

Henning Liesegang

**Der Ausgleichsanspruch
des Franchisenehmers
analog § 89b HGB**



Nomos

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung	27
A. Gegenstand und Zielsetzung der Arbeit	27
B. Auswertung der Rechtsprechung	29
C. Klärungsbedarf	30
D. Vorgehensweise und Aufbau der Arbeit	31
§ 2 Grundlagen des Franchising	32
A. Historische Entwicklung	33
I. Begriffsherkunft und Wortbedeutung	33
II. Franchising als Kooperationsform unter Privatrechtssubjekten	34
1. Produktfranchising	34
2. Betriebsfranchising	35
3. Fehlentwicklungen und erste Rechtssetzungen	37
4. Entwicklung in Europa	38
B. Typisierung von Franchiseverträgen	39
I. Gegenstand des Geschäftsmodells (Waren-, Dienstleistungs- und Produktionsfranchising)	39
II. Beteiligte Wirtschaftsstufen und Aufbau (vertikal, horizontal, Master-Franchising)	40
III. Macht- und Interessenkonstellationen (Subordinations- und Partnerschaftsfranchising)	42
1. Theorie vom Partnerschaftsfranchising	43
2. Kritik	45
3. Stellungnahme	46
IV. Kooperationsintensität (Voll- und Teil-, Mini- oder Abteilungsfranchising; Produkt- oder Betriebsfranchising)	48
V. Expansionsgrad (Markenfranchising; Betreiber-, Inhaber-, Unternehmerfranchising)	49
1. Markenfranchising	49
2. Stellungnahme	50

Inhaltsverzeichnis

C. Definition	51
I. Vertikales Warenvertriebs- und Dienstleistungsfranchising	51
II. Andere Franchise-Vertragstypen	53
1. Horizontales Franchising	53
2. Produktionsfranchising	54
3. Master-Franchising	55
III. Dieser Arbeit zugrundeliegendes Begriffsverständnis	56
D. Rechtliche Einordnung und geltendes Recht	57
I. Rechte und Pflichten innerhalb des Franchiseverhältnisses	57
1. Allgemeines	57
2. Pflichten des Franchisegebers / Rechte des Franchisenehmers	58
a) Typische Hauptleistungspflichten	58
b) Typische Nebenleistungspflichten und nicht leistungsbezogene Nebenpflichten	63
c) Vorvertragliche Aufklärungspflichten	64
3. Pflichten des Franchisenehmers / Rechte des Franchisegebers	65
a) Typische Hauptleistungspflichten	65
(1) Gebührensicherungspflicht	65
(2) Absatzförderungs- und Betriebsführungspflicht	67
(3) Geschäftsbesorgungsvertraglicher Charakter der Absatzförderungs- und Betriebsführungspflicht des Franchisenehmers	68
(4) Gewichtung zwischen Absatzförderungs- und Gebührensicherungspflicht	70
b) Typische Nebenleistungspflichten und nichtleistungsbezogene Nebenpflichten	72
4. Synallagmatische Verknüpfungen	72
5. Besonderheiten bei bestimmten Typen von Franchiseverträgen	74
a) Horizontal strukturierte Franchisesysteme	74
b) Produktionsfranchising	76
c) Masterfranchising	79
6. Fazit	83
II. Rechtssetzung in Deutschland und der EU	84
E. Abgrenzung zu anderen Vertragstypen	88
I. Vertrieb über eigene Angestellte	89
II. Handelsvertreter	92
1. Allgemeines	92

2. Rechtliche Einordnung und gegenseitige Pflichten	92
3. Unterschiede zum Franchisenehmer	96
III. Kommissionsagenten	98
IV. Vertragshändler	100
1. Allgemein	100
2. Rechtliche Einordnung und gegenseitige Pflichten	100
3. Unterschiede zum Franchisenehmer	103
V. Lizenz- und Know-how-Vertrag	106
1. Allgemeines	106
2. Rechtliche Einordnung und gegenseitige Pflichten	107
3. Unterschiede zum Franchisenehmer	110
F. Rechtsnatur des Franchisevertrages	113
I. Vorbemerkung	113
II. Typengemischter Vertrag	114
III. Geschäftsbesorgungsvertrag	115
IV. Lizenzvertrag / Know-how-Vertrag	116
V. Gesellschaftsvertrag	119
VI. Vertrag sui generis	120
VII. Besonderheiten bei bestimmten Typen von Franchiseverträgen	121
1. Horizontal strukturierte Franchisesysteme	121
2. Produktionsfranchising	122
VIII. Stellungnahme zur Rechtsnatur von Franchiseverträgen	122
1. Vorbemerkung	122
2. Grundsätzlich lizenzvertraglicher Charakter	123
3. Zu den Gegenargumenten	125
4. Kritik an geschäftsbesorgungsvertraglicher Einordnung	127
G. Ergebnis	130
§ 3 Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters nach § 89b HGB	132
A. Entstehungsgeschichte des § 89b HGB	132
B. Ratio legis und Rechtsnatur des § 89b HGB	133
I. Ratio legis	134
1. Erwägungen des Gesetzgebers	134
a) Zweck der Neuregelung des Handelsvertreterrechts	134
b) Erwägungen insbesondere zu § 89b HGB	135
2. Ausnahmecharakter	137
II. Rechtsnatur des Ausgleichsanspruchs	138
1. Ausführungen des Gesetzgebers	138

Inhaltsverzeichnis

2. Sozialanspruch versus Vergütung	140
3. Weitere Ansichten	143
III. Stellungnahme	145
1. Zur ratio legis	145
2. Zur Rechtsnatur	146
C. Ergebnis	149
§ 4 Die analoge Anwendung von Rechtsnormen und andere Formen der Rechtsfortbildung	150
A. Auslegung und Rechtsfortbildung	150
B. Methoden der Rechtsfortbildung	151
I. Gesetzesimmanente und gesetzesübersteigernde Rechtsfortbildung	151
II. Rechtsergänzende und rechtsabändernde Rechtsfortbildung	152
III. Vorliegend einschlägige Formen der Rechtsfortbildung	153
C. Analogie und teleologische Extension	153
I. Gemeinsame Voraussetzungen	153
1. Feststellung einer planwidrigen Regelungslücke	154
a) Vorliegen einer Regelungslücke	154
b) Planwidrigkeit der Regelungslücke	154
c) Unterschiedliche Typen von Regelungslücke	155
2. Ausfüllung der Regelungslücke	157
II. Insbesondere zur Analogie	158
1. Allgemeines	158
2. Prüfung der Analogiefähigkeit oder eines Analogieverbotes?	159
III. Insbesondere zur teleologische Extension	161
IV. Stellungnahme	162
D. Ergebnis	164
§ 5 Die analoge Anwendung des § 89b HGB auf andere als Franchisenehmer	166
A. Planwidrige Regelungslücke	166
I. Objektive Regelungslücke	166
1. Bereicherungsansprüche	167
2. Anspruch aus § 354 Abs. 1 HGB	168
3. Anspruch aus § 242 BGB	169
4. Zwischenergebnis	169

II. Planwidrigkeit der Regelungslücke	170
1. Allgemeines	170
2. Auffüllung der Regelungslücke durch das Kartellrecht	172
B. Vergleichbare Interessenlage	173
I. Einleitung	173
II. Rechtsprechung	175
1. Zum Vertragshändler	175
a) Analoge Anwendung des Handelsvertreterrechts allgemein	175
(1) Rechtsprechung des Reichsgerichts	175
(2) Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs	178
b) Analoge Anwendung insbesondere des § 89b HGB	181
(1) Urteil des 2. Zivilsenats des BGH vom 11.12.1958, II ZR 73/57	181
(2) Urteil des 7. Zivilsenats des BGH vom 16.02.1961, VII ZR 239/59	184
(3) Urteil des 1. Zivilsenats des BGH vom 11.02.1977, I ZR 185/75	186
2. Zum Kommissionsagenten	189
3. Zum (Marken-)Lizenznehmer	191
4. Die einzelnen Analogievoraussetzungen nach der heutigen Rechtsprechung	194
a) Handeln als selbstständiger Unternehmer	194
b) Handelsvertreterähnliche Eingliederung in eine fremde Absatzorganisation	194
(1) Eingliederung	195
(2) Absatzorganisation	198
c) Pflicht zur Übertragung des Kundenstamms	199
(1) Vertraglich bedingte Pflicht	199
(2) Kausalität zwischen der Vertragspflicht zur Übertragung des Kundenstamms und den Unternehmervorteilen	202
(3) Aufgabe der Analogievoraussetzung?	204
5. Zusammenfassung	205
III. Literaturansichten	206
1. Zum Vertragshändler	206
a) Handelsvertreterähnliche Eingliederung in eine fremde Absatzorganisation / Schutzbedürftigkeit	208
(1) Frühe Ansichten	208

Inhaltsverzeichnis

(2) Unternehmerische Freiheit und eigener Kapitaleinsatz des Vertragshändlers	208
(3) Kartellrechtliche Erwägungen	210
(4) Schutzbedürftigkeit	213
(5) Kritik an den Einzelkriterien des BGH	216
b) Pflicht zur Übertragung des Kundenstamms	217
(1) Ausreichen der faktische Kundenkontinuität	217
(2) Kein Ausgleich bei ausgeprägter Sogwirkung der Marke	219
(3) Kausalität zwischen der Vertragspflicht zur Übertragung des Kundenstamms und den Unternehmervorteilen	220
(4) Kritik an den Einzelkriterien des BGH	221
c) Weitere Ansichten	221
(1) Keine kausalen Vor- und Nachteile aus der Vertragsbeendigung	222
(2) Weitere Einwände gegen eine Analogie	222
2. Zum Kommissionsagenten	223
3. Zum (Marken-)Lizenznehmer	224
IV. Stellungnahme	227
1. Beurteilungsmaßstab für die Analogiekriterien	227
2. Zum Vertragshändler	228
a) Handelsvertreterähnliche Eingliederung in eine fremde Absatzorganisation / Schutzbedürftigkeit	229
(1) Erforderlichkeit der Schutzbedürftigkeit für die Analogie	229
(2) Ausfüllung der Schutzbedürftigkeit	232
(3) Schutzbedürftigkeit bei typischen Vertragshändlerverhältnissen	235
(a) Erheblicher eigener Kapitaleinsatz und Haftungsrisiken	236
(b) Kartellrechtliche Erwägungen	238
(c) Eigene Leistungserbringung und Betriebsorganisation	239
(4) Berücksichtigung durch die Rechtsprechung	240
(5) Ergebnis	242
b) Ersatz für die infolge der Vertragsbeendigung entgehende Vergütung	243
(1) Schaffung eines Kundenstamms des Unternehmers	244

(2) Unterschiedliche Entgeltstruktur	245
(3) Kausale Vor- und Nachteile aus der Vertragsbeendigung	246
(4) Berücksichtigung durch die Rechtsprechung	248
(5) Fazit	249
c) Pflicht zur Übertragung des Kundenstamms	249
(1) Verständnis der Rechtsprechung	250
(2) Stellungnahme	251
(a) Allein faktische Nutzbarkeit der Kunden maßgeblich	251
(b) Weitere Einwände	253
(c) Sogwirkung der Marke	254
3. Zum Kommissionsagenten	254
4. Zum (Marken-)Lizenznehmer	255
a) Übertragung der für Vertragshändler geltenden Ausführungen	255
b) Weitergehende unternehmerische Handlungsspielräume durch eine Produktionstätigkeit	255
c) Vertrieb von „Produkten des Lizenzgebers“	256
d) Entgeltcharakter des § 89b HGB	258
C. Ergebnis	259
§ 6 Die analoge Anwendung des § 89b HGB auf unterschiedliche Typen von Franchisenehmern	262
A. Rechtsprechung	262
I. Zum Handelsvertreterrecht allgemein	262
II. Zu § 89b HGB	264
1. Rechtsprechung des BGH	264
a) Urteil des 8. Zivilsenats des BGH vom 23.07.1997, VIII ZR 130/96	265
b) Urteil des 1. Zivilsenats des BGH vom 29.04.2010, I ZR 3/09	266
c) Urteil des 7. Zivilsenats des BGH vom 05.02.2015, VII ZR 109/13	267
d) Urteil des 1. Zivilsenats vom 21.07.2016, I ZR 229/15	270
2. Obergerichtliche Rechtsprechung	272
a) OLG Düsseldorf	272
b) OLG Schleswig	273

Inhaltsverzeichnis

c) OLG Hamm	276
d) OLG Dresden	277
e) OLG München	278
f) OLG Naumburg	279
g) OLG Celle	279
3. Rechtsprechung erstinstanzlicher Gerichte	280
a) LG Frankfurt a. M.	280
b) LG Hanau	281
c) LG Mainz	282
d) LG Berlin	283
e) LG Mönchengladbach	284
4. Fazit	285
a) Zur BGH-Rechtsprechung	285
b) Zur instanzgerichtlichen Rechtsprechung	286
B. Literaturansichten	288
I. „Generalanalogie“ zum Handelsvertreterrecht	289
II. Die Analogie kritisch beurteilende Auffassungen	290
1. Keine Kundenwerbung durch den Franchisenehmer	290
2. Lizenzvertraglicher Schwerpunkt	291
3. Handeln im eigenen Namen und auf eigene Rechnung	293
III. Die Analogiemöglichkeit grundsätzlich bejahende Ansichten	294
1. Handelsvertreterähnliche Eingliederung in eine fremde Absatzorganisation	295
a) Absatzorganisation des Franchisegebers	296
(1) Ausscheidung des Dienstleistungs- und des beschaffungsoffenen Warenfranchisings	296
(2) Das Franchisekonzept als „Produkt des Franchisegebers“	297
(3) Ausscheidung des Produktionsfranchisings	299
b) Eingliederung	300
2. Schutzbedürftigkeit	301
3. Pflicht zur Übertragung des Kundenstamms	302
a) Allgemein	302
b) Insbesondere zum anonymen Massengeschäft	304
c) Bestätigung der Rechtsprechung	306
d) Vorliegen einer Pflicht zur Übertragung des Kundenstamms	306
IV. Insbesondere Master-Franchiseverhältnisse	307

C. Stellungnahme	308
I. Übertragung der zu anderen Vertragstypen getroffenen Feststellungen und Prüfungsmaßstab	308
II. Zu Generellen Bedenken an der analogen Anwendung auf Franchiseverhältnissen	309
1. Lizenzvertraglicher Schwerpunkt von Franchiseverhältnissen	309
2. Geschäftsbesorgung des Franchisegebers	312
3. Unterschiedliche Entgeltstruktur	313
4. Fazit	316
III. Handelsvertreterähnliche Eingliederung in eine fremde Absatzorganisation	317
1. Absatzorganisation des Franchisegebers	317
a) Produkte des Franchisegebers	318
(1) Das Franchisekonzept als „Produkt des Franchisegebers“	318
(a) Wahrnehmung der Kunden	318
(b) Eingliederung / Vorgaben des Franchisegebers	321
(c) Vertrieb als Zweck von Franchisevereinbarungen	321
(d) Unterscheidung zwischen dem Franchisekonzept und den mittels diesem vertriebenen Produkten	322
(e) Fazit	325
(2) Warenvertriebsfranchising	326
(a) Belieferung oder Produktion durch den Franchisegeber oder mit diesem verbundene Unternehmen	326
(b) Belieferung und Produktion durch Dritte	327
(aa) Beschaffungsoffenes Warenfranchising	328
(bb) Verbindliche Lieferantenvorgaben des Franchisegebers	329
(aaa) Bloße Festlegung der Lieferanten	329
(bbb) Einbehaltene Einkaufsvorteile	330
(ccc) Beurteilung durch die Rechtsprechung	332
(cc) Produktion von Eigenmarkenprodukten durch Dritte	334
(c) Fazit	336

Inhaltsverzeichnis

(3) Produktionsfranchising	337
(a) Grundsätzlich keine „Produkte des Franchisegebers“	337
(b) Abweichungen von Lizenzverträgen	338
(c) Bezugsquelle der Ausgangsprodukte	340
(d) Fazit	340
(4) Dienstleistungsfranchising	341
(a) Bloße lizenzvertragliche Beziehung	341
(b) Zu den abweichende Literaturansichten	341
(aa) Abstellen auf die Kundenwahrnehmung	342
(bb) Vorgaben des Franchisegebers und das Franchisekonzept	342
(cc) Vergleich zum Handelsvertreter	343
(dd) Vergleich zum Lizenz- und Produktions-Franchisenehmer	343
(ee) Fazit	345
(c) Beurteilung durch die Rechtsprechung	346
(d) Fazit	348
(5) Master-Franchising	348
(a) Verhältnis zwischen Franchisegeber und Master-Franchisenehmer	349
(aa) Unterscheidung zwischen den Produkten und dem Franchisekonzept als solchem	349
(bb) Unterschiedlicher Zweck der Vermittlung des Franchisekonzepts	350
(cc) Anpassung oder Weiterentwicklung des Franchisekonzepts durch den Master-Franchisenehmer	350
(dd) Handelsvertretereienschaft des Master-Franchisenehmers	351
(ee) Beurteilung durch die Rechtsprechung	351
(b) Verhältnis zwischen Master-Franchisenehmer und den einzelnen Franchisenehmern	352
(aa) Anwendung der allgemeinen Grundsätze	352

(bb) Sonderfall: Direktvertrieb der Produkte vom Franchisegeber an die Franchisenehmer unter Einschaltung eines wirtschaftlich nicht verbundenen Master-Franchisenehmers	352
(c) Verhältnis zwischen Franchisegeber und Franchisenehmer	354
(d) Fazit	354
b) Lizenzvertraglicher Schwerpunkt trotz Vertriebs der Produkte des Franchisegebers?	355
(1) Rechtsprechung des BGH und des OLG Schleswig	355
(2) Weitere Erwägungen	357
(3) Fazit	358
c) Ergebnis zum Vorliegen einer Absatzorganisation des Franchisegebers	358
2. Eingliederung des Franchisenehmers	361
a) Vertikal strukturiertes Franchising zum Vertrieb von Waren oder der Erbringung von Dienstleistungen	362
b) Horizontal strukturierte Franchisesysteme	363
c) Produktionsfranchising	365
d) Masterfranchising	366
e) Fazit	367
IV. Pflicht zur Übertragung des Kundenstamms	368
1. Allgemeines	368
2. Anonymes Massengeschäft	370
D. Ergebnis	372
§ 7 Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen des § 89b HGB	376
A. Tatbestandsvoraussetzungen	376
I. Beendigung des Franchisevertrages	377
1. Rechtliche Beendigung des Franchisevertrages	377
2. Teilbeendigung und Änderung des Vertragsverhältnisses	378
3. Anfängliche Nichtigkeit von Franchiseverträgen	379
4. Unternehmensveräußerung	380
5. Insolvenz	382
II. Geschäftsverbindungen mit vom Franchisenehmer geworbenen Neukunden	383
1. Vom Franchisenehmer geworbene Kunden	383

Inhaltsverzeichnis

2. Neukunden	384
3. Geschäftsverbindung	386
4. Neukunden im anonymen Massengeschäft	388
III. Erhebliche Vorteile des Franchisegebers	388
1. Allgemein	388
2. Vorteile konzernverbundener Unternehmen	390
3. Franchisegebühren als Vorteil	392
4. Vorteile durch andere Franchisenehmer	393
5. Vorteile beim Master-Franchising	394
IV. Billigkeitsprüfung	395
1. Provisionsverluste	395
a) Provisionsverluste des Handelsvertreters	395
b) Besonderheiten beim Franchising	399
2. Sonstige Umstände	399
a) Allgemeines	399
b) Insbesondere zur Sogwirkung der Marke	401
c) Insbesondere zur Schutzbedürftigkeit	404
d) Konkurrenzfähigkeit des Franchisenehmers nach Vertragsbeendigung	406
B. Berechnung des Ausgleichsanspruchs	408
I. Berechnung des Rohausgleichs nach § 89b Abs. 1 HGB	408
1. Berechnung des Handelsvertreterausgleichs	409
2. Berechnung des Vertragshändlerausgleichs	411
a) Auf den Listenpreis gewährte Rabatte	412
b) Rohertrag	412
c) Boni und Rückvergütungen	413
d) Fiktive Handelsvertreterprovision	414
e) Vereinfachte Hochrechnung auf den Prognosezeitraum	415
f) Münchener Formel	416
g) Stellungnahme	417
3. Berechnung des Franchisenehmer-Ausgleichs	417
a) Bemessungsgrundlage des Franchisenehmer-Ausgleichs	417
(1) Rechtsprechung	418
(a) OLG Celle	418
(b) LG Hanau	418
(c) LG Frankfurt a. M.	419
(d) Fazit	420
(2) Literaturansichten	421

(3) Stellungnahme	423
(a) Zur Rechtsprechung	423
(b) Zur Literatur	426
(c) Umsatz als Bemessungsgrundlage	428
b) Behandlung von Zahlungen an den Franchisegeber	429
(1) Nicht-franchisespezifische Leistungsentgelte	429
(2) Franchisegebühren	430
(3) Marketinggebühren	433
4. Übertragung der Berechnung des Franchisenehmer- Ausgleichs auf Handelsvertreter und Vertragshändler	433
II. Kappungsgrenze nach § 89b Abs. 2 HGB	435
C. Geltendmachung des Ausgleichsanspruchs	437
I. Ausschlussfrist nach § 89b Abs. 4 S. 2 HGB	437
II. Verjährung	438
III. Darlegungs- und Beweislast	438
D. Ergebnis	442
§ 8 Möglichkeiten der Vertragsgestaltung in Hinblick auf § 89b HGB	444
A. Geltung des § 89b Abs. 4 S. 1 HGB im analogen Anwendungsbereich des Ausgleichsanspruchs	444
B. Inhaltliche Vorgaben des § 89b Abs. 4 S. 1 HGB	446
I. Grundsatz	446
II. Internationale Verträge	447
III. Verbleibender Gestaltungsspielraum	449
1. Nachfolgeklauseln nach § 89b Abs. 3 Nr. 3 HGB	449
2. Einstandszahlungen / Verrechnung mit Leistungen des Vertriebsmittlers	452
a) Allgemeines	452
b) Insbesondere „Neukundenregelungen“	453
c) AGB-rechtliche Beurteilung	455
d) Einstiegsgebühr bei Franchiseverhältnissen	457
3. Abwälzvereinbarungen	458
4. Vorauserfüllung	460
5. Regelungen in Bezug auf die Analogievoraussetzungen	461
a) Handeln als selbstständiger Unternehmer	461
b) Handelsvertreterähnliche Eingliederung	462
c) Pflicht zur Übertragung des Kundenstamms	462
d) Fazit	464

Inhaltsverzeichnis

6. Regelungen zur Vergütung	464
7. Regelungen zur Ausschluss- oder Verjährungsfrist	466
C. Ergebnis	466
§ 9 Ergebnis der Untersuchung	467
Literaturverzeichnis	469