahmen der Vertragsverhandlungen darauf hinzuweisen. Unterbleibt ein solcher Hinweis, so liegt darin eine Verletzung der vorvertraglichen Aufklärungspflichten. Dies führt wiederum zu einem Schadensersatzanspruch gegen den Franchise-Geber nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo gem. §§ 280 I, 311 BGB. Entsprechendes gilt, wenn der Franchise-Geber vergisst, eine Verlängerungsoption des Mietvertrages auszuüben, sodass infolge dieses Versäumnisses der Mietvertrag endet und damit auch gem. § 546 II BGB der mit dem Franchise-Nehmer abgeschlossene Untermietvertrag. Dieser ist dann zur Räumung und Herausgabe der Räumlichkeiten des Franchise-Outlets an den Vermieter verpflichtet.

8. Kündigung

Trotz der vertraglich vereinbarten Festlaufzeit kann ein Franchise-Vertrag sowohl vom Franchise-Geber als auch vom Franchise-Nehmer außerordentlich (fristlos) aus wichtigem Grund gekündigt werden. Dazu wurden in Franchise-Verträgen immer Kataloge solcher Gründe aufgeführt, die einerseits den Franchise-Geber andererseits den Franchise-Nehmer zur fristlosen Kündigung des Franchise-Vertrages berechtigen. Dies ist seit dem 01.01.2002 nicht mehr notwendig. Das Recht zur fristlosen Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses ist nämlich seit dem 01. Januar 2002 gesetzlich in § 314 I BGB geregelt. Danach kann ein Franchise-Vertrag sowohl vom Franchise-Geber als auch vom Franchise-Nehmer gekündigt werden, wenn aufgrund eines Grundes das Vertrauensverhältnis zwischen den Vertragsparteien so nachhaltig erschüttert ist, dass der kündigenden Vertragspartei (Franchise-Geber oder Franchise-Nehmer) eine Fortsetzung des Franchise-Vertrages bis zum Ende der vertraglich vereinbarten Festlaufzeit nicht zugemutet werden kann. Diese Kündigung ist gemäß § 314 III BGB innerhalb angemessener Frist zu erklären. Die Angemessenheit dieser Frist wird allerdings nicht im Gesetz definiert. Insofern kann auf die Rechtsprechung zum Handelsvertreterrecht zurückgegriffen werden, da auch gegenüber einem Handelsvertreter die fristlose Kündigung des Handelsvertretervertrages gem. § 89 a HGB innerhalb angemessener Frist zu erklären ist. Hier hat die Rechtsprechung festgelegt, dass die Angemessenheit der Frist überschritten ist, wenn zwischen dem Zeitpunkt der Kenntnis des wichtigen Grundes und dem Ausspruch der fristlosen Kündigung ein zeitlicher Rahmen von mehr als drei Monaten verstrichen ist (vgl. zur Bestimmung der Kündigungsfrist: **FLOHR/PETSCHKE**, a.a.O., S. 272, Rn. 85 ff.; **FLOHR**, Franchise-Vertrag, a.a.O., S. 272 f. m.w.N.). Einer solchen fristlosen Kündigung hat in der Regel eine Abmahnung vorauszugehen. Die Abmahnung ist nur dann entbehrlich, wenn eine der Fallgruppen des § 323 II BGB vorliegt, wie z.B., dass die Vertragspartei des Franchise-Vertrages, der gegenüber die fristlose Kündigung erklärt werden soll, zu erkennen gegeben hat, dass sie nicht bereit ist, den vertragsverletzenden Zustand abzustellen, sich also vertragskonform zu verhalten.

Seit den Apollo-Optik-Entscheidungen vom 20.05.2003 (BB 2003, 2254) steht fest, dass im Rahmen eines Franchise-Vertrages eine fristlose Kündigung ohne wichtigen Grund nicht vereinbart werden kann, da eine solche Regelung gegen das gesetzliche Wertungsmodell des § 314 I BGB verstößt. Entsprechend sind auch sog. **Sonderkündigungsrechte** zu behandeln, d.h. wenn diese zu einer vorzeitigen Beendigung des Franchise-Vertrages führen, müssen gleichwohl die Voraussetzungen des § 314 I BGB gegeben sein. Ist die Ausübung eines Sonderkündigungsrechts zugleich davon abhängig, dass mit dem Franchise-Nehmer vereinbarte Absatzziele nicht erreicht wurden, so führt allein das Nichterreichen des Absatzzieles nicht dazu, dass der Franchise-Geber zur Erklärung der fristlosen Kündigung berechtigt ist. Vielmehr ist nach der Rechtsprechung vor Ausspruch der Kündigung ausdrücklich festzustellen, dass der Franchise-Nehmer insoweit seiner sog. **Bemühenspflicht** nicht nachgekommen ist (BGH Urteil vom 13.07.2004, GRUR Int. 2005, 152 - Citroën). Allerdings muss nicht unbedingt, damit eine fristlose Kündigung i.S.v. § 314 I BGB erklärt werden kann, **ein** wichtiger Grund vorliegen; auch eine Mehrzahl von Gründen, können sich nach und nach zu **einem** wichtigen Grund i.S.v. § 314 I BGB verdichten, wie der BGH bereits in seiner Entscheidung vom 03. Oktober 1984 (NJW 1985, 1874 – mit Anmerkung **BÖHNER**, NJW 1985, 2811) festgestellt hat. Eines ist allerdings zu beachten: Auf der Grundlage der Entscheidung des Kammergerichts Berlin vom 21. November 1997 (BB 1998, 607 – BURGER KING) ist eine fristlose Kündigung eines Franchise-Vertrages nur als „ultima ratio“ möglich; dabei gilt dieser Grundsatz gleichermaßen für eine erklärte fristlose Kündigung des Franchise-Gebers wie umgekehrt des Franchise-Nehmers.

Auch darf eine fristlose Kündigung eines Franchise-Vertrages grundsätzlich nur dann erklärt werden, wenn gem. § 314 II 1 BGB zuvor eine Abmahnung ausgesprochen wurde. Eine solche Abmahnung ist jedoch dann entbehrlich, wenn es sich um einen gravierenden Vertragsverstoß des Franchise-Nehmers handelt; dieser z.B. für ein Konkurrenzunternehmen tätig geworden ist, ohne insofern die Einwilligung (§ 187 BGB) des Franchise-Gebers eingeholt zu haben (grundsätzlich OLG München, BB 2009, 2002).

9. Rechtsfolgen der Beendigung des Franchise-Vertrages

Möglich sind hier Regelungen, dass wechselseitige Forderungen innerhalb einer Frist von zehn Tagen nach Beendigung des Franchise-Vertrages unbeschadet anderweitiger Zahlungsziele auszugleichen sind. Auch sollte festgeschrieben werden, dass ein etwaiges Warenlager vom Franchise-Geber zurückgenommen wird, wobei die Rechtsprechung Abschläge bis zu 40 % auf den EK-Preis anerkennt.

Ob einem Franchise-Nehmer ein **Ausgleichsanspruch** für den von ihm aufgebauten Kundenstamm analog **Handelsvertretergrundsätzen gem. § 89 b HGB** (Handelsgesetzbuch) zusteht, ist problematisch und kann auch nicht allgemein beurteilt werden. Dies hängt vom jeweiligen Franchise-System, aber auch davon ab, ob der Franchise-Nehmer Einmalkunden oder so genannte Stammkunden akquiriert hat. Eine allgemeine Aussage ist nicht möglich. Zwischenzeitlich liegen zwar erstinstanzliche Entscheidungen des LG Frankfurt/Main vom 10.12.1999 (3/8 O 28/99 n.v.) und des LG Hanau vom 28.05.2005 (6 O 106/01 n.v.) vor, wobei das Urteil des LG Frankfurt/Main durch ein in der mündlichen Verhandlung vor dem OLG

Frankfurt am 16.09.2003 (EWiR § 89 b HGB 1/04) abgeschlossenen Vergleich bestätigt wurde, doch kommt es nunmehr auf die Beurteilung des Franchise-Vertrages im Einzelfall an. Feststehen muss aber auf jeden Fall, dass der Franchise-Nehmer wie ein Handelsvertreter in die Unternehmensorganisation eingegliedert sein muss. Ob dazu auch zwingend eine Bezugsbindung entweder gegenüber dem Franchise-Geber oder gegenüber den zum Franchise-System gelisteten Lieferanten gehört, wurde noch nicht gerichtlich entschieden, dürfte aber zu bejahen sein. Auch das OLG Celle geht in seinem Urteil vom 22.03.2007 (BB 2007, 930) davon aus, dass grundsätzlich einem Franchise-Nehmer ein Ausgleichsanspruch nach Handelsvertretergrundsätzen analog § 89 b HGB zustehen kann, verneint aber einen Anspruch eines Franchise-Nehmers auf sog. Überhangprovisionen i.S.d. § 87 HGB. Hierbei handelt es sich um Provisionen, die einem Handelsvertreter für solche Rechtsgeschäfte geleistet werden, die noch zum Zeitpunkt des Bestehens des Handelsvertretervertrages vermittelt wurden, aber erst nach Beendigung des Handelsvertretervertrages vom Unternehmen ausgeführt worden sind. Diese Vorschrift ist nach Ansicht des OLG Celle ausschließlich auf den Abschlussvertreter zugeschnitten und demgemäß nicht auf andere Vertragsverhältnisse, und damit auch nicht auf einen Franchise-Nehmer übertragbar.

In einem Punkt ist die Entscheidung des OLG Celle aber von besonderer Bedeutung: das Gericht geht davon aus, dass der Ausgleichsanspruch analog § 89 b HGB – ohne einen Verstoß gegen § 89 b IV HGB – vertraglich ausgeschlossen werden kann, wenn dem Franchise-Nehmer die Möglichkeit eröffnet wird, den Kundenstamm, den er während der Dauer des Franchise-Vertrages akquiriert hat, nach Vertragsbeendigung mitzunehmen.

Bislang war davon ausgegangen worden, dass für die Höhe des Ausgleichsanspruchs des Franchise-Nehmers analog den Handelsvertretergrundsätzen auf dessen Umsätze abzustellen ist. Dadurch, dass durch die EuGH-Entscheidung vom 26. März 2009 (IHR 2009, 212 Semen) § 89b II Nr. 2 HGB (Gesetz vom 31. Juli 2009, BGBl. I 2009, 2512, 2519) abgeändert worden ist, stehen nicht mehr die Umsätze des Franchise-Nehmers im Vordergrund; vielmehr ist entscheidend, ob der Franchise-Geber nach Beendigung des Franchise-Vertrages aus dem übernommenen Kundenstamm des Franchise-Nehmers weitere Vorteile herleiten kann. Die Umsätze des Franchise-Nehmers bzw. etwaige an diesen geleistete Provisionen sind nur noch im Rahmen der Billigkeitserwägungen gem. § 89b Nr. 2 HGB n.F. von Bedeutung (grundsätzlich **THUME**, BB 2009, 2490; **STEINHAUER**, EuZW 2009, 887; **SEMLER**, BB 2009, 2327). Hier gilt es also für die Berechnung des Ausgleichsanspruchs eines Franchise-Nehmers nach Handelsvertretergrundsätzen die Rechtsprechung zur Berechnung des Ausgleichsanspruchs auf der Grundlage der geänderten Regelung in § 89b Nr. 2 HGB n.F. abzuwarten.

Möglicherweise zeichnet sich aber eine **Tendenzwende** ab: der BGH hat nämlich mit Beschluss vom 29. April 2010 (GWR 2010, 523 - JOOP!) festgestellt, dass eine entsprechende Anwendung des Handelsvertreterausgleichsanspruchs bei Markenlizenzverträgen nicht in Betracht kommt. Insoweit heißt es in den beiden Leitsätzen der Entscheidung:

1. „Dem Lizenznehmer eines Markenlizenzvertrages kann bei Beendigung des Lizenzverhältnisses ein Ausgleichsanspruch nach den Grundsätzen der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur entsprechenden Anwendung des § 89 b HGB ... zustehen. Eine entsprechende Anwendung des § 89 b HGB setzt demnach die Einbindung des Lizenznehmers in die Absatzorganisation des Lizenzgebers sowie die Verpflichtung des Lizenznehmers voraus, dem Lizenzgeber seinen Kundenstamm zu übertragen.
2. Ist der Markeninhaber und Lizenzgeber auf dem Gebiet der vom Lizenznehmer vertriebenen Waren selbst nicht tätig, so sind die Voraussetzungen einer entsprechenden Anwendung des § 89 b HGB im Regelfall nicht gegeben.“

Daraus folgt, dass dann bei Franchise-Verträgen kein Ausgleichsanspruch nach Handelsvertreterrecht zu gewähren ist, wenn der Schwerpunkt der vertraglichen Vereinbarungen lediglich in der Lizenzgewährung (Überlassung des Know-hows eines Franchise-Systems, Nutzung der Markenrechte) liegt und übliche Absatzförderungspflichten des Franchise-Nehmers nicht zur Einbindung in die Absatzorganisation des Franchise-Gebers führen. Insoweit gilt es um die weitere Entwicklung in der Rechtsprechung abzuwarten - insbesondere Entscheidungen des für Franchiserecht (nunmehr) zuständigen VII. Senat des BGH.

Ob neben einem solchen Ausgleichsanspruch auch ein sog. **Investitionserstattungsanspruch** besteht, d.h. ein Anspruch des Franchise-Nehmers, dass ihm die Investitionen erstattet werden, die sich bei Beendigung des Franchise-Vertrages noch nicht amortisiert haben, ist umstritten. Die Rechtsprechung hat bislang nur in Einzelfällen einen solchen Investitionserstattungsanspruch zugesprochen. Zuzuerkennen ist ein solcher Investitionserstattungsanspruch nach deutschem Recht nur dann, wenn es sich um nicht amortisierte Investitionen handelt, die vom Franchise-Geber veranlasst worden sind (z.B. Anpassung des Showroom an die veränderte Corporate Identity des Franchise-Systems drei Monate vor Beendigung des

Franchise-Vertrages). In Österreich ist dies mittlerweile gesetzliche Verpflichtung, d.h. der Franchise-Geber hat gem. § 454 Unternehmensgesetzbuch (UGB) dem Franchise-Nehmer solche Investitionen zu erstatten, die sich bei Beendigung des Franchise-Vertrages noch nicht amortisiert haben. Hier gilt es für Deutschland die weitere Entwicklung in der Gesetzgebung zu beachten.

10. Widerrufsrecht / Widerrufsbelehrung

Dieser Punkt hat sich in den letzten 15 Jahren als einer der problematischsten Punkte bei Franchise-Verträgen herausgestellt. Daran hat sich bis heute nichts geändert. Das Recht zur Widerrufsbelehrung ist in den letzten Jahren mehrmals geändert worden, teilweise mehrmals in einem Jahr. Die Fülle der ergangenen Entscheidungen zu den Formalien und zu dem Inhalt der Widerrufsbelehrung, die verpflichtend zu beachten sind, ist kaum noch zu überschauen.

Seit der Entscheidung des BGH vom 16.04.1986 (BGHZ 94, 226) steht fest, dass auf Franchise-Verträge Verbraucherschutzrechte dann anzuwenden sind, wenn der Franchise-Nehmer einer Bezugsbindung unterliegt. War der Franchise-Nehmer zunächst über sein Widerrufsrecht gem. § 1 b Abzahlungsgesetz (AbzG) zu belehren, so war bis zum 11. Juni 2010 eine Widerrufsbelehrung gem. § 355 I BGB vorzunehmen, wobei in der Regel das amtliche Muster der „3. Änderung der BGB-Informationspflichtenverordnung“ vom 02.12.2004 (BGBl. 2004 I 3102) gem. § 14 BGB-Informationspflichtenverordnung einer solchen Widerrufsbelehrung zugrunde gelegt wurde.

Seit dem 11. Juni 2010 setzt eine ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung gem. § 355 I 1 BGB i.V.m. § 360 BGB n.F. voraus, dass

- der Franchise-Nehmer eine deutlich gestaltete Belehrung über sein Widerrufsrecht erhält;
- verbunden mit dem Hinweis auf eine Widerrufsfrist von 14 Tagen (*bis 11. Juni 2010: zwei Wochen*);
- in der Widerrufsbelehrung zum Ausdruck kommt, dass diese sich auf den abgeschlossenen Franchise-Vertrag bezieht;
- Name und Anschrift des Franchise-Gebers sowie der Beginn der Widerrufsfrist angegeben werden, wobei eine Postanschrift nicht ausreichend ist, und
- ein Hinweis darauf erfolgt, dass der Widerruf nicht zu begründen ist und
- zur Wahrung der Widerrufsfrist die rechtzeitige Absendung des Widerrufs reicht.

Notwendig ist eine Widerrufsbelehrung des Franchise-Nehmers jedoch nur dann, wenn dieser einer Bezugsbindung gem. § 505 I BGB unterliegt, d.h. aufgrund des abgeschlossenen Franchise-Vertrages zum dauernden Bezug der Waren verpflichtet ist, die er in seinem Franchise-Outlet absetzt. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Bezugsbindung unmittelbar gegenüber dem Franchise-Geber begründet wurde oder aber gegenüber dem vom Franchise-Geber zum Franchise-System gelisteten Lieferanten.

Weitere Voraussetzung ist, dass der Franchise-Nehmer Verbraucher i.S.v. § 13 BGB ist. Der Bundesgerichtshof hat zwar in seinem Beschluss vom 24.02.2005 (NJW 2005, 1273) festgestellt, dass bei einem der Existenzgründung dienenden Geschäft Unternehmer- und nicht Verbraucherhandeln vorliegt. Dies bedeutet, dass ein Existenzgründungs-Franchise-Nehmer mit Abschluss des Franchise-Vertrages seine Unternehmereigenschaft i.S.v. § 14 BGB erhält. Damit entfällt aber nicht die Verpflichtung zur Widerrufsbelehrung gem., wenn und soweit die Investitionssumme des Franchise-Nehmers nicht einen Betrag i.H.v. € 75.000,- (bis 11. Juni 2010 EUR 50.000,00) übersteigt; **sog. Widerrufswertgrenze** (§ 512 BGB n.F.). Die Ermittlung dieser Widerrufswertgrenze hat nach dem Urteil des Brandenburgischen OLG vom 31.08.2005 (NJW 2006, 159) nicht nach wirtschaftlichen Grundsätzen, sondern bezogen auf den jeweiligen Vertrag zu erfolgen. Da in der Regel eine Eintrittsgebühr bei Abschluss eines Franchise-Vertrages € 75.000,- nicht übersteigt, bedeutet dies, dass grundsätzlich auch bei einem Existenzgründungs-Franchise-Nehmer bei einem Franchise-Vertrag mit Bezugsbindung weiterhin von der Notwendigkeit einer Widerrufsbelehrung gem. § 355 I BGB i.V.m. § 360 BGB n.F. auszugehen ist.

Ob die Widerrufsbelehrung den gesetzlichen Vorschriften entspricht, konnte bis zum 11. Juni 2010 auch nicht danach beurteilt werden, indem der Text der vorgelegten Widerrufsbelehrung mit dem Text des amtlichen Musters zur Widerrufsbelehrung (Anlage 2 zu § 14 BGB-Informationspflichtenverordnung (BGB-InfoVO) abgeglichen wird. Das amtliche Muster war nämlich, wie das Urteil des OLG Halle vom 13.05.2006 (BB 2006, 1817) zeigt, unwirksam.

Seit dem 11. Juni 2010 an, sind bei der Widerrufsbelehrung eines Franchise-Nehmers bei Abschluss des Franchise-Vertrages die gesetzlichen Grundsätze auf der Grundlage des Umsetzungsgesetzes zur EU-Verbraucherkreditrichtlinie vom 29. Juli 2009 (BGBl. 2009 I 2355; dazu **FLOHR**, ZGS 2009, 203 ff.) zu

berücksichtigen. Nunmehr ist das etwaige Widerrufsrecht des Franchise-Nehmers in §§ 355, 360 BGB n.F. normiert, wobei das Verbraucherschutzrechtliche Schriftformerfordernis (§ 492 BGB) unverändert bleibt, jedoch die Widerrufswertgrenze i.S. des § 512 BGB von EUR 50.000,00 derzeit auf EUR 75.000,00 seit dem 11. Juni 2010 heraufgesetzt worden ist.

Die wichtigste Änderung liegt aber darin, dass das Muster der Widerrufsbelehrung nicht mehr in einer Rechtsverordnung enthalten ist, wie das derzeitige Muster als Anlage 2 zu § 14 BGB-InfoVO, sondern Gesetzesrang erhält, d.h. zukünftig als Anlage 1 dem Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (EGBGB) beigelegt ist. Damit ist es aber den Gerichten nicht mehr möglich, die Widerrufsbelehrung zu verwerfen, wenn diese nicht dem amtlichen (gesetzlichen) Muster entspricht, auch wenn dessen Text nach wie vor mit der Fristberechnungsvorschrift des § 187 BGB nicht übereinstimmt. Insofern wird nämlich in § 360 BGB n.F. ausdrücklich festgehalten, dass eine Widerrufsbelehrung den gesetzlichen Vorgaben i.S.v. § 355 BGB entspricht, wenn dieser auf der Grundlage des amtlichen Musters erfolgt (§ 360 BGB n.F.).

11. Rentenversicherung selbständiger Franchise-Nehmer

Das BSG geht in seinem Urteil vom 04.11.2009 (SGB 2011, 45 ff.) im Gegensatz zur Rechtsprechung der Landessozialgerichte (beispielhaft: LSG Bayern, BeckRS 2009, 55914) davon aus, dass der Franchise-Geber alleiniger Auftraggeber des Franchise-Nehmers ist, da es Aufgabe des Franchise-Nehmers sei, das Franchise-Konzept an seinem Point of Sale umzusetzen. Insofern sei der Auftragsbegriff des Sozialversicherungsrecht weiter auszulegen, als der enge Auftraggeberbegriff des § 662 BGB, wonach Auftraggeber nur sein kann, wer "schwerpunktmäßig fremde Interessenverfolge" (vgl. dazu auch: **FLOHR**, BB 2006, 389, 391).

Zugleich hält das BSG fest, aus der Gesetzgebungsgeschichte des § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI ergebe sich, dass nach den Vorstellungen der an den verschiedenen Gesetzgebungsverfahren Beteiligten auch für Franchise-Verhältnisse ein Regelungsbedarf bestand und Franchise-Nehmer ausdrücklich in die Rentenversicherungspflicht Selbständiger einbezogen werden sollten. Dazu war vorgesehen, § 7 Abs. 6 SGB IV a.F. um einen zweiten Satz mit einer Legaldefinition des Auftraggeberbegriffes zu ergänzen (vgl. auch insoweit: **FLOHR**, Franchise-Vertrag, a.a.O., S. 34). Danach sollte der Auftraggeber "jede natürliche oder juristische Person oder Personengesamtheit sein, die im Wege eines Auftrags oder in sonstiger Weise eine andere Person mit einer Tätigkeit betraut, sie ihr vermittelt oder ihr die Vermarktung oder Verkauf von Produkten nach einem bestimmten Organisations- und Marketingkonzept überlässt". In der Entwurfsbegründung wurde dazu ausgeführt, dass diese Definition des Auftragsbegriffes die Vermittlungs- oder Agenturmodelle genauso erfasse wie das Franchising (BT-Drucks. 13/6549, 7; BT-Drucks. 13/8942, 8).

Aufgrund des Urteils des BSG vom 04.11.2009 muss nunmehr davon ausgegangen werden, dass im sozialversicherungsrechtlichen Sinne der Franchise-Geber grundsätzlich alleiniger Auftraggeber des Franchise-Nehmers ist und daher schon durch den Abschluss des (Franchise-)Vertrages das erste Kriterium der Rentenversicherungspflicht selbständiger Franchise-Nehmer i.S.v. § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI erfüllt wird, nämlich das der Ausübung einer Tätigkeit für nur einen Auftraggeber.

Insofern besteht nur dann keine Rentenversicherungspflicht i.S.v. § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI für selbständige Franchise-Nehmer, wenn diese nicht in ihrem Franchise-Outlet allein tätig sind, sondern regelmäßig mindestens einen rentenversicherungspflichtigen Mitarbeiter beschäftigen, der eine monatliche Vergütung von mehr als EUR 400,00 entsprechend dem RV-Altersgrenzenanpassungsgesetzes vom 20. April 2007 (BGBl. I, 2007, 554) erhält.

Jedem Franchise-Nehmer wird aber empfohlen, sich insoweit mit einem Rentenberater in Verbindung zu setzen. Die Erfahrungen des DFV zeigen nämlich, dass generelle Aussagen nicht möglich sind, sondern es immer auf die jeweilige Vertragsgestaltung ankommt.