

JUDITH SCHACHERREITER

Das Franchise-Paradox

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

*Studien zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

167

Mohr Siebeck

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

167

Herausgegeben vom

Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt und Reinhard Zimmermann



Judith Schacherreiter

Das Franchise-Paradox

Hybride Arrangements zwischen
Markt und Hierarchie im
materiellen und im Kollisionsrecht

Mohr Siebeck

Judith Schacherreiter, geboren 1977; Studium der Rechtswissenschaften in Linz und Wien; 2005 Promotion; Universitätsassistentin in der Abteilung für Rechtsvergleichung, Einheitsrecht und Internationales Privatrecht an der Universität Wien.

978-3-16-158479-4 Unveränderte eBook-Ausgabe 2019

ISBN 3-16-148978-0

ISBN-13 978-3-16-148978-5

ISSN 0720-1141 (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.

© 2006 Mohr 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

Diese Arbeit wurde im Sommersemester 2005/06 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien als Dissertation angenommen. Für die Publikation wurden Literatur und Rechtsprechung bis Anfang des Jahres 2006 eingearbeitet.

Ich danke meiner Erstbetreuerin Prof. Bea Verschraegen für die Anregung zu diesem Thema, ihre Anmerkungen zu meiner Arbeit, sowie dafür, mein Interesse für das Internationale Privatrecht geweckt zu haben und laufend zu bestärken. Auch möchte ich ihr dafür danken, stets darauf geachtet zu haben, mir neben der Tätigkeit an ihrem Lehrstuhl genügend Zeit für die Arbeit an der Dissertation einzuräumen, sowie dafür, mich bei der Publikation gefördert und unterstützt zu haben.

Weiters danke ich Prof. Martin Schauer für sein umfassendes Zweitgutachten, das viele wertvolle Hinweise und Kritikpunkte enthielt, die ich größtenteils in dieser Publikation auch berücksichtigen konnte. Ich danke ihm dafür, sich mit meinen Überlegungen so eingehend auseinandergesetzt zu haben und für das inhaltlich höchst anregende Rigorosum.

Auch wenn er in der Zeit, in der ich diese Arbeit verfasste, leider nicht mehr in Wien war, danke ich Prof. Alexander Somek dafür, während meiner Studienzeit mein Interesse an Rechtstheorie und -soziologie geweckt und auch im Hinblick auf diese Arbeit bestärkt zu haben.

Die ersten Anregungen dafür, Rechtsdogmatik und Rechtstheorie zu verbinden, erhielt ich im Zuge meiner Tätigkeit in der Rechtsanwaltskanzlei von Dr. Leo Specht. Ich danke ihm für die unzähligen anregenden Gespräche und Impulse.

Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis	XV
Einleitung.....	1
§ 1 Fallbeispiele.....	5
§ 2 Franchising als Hybrid in Ökonomik und Systemtheorie.....	10
I. Franchising als Institution zwischen Markt und Hierarchie	10
II. Franchising als paradoxe Verbindung von Markt und Hierarchie	17
III. Perspektivenwechsel: Markt und Hierarchie im Recht.....	29
IV. Zwischenergebnis.....	33
§ 3 Handelsrecht/Arbeitsrecht.....	35
I. Markt/Hierarchie – Handelsrecht/Arbeitsrecht	35
II. Materiellrechtliche Aspekte.....	39
III. Kollisionsrechtliche Aspekte	70
IV. Zwischenergebnis.....	75
§ 4 Schuldvertragsrecht/Gesellschaftsrecht	78
I. Markt/Organisation – Vertragsrecht/Gesellschaftsrecht	78
II. Materiellrechtliche Aspekte.....	81
III. Kollisionsrechtliche Aspekte	127
IV. Zwischenergebnis.....	157
§ 5 Schuldrecht/Konzernrecht.....	160
I. Markt/Organisation – Schuldrecht/Konzernrecht	160
II. Materiellrechtliche Aspekte.....	166
III. Kollisionsrechtliche Aspekte	221
IV. Zwischenergebnis.....	236
§ 6 Das Franchise-Paradox im Rechtssystem	239
Literaturverzeichnis	247
Sachregister	255

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XV
Einleitung.....	1
§ 1 Fallbeispiele.....	5
A. Eismänner und -frauen.....	5
B. McLaw – Das Anwalts-Franchisesystem Legitas	6
C. Alles in OBI	7
D. Grinding it out: the Making of McDonalds.....	8
§ 2 Franchising als Hybrid in Ökonomik und Systemtheorie.....	10
I. Franchising als Institution zwischen Markt und Hierarchie	10
A. Zwischen Markt und Hierarchie.....	10
B. Franchiseverträge als relationale Verträge.....	12
C. Franchising als Prinzipal-Agent-Beziehung.....	13
D. Vertragsspezifische Investitionen als Geiseln.....	15
II. Franchising als paradoxe Verbindung von Markt und Hierarchie	17
A. Vertrag und Organisation.....	17
1. Vertrag	18
2. Organisation	20
3. Vertrag und Organisation als System-Umwelt-Verhältnis	21
B. Netzwerke	21
C. Hybride als institutionalisierte Widersprüche	23

D. Double Bind, Varietät und Redundanz	26
E. Hybride als kollektive Akteure.....	28
III. Perspektivenwechsel: Markt und Hierarchie im Recht.....	29
A. Reformulierung der Markt-Hierarchie-Dichotomie.....	29
B. Beobachtung erster und zweiter Ordnung	31
IV. Zwischenergebnis.....	33
§ 3 Handelsrecht/Arbeitsrecht.....	35
I. Markt/Hierarchie – Handelsrecht/Arbeitsrecht	35
A. Abhängigkeit und Selbständigkeit.....	35
B. Ausdifferenzierung	36
II. Materieellrechtliche Aspekte.....	39
A. Franchising im Arbeitsrecht.....	40
1. Franchisenehmer im deutschen Arbeitsrecht	40
2. Franchisenehmer im österreichischen Arbeitsrecht	44
3. Vom Arbeits- zum Handelsvertreterrecht.....	46
B. Franchising im Handelsrecht.....	48
1. Das Handelsvertreterrecht als geeignetes Schutzregime	48
2. Der Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers	49
a) Der Ausgleichs- und Entschädigungsanspruch	49
aa) Der Ausgleichsanspruch deutscher Prägung	50
bb) Der französische Entschädigungsanspruch.....	54
cc) Normzweck des Art. 17 Handelsvertreter-Richtlinie.....	55
b) Die analoge Anwendung auf Franchisenehmer.....	57
aa) Organisatorische Eingliederung	58
bb) Kundenüberlassung und Sogwirkung der Marke	59
cc) Schutzbedürftigkeit	61
3. Der Anspruch auf Investitionsersatz	62
4. Antworten auf Hierarchisierung und Organisierung von Märkten.....	65

III. Kollisionsrechtliche Aspekte	70
A. Kollisionsrechtlicher Arbeitnehmerschutz.....	70
B. Kollisionsrechtlicher Schutz des Handelsvertreters.....	71
C. Objektive Anknüpfung.....	72
IV. Zwischenergebnis.....	75
§ 4 Schuldvertragsrecht/Gesellschaftsrecht	78
I. Markt/Organisation – Vertragsrecht/Gesellschaftsrecht	78
II. Materiellrechtliche Aspekte.....	81
A. Gesellschaftsrechtliche Verdachtsmomente.....	81
B. Wesensmerkmale der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft.....	83
1. Wesensmerkmale der GesbR und der BGB-Gesellschaft.....	83
2. Gesellschaftsrechtliche Wesensmerkmale bei Franchisesystemen	85
a) Meinungsstand	85
aa) Partnerschaftsfranchising als Innengesellschaft.....	85
bb) Hybride Rationalität.....	88
cc) Die Individualvertrags-Fixierung	90
b) Stellungnahme	91
aa) Gemeinsamer Zweck und Interessenstruktur	91
bb) Beurteilung des Subordinationsfranchising	92
cc) Realität und Beurteilung des Partnerschaftsfranchising	93
C. Rechtliche Ausgestaltung der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft.....	97
1. Die BGB-Gesellschaft.....	97
2. Die GesbR	100
3. Rechtsformenvergleich im Hinblick auf Franchisesysteme.....	101
D. Rechtsfolgen einer gesellschaftsrechtlichen Qualifikation	105
1. Vertragliche Außen- und Rechtsscheinhaftung	106
a) Deutsches Recht.....	106
aa) Die Gesellschafterhaftung.....	106
bb) Die Haftung aus Rechtsschein	108
b) Österreichisches Recht	109
aa) Die Gesellschafterhaftung.....	109
bb) Die Haftung aus Rechtsschein	111

2. Deliktische Außenhaftung	112
a) Deutsches Recht	112
b) Österreichisches Recht	115
3. Das Innenverhältnis: Treuepflichten und Gleichbehandlung	119
a) Deutsches Recht	119
b) Österreichisches Recht	121
4. Rechtsfolgenvergleich im Hinblick auf Franchisesysteme	123
III. Kollisionsrechtliche Aspekte	127
A. Vertrag und System im Kollisionsrecht des Franchising	127
B. Hierarchische und partnerschaftliche Systeme im Kollisionsrecht	128
1. Der Systemcharakter	128
2. Hierarchische Systeme	130
3. Partnerschaftliche Systeme	131
C. Die bürgerlichrechtliche Gesellschaft im Kollisionsrecht	132
1. Zwischen Vertrags- und Gesellschaftsrecht	132
2. Die Anknüpfung von Außengesellschaften	134
a) Sitz- und Gründungstheorie	134
b) Anknüpfung nach der Sitztheorie	136
aa) Objektive Anknüpfung	136
bb) Zulässigkeit der Rechtswahl im Innenverhältnis	137
c) Anknüpfung nach der Gründungstheorie	138
aa) Rechtswahl	138
bb) Objektive Anknüpfung an den Gründungsort	140
cc) Schwerpunktbestimmung im Einzelfall	140
dd) Schlussfolgerung	141
d) Die Anknüpfung der Deliktsfähigkeit	141
3. Gesellschaftsrechtlicher Verkehrsschutz	142
a) Das Vertrauen auf die Anwendung einer bestimmten Rechtsordnung	143
aa) Art. 11 EVÜ	143
bb) Anwendung des Art. 11 EVÜ auf Personenverbindungen	144
b) Rechtsscheinhaftung als Anknüpfungsgegenstand	146
4. Die Anknüpfung von Innengesellschaften	146
D. Franchising als Gesellschaftsverhältnis im Kollisionsrecht	147
1. Grundsatzanknüpfung	148
a) Rechtswahl	148
b) Objektive Anknüpfung	148
2. Einzelfragen	149
a) Das Außenverhältnis	149

aa) Haftung aus Vertrag	149
bb) Haftung aus Delikt	151
cc) Verkehrsschutz	153
b) Das Innenverhältnis	154
3. Der Doppelcharakter von Franchisesystemen im Kollisionsrecht	155
IV. Zwischenergebnis	157
§ 5 Schuldrecht/Konzernrecht	160
I. Markt/Organisation – Schuldrecht/Konzernrecht	160
A. Der Konzern als unitas multiplex	160
B. Marktbedingte und organisationsbedingte Abhängigkeit	162
C. Markt und Hierarchie im Konzernhaftungsrecht	164
II. Materiellrechtliche Aspekte	166
A. Grundstrukturen der Regulierung von Fremdsteuerung	166
1. Deutsches Recht	166
a) Der Konzern	166
b) Die Abhängigkeit	168
c) Der Beherrschungsvertrag	169
d) Der faktische und der qualifizierte faktische Konzern	171
2. Österreichisches Recht	173
a) Der Konzern	173
b) Die Zulässigkeit qualifizierter Beherrschung	175
3. Vergleich der konzernrechtlichen Regelungsregimes	177
B. Konzernhaftung: Balance von Herrschaft und Haftung	178
1. Deutsches Recht	178
2. Österreichisches Recht	184
3. Rechtsvergleich	190
C. Franchising im Konzernrecht	194
1. Konzernrechtliche Verdachtsmomente	194
2. Deutschland: Überwindung der Markt-Verwaltungs-Dichotomie	196
a) Abhängigkeit des Franchisenehmers	196
aa) Unterscheidung zwischen externer und interner Abhängigkeit	196
bb) Interessen- und Machtstruktur	200
cc) Ökonomische Argumentation	202
dd) Teleologische Argumentation	205

b) Konzernrechtliche Haftung des Franchisegebers	207
aa) Konzernrechtliche Haftung	207
aaa) Der Franchisevertrag als Beherrschungsvertrag	207
bbb) Franchising als (qualifizierter) faktischer Konzern	208
bb) Haftung nach allgemeinem Deliktsrecht	211
3. Österreich: Franchisegeber als faktische Geschäftsführer	213
4. Vergleich zwischen deutschem und österreichischem Recht	216
III. Kollisionsrechtliche Aspekte	221
A. Internationales Konzernrecht	221
1. Grundsatzanknüpfung und deren Rechtfertigung	221
2. Der Vertragskonzern zwischen Schuld- und Gesellschaftsrecht	224
3. Die Durchgriffshaftung zwischen Delikts- und Gesellschaftsrecht	226
B. Franchising im Internationalen Konzernrecht	229
1. Statusfragen	229
2. Schuldrechtliche Fragen	231
a) Maßgeblichkeit des Tätigkeitsorts des Franchisenehmers	231
b) Uniformitätsinteressen als Gegenargument	232
3. Franchising und Konzernhaftung	233
IV. Zwischenergebnis	236
§ 6 Das Franchise-Paradox im Rechtssystem	239
A. Paralysen und deren Überwindung	239
B. Markt und Organisation im Recht	240
C. Praktische Bedeutung des Hybridcharakters	240
D. Der Doppelcharakter in den untersuchten Bezugssystemen	241
1. Handels-/Arbeitsrecht	242
2. Schuldvertrags-/Gesellschaftsrecht	243
3. Schuld-/Konzernrecht	244
E. Schlussbetrachtung	245
Literaturverzeichnis	247
Sachregister	255

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
ABGB	österreichisches Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
ABl	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
a.F.	alte Fassung
Anwalt	Anwalt aktuell
AnwBl	Österreichisches Anwaltsblatt
AnwGH	Anwaltsgerichtshof gemäß §§ 100 ff der deutschen Bundesrechtsanwaltsordnung
Arb	Sammlung österreichischer arbeitsrechtlicher Entscheidungen
ARD	ARD-Betriebsdienst
AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters
BAG	deutsches Bundesarbeitsgericht
BB	Der Betriebs-Berater
BeckRS	Rechtsprechungsservice Beck
Bericht von Giuliano/Lagarde	Bericht über das Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht von Mario Giuliano und Paul Lagarde, ABl 1980 C 282/1
BFH	deutscher Bundesfinanzhof
BGB	deutsches Bürgerliches Gesetzbuch
BGB-Gesellschaft	Bürgerlichrechtliche Gesellschaft im Sinne der §§ 705 ff BGB
BGBI	österreichisches Bundesgesetzblatt
BGH	deutscher Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des deutschen Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
CR	Computer und Recht
DB	Der Betrieb
dtAktG	deutsches Aktiengesetz
dtArbGG	deutsches Arbeitsgerichtsgesetz
dtGmbHG	deutsches Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
dtGWB	deutsches Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
dtHGB	deutsches Handelsgesetzbuch
EB 59 BlgNR	
22. GP	Erläuternde Bemerkungen, 59. Beilagen zum Nationalrat, 22. Gesetzgebungsperiode (Österreich)
ebd.	ebenda

EEG	Eingetragene Erwerbsgesellschaft im Sinne des EGG
EGBGB	Einführungsgesetz zum BGB
EGG	österreichisches Erwerbsgesellschaftengesetz
etc.	et cetera
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGVO	Verordnung (EG) 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handlungssachen, ABl 2001 L 12/1
EuGVÜ	Brüsseler Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27. September 1968
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen in der Österreichischen Juristenzeitung
EVÜ	Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19. Juni 1980
FS	Festschrift
GesbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Sinne der §§ 1175 ff ABGB
GesRZ	Der Gesellschafter
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GRURInt	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Auslands- und internationaler Teil
GS	Gedächtnisschrift
Handelsvertreter- Richtlinie	Richtlinie 86/653/EWG des Rates vom 18. Dezember 1986 zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter, ABl 1986 L 383/17.
HS	Handelsrechtliche Entscheidungen
HV	Handelsvertreter
i.d.F.	in der Fassung
IPRax	Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IPRG	österreichisches Internationales Privatrechtsgesetz
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JBl	Juristische Blätter
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
LAG	deutsches Landesarbeitsgericht
LG	Landesgericht
LGZ	Landesgericht für Zivilrechtssachen
LMK	Kommentierte BGH-Rechtsprechung Lindenmaier-Möhring
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungsreport

öAktG	österreichisches Aktiengesetz
öArbVG	österreichisches Arbeitsverfassungsgesetz
öASGG	österreichisches Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz
OBDDK	österreichische Oberste Berufungs- und Disziplinarkommission für Rechtsanwälte und Rechtsanwaltsanwärter
ÖBl	Österreichische Blätter für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
OGH	österreichischer Oberster Gerichtshof
öGmbHG	österreichisches Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung
OHG	Offene Handelsgesellschaft
öHGB	österreichisches Handelsgesetzbuch
öHVertrG	österreichisches Handelsvertretergesetz 1993
öHVG	österreichisches Handelsvertretergesetz 1921
ökartG	österreichisches Kartellgesetz (1988 bzw. 2005)
ökStG	österreichisches Körperschaftssteuergesetz
OLG	Oberlandesgericht
öStGB	österreichisches Strafgesetzbuch
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des deutschen Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
Rsp	Die Rechtsprechung, herausgegeben vom Verband österreichischer Banken und Bankiers
Rz	Ranziffer
schweizIPRG	schweizerisches Internationales Privatrechtsgesetz
schweizOR	schweizerisches Obligationenrecht
Slg	Sammlung
SZ	Entscheidungen des OGH in Zivil- und Jusizverwaltungssachen, veröffentlicht von seinen Mitgliedern
Vgl.	vergleiche
VwGH	österreichischer Verwaltungsgerichtshof
wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
WiB	Wirtschaftsrechtliche Beratung
WM	Wertpapier Mitteilungen – Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft

Einleitung

„The central feature of franchise organizations is the presence of both market-like and firm-like qualities.“¹ Franchisesysteme sind hybride Kooperationsformen zwischen Markt und Hierarchie. Sie oszillieren zwischen dem integrierten Einheitsunternehmen und dem Absatz über unabhängige Groß- und Einzelhändler. Als polyzentrische Netzwerke, die einem hierarchisierten Markt entspringen, sind Franchisesysteme paradox verfasst. Sie vereinen gegensätzliche Handlungslogiken: kollektives und individuelles, weisungsgebundenes und autonomes Handeln, bilateralen Tausch und multilaterale Kooperation. Mit dieser Doppelkonstitution reagieren sie auf Situationen des Double Bind, also auf Situationen, in denen die Umwelt ihren Akteuren abverlangt, gleichzeitig auf widersprüchliche Anforderungen zu reagieren.²

Die Entdeckung des Franchising als Kooperationsform mit hybrider Rationalität ist ein Verdienst der Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, wo die Netzwerke schon Furore machten, lange bevor sie auch in der Rechtswissenschaft Aufmerksamkeit erregten. Die gegenständliche Arbeit untersucht, wie die paradoxe Verfassung der Franchisesysteme im Recht sichtbar wird. Es geht also um die Frage, wie sich die Verbindung von Markt und Organisation rechtlich niederschlägt. Dabei wird auf systemtheoretische und ökonomische Erkenntnisse zurückgegriffen, wobei „zurückgreifen“ im Sinne von „berücksichtigen“ zu verstehen ist; es bedeutet nicht, ökonomische Effizienzerwägungen blindlings ins Rechtssystem zu übernehmen. Das Rechtssystem wird nämlich, wenn auch nicht als autarkes, so doch als ein autonomes System begriffen. Das bedeutet, dass sich das Recht durch Erkenntnisse anderer Wissenschaften zwar beeinflussen lassen kann, aber selbst entscheiden muss, ob und wie es auf diese Erkenntnisse reagiert. Die Reaktion erfolgt dann mit systeminternen Operationen.

Die Autonomie des Rechtssystems verlangt zunächst, mit autonomen Begriffen und Konzepten zu operieren. Markt, Organisation, Hierarchie

¹ Norton, *Journal of Business* 1988, 197 (198).

² Grundlegend mit zahlreichen weiteren Nachweisen Teubner, *Netzwerk als Vertragsverbund*, passim.

und Netzwerk sind keine rechtlichen Termini. Das Rechtssystem kann mit der Unterscheidung zwischen Markt und Organisation nicht arbeiten. Um zu überprüfen, wie sich die Verbindung von Markt und Organisation im Recht niederschlägt, müssen diese Begriffe daher juristisch reformuliert werden. Mit anderen Worten sind für die Markt-Hierarchie-Dichotomie rechtliche Pendanten festzulegen. Hier wurden dafür die folgenden drei Gegensatzpaare gewählt: allgemeiner Schuldvertrag versus Arbeitsvertrag, Austauschvertrag versus Gesellschaftsvertrag und schuldrechtliche Beziehung versus Konzernbeziehung. Aus diesen Unterscheidungen ergeben sich drei Bezugssysteme für die rechtliche Analyse der Verbindung von marktlichen und hierarchischen Momenten. Die Betrachtung von Franchisesystemen mit Hilfe dieser Bezugssysteme wirft die Fragen auf, ob es sich beim Franchisenehmer um einen selbständigen Unternehmer oder um einen abhängigen Arbeitnehmer handelt, ob das Franchisesystem als bloßes Bündel bilateraler Austauschverträge oder aber als gesellschaftsrechtlicher Verbund zu erfassen ist und ob Franchiseverträge ein konzernrechtlich relevantes Abhängigkeitsverhältnis begründen können. Dabei wird der Markt durch den selbständigen Unternehmer, den bilateralen Austauschvertrag und die schuldrechtliche Beziehung repräsentiert, die Hierarchie beziehungsweise Organisation hingegen durch den Arbeitnehmer, die Gesellschaft und den Konzern. Die rechtliche Analyse erfolgt in Bezug auf deutsches und österreichisches Recht. Dabei soll verglichen werden, wie die beiden Rechtsordnungen mit dem hybriden Charakter von Franchisesystemen umgehen. Es sei vorweggenommen, dass sich Unterschiede primär im Gesellschafts- und Konzernrecht bemerkbar machen. Die arbeitsrechtliche Qualifikation des Franchising ist in beiden Rechtsordnungen recht ähnlich. Auch die drei Bezugssysteme selbst (Handelsrecht/Arbeitsrecht, Vertragsrecht/Gesellschaftsrecht, Schuldrecht/Konzernrecht) sollen im Hinblick darauf, wie sie mit Hybridformen umgehen, miteinander verglichen werden. Ein Rechtsvergleich findet daher auf zwei Ebenen statt: erstens, innerhalb jedes Bezugssystems zwischen deutschem und österreichischem Recht und zweitens, zwischen den Bezugssystemen selbst. Die Fragestellung, an der sich die Vergleiche orientieren, ist der Umgang mit Kooperationsformen, die marktliche und organisatorische Handlungslogik vereinen. Da Franchisesysteme typischerweise international agieren, werden in jedem Bezugssystem auch kollisionsrechtliche Aspekte berücksichtigt.

Durch die gesamte Arbeit begleiten vier Fallbeispiele, die einerseits dazu dienen, ökonomische, systemtheoretische und vor allem rechtliche Erwägungen zu veranschaulichen, und andererseits den Begriff „Franchising“ erhellen sollen. Auch dieser Begriff ist nämlich nicht rechtlichen Ursprungs und daher juristisch schwer greifbar. Zudem erfasst er eine große

Bandbreite sehr unterschiedlich ausgestalteter Kooperationsformen. Das Franchising anhand von ausgewählten Beispielen zu erklären erscheint daher der Sache eher gerecht werden zu können, als sich um eine abschließende und allgemeingültige Definition zu bemühen. Es wurden bewusst Systeme gewählt, die, was ihre Größe, ihre Kooperationsintensität, ihre Interessen- und Machtstruktur sowie ihren franchisierten Gegenstand betrifft, große Unterschiede aufweisen. Dadurch wird deutlich, welche breite Mannigfaltigkeit an Kooperationsformen der Begriff „Franchising“ erfasst. Da die Fallbeispiele der Begriffsklärung dienen und einen ersten Einblick in die Funktionsweise der Franchisesysteme geben sollen, eröffnen sie die Arbeit.

Es folgt die Darstellung des Hybridcharakters, wie ihn Institutionenökonomik und Systemtheorie beschreiben. Die Ökonomik sieht im Franchising eine Kooperation zwischen Markt und Hierarchie und begründet die Entstehung von Franchisesystemen mit Transaktionskostenerwägungen. Aus der Perspektive der Systemtheorie stellt sich das Franchising als eine grundsätzlich marktlich vermittelte Kooperationsform dar, die aus sich heraus organisatorische Elemente entwickelt; das Franchising ist eine Steigerungsform beider Kategorien: Markt und Organisation. Die Motivation für das Experimentieren mit Hybridformen wird in der Systemtheorie darin gesehen, dass sowohl Markt als auch Organisation im Hinblick auf das Verhältnis von Redundanz und Varietät versagen können.

Der juristische Teil knüpft an diese ökonomischen und systemtheoretischen Erkenntnisse an. Sein Aufbau orientiert sich an den Bezugssystemen, mit denen die Markt-Organisation-Dichotomie reformuliert wurde, also (beruhend auf den Unterscheidungen zwischen allgemeinem Schuldvertrag und Arbeitsvertrag, Austauschvertrag und Gesellschaftsvertrag sowie schuldrechtlicher Beziehung und Konzernbeziehung) an den Bezugssystemen Handelsrecht/Arbeitsrecht, Vertragsrecht/Gesellschaftsrecht und Schuldrecht/Konzernrecht. Es soll herausgearbeitet werden, in welcher Weise der Hybridcharakter diese rechtlichen Unterscheidungen herausfordert. Dies ist nicht nur von theoretischem Interesse. Den Fragen, ob ein Franchisevertrag als Arbeitsvertrag und ob ein Franchisesystem als Gesellschaft oder aber als Konzern beurteilt werden kann, kommt große praktische Brisanz zu. Dies veranschaulichen exemplarische Darstellungen möglicher Rechtsfolgen.

Zu den rechtlichen Kapiteln im Einzelnen: Das handels-/arbeitsrechtliche Kapitel beleuchtet die Frage, unter welchen Umständen ein Franchisenehmer als Arbeitnehmer zu qualifizieren ist. Der Franchisenehmer entpuppt sich in diesem Kapitel als eine Figur, die zwischen Arbeitnehmer, arbeitnehmerähnlicher Person und Handelsvertreter oszilliert. Die Figur des Handelsvertreters nimmt dabei eine zentrale Rolle ein. Als Fall-

beispiel dient das Eismann-System, dessen Franchisenehmer der BGH einst als arbeitnehmerähnliche Personen qualifizierte. Das vertrags-/gesellschaftsrechtliche Kapitel soll das Oszillieren des Franchising zwischen Einheit und Vielheit sichtbar machen. Es wird untersucht, ob – und wenn ja unter welchen Voraussetzungen – ein Franchisesystem nicht nur ein Bündel von bilateralen Verträgen konstituiert, sondern als bürgerlich-rechtliche Gesellschaft erfasst werden kann. Die praktisch bedeutsamsten Rechtsfolgen betreffen das Haftungsrecht. Als Fallbeispiele dienen das OBI-System und das Anwalts-Franchisesystem Legitas. Das schuld-/konzernrechtliche Kapitel geht der Frage nach, ob eine durch einen Franchisevertrag begründete Abhängigkeit als konzernrechtliches Beherrschungsverhältnis beurteilt werden kann. Auch hier sind die praktisch bedeutsamsten Rechtsfolgen haftungsrechtlicher Natur. Als Fallbeispiel dient das wohl bekannteste Franchisesystem: McDonald's.

Das letzte Kapitel schließlich vergleicht, wie sich der Hybridcharakter des Franchising in den drei Bezugssystemen bemerkbar macht und wie diese Bezugssysteme mit der paradoxen Verfassung des Franchising umgehen. Es zeigt sich, dass das Franchising das Recht zwingt, zwischen gegensätzlichen Kategorien zu changieren: Abhängigkeit und Selbständigkeit, Einheit und Vielheit, hierarchisch-interne und marktlich-externe Beherrschung. Dieses Oszillieren kann zwar durch zeitliche und sektorale Differenzierungen kurzfristig beigelegt werden, kommt aber letztlich auch innerhalb dieser Differenzierungen nicht endgültig zur Ruhe.

§ 1 Fallbeispiele

*A. Eismänner und -frauen*¹

Im Eismann-System kooperieren Franchisegeber und Franchisenehmer auf der Grundlage einer als „Partnerschaftsvertrag über das Eismann-Franchisesystem“ bezeichneten Vereinbarung wie folgt: Der Franchisegeber erteilt dem Franchisenehmer Schulungen zur Betriebsführung. Nach Abschluss dieser Schulungen erhält der Franchisenehmer für ein bestimmtes Gebiet das Alleinverkaufsrecht für Franchisegeber-Produkte. Der Franchisenehmer ist berechtigt und verpflichtet, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung unter Nutzung der Marke und des ihm erteilten Know-How in dem ihm zugewiesenen Gebiet ausschließlich Produkte des Franchisegebers an Endverbraucher zu vertreiben. Der Franchisenehmer trägt das unternehmerische Risiko und behält das Residualeinkommen. Der Vertrieb erfolgt auf der Grundlage einer vom Franchisegeber erstellten und von diesem abänderbaren Preisliste und unter Nutzung der vom Franchisegeber entwickelten Methoden, Systeme und Einrichtungen zur Umsatzsteigerung, Kundengewinnung und Kundenbetreuung sowie unter Verwendung der vom Franchisegeber zur Verfügung gestellten Berufskleidung und Verkaufsfahrzeuge. Das vom Franchisenehmer eingestellte Personal wird vom Franchisegeber geschult. Einzelheiten des Vertriebs konkretisiert der Franchisegeber in einem Handbuch, das in seiner jeweils gültigen Fassung im gegenseitigen Einvernehmen einen Bestandteil der Vereinbarung darstellt. Das Handbuch enthält unter anderem Regelungen über die bereitzuhaltende Ware und die Einsatzzeiten. Der Franchisegeber erstellt Gebietsentwicklungspläne, die Ziele betreffend Mindestumsatz und Kundenaufbau enthalten. Der Betrieb des Franchisenehmers wird hinsichtlich der Erreichung dieser Ziele jährlich vom Franchisegeber kontrolliert. Wenn der Franchisenehmer die vorgegebenen Ziele nicht erreicht, kommt dem Franchisegeber das Recht zu, das Gebiet selbst mit eigenen Mitteln zu erschließen; der Franchisenehmer kann den dabei vom Franchisegeber er-

¹ Die folgende Beschreibung stellt eine Zusammenfassung des in den Urteilen des BAG 5 AZB 29/96 – *Eismann I* – ZIP 1997, 1714, und BGH VIII ZB 12/98 – *Eismann II* – NJW 1999, 218, festgestellten Sachverhaltes dar.

worbenen Kundenstock übernehmen, wobei er dem Franchisegeber die Kosten für die Gebietserschließung zu ersetzen hat. Für Leistungen des Franchisegebers (wie Marketing, Schulungen, Lizenzen etc.) hat der Franchisenehmer zu Beginn der Zusammenarbeit einen einmaligen Pauschalbetrag (Einstiegsgebühr) sowie laufende umsatzabhängige Gebühren zu entrichten. Die Laufzeit der Vereinbarung beträgt fünf Jahre mit Verlängerungsoption.

B. McLaw – Das Anwalts-Franchisesystem Legitas²

Im Jahr 2003 gründete ein Rechtsanwalt in Deutschland unter dem Markennamen Legitas eine Franchise-Kooperation zwischen Rechtsanwälten. Diese Kooperation basiert auf bilateralen Verträgen zwischen der Systemzentrale (der Legitas GmbH) und anderen Kanzleien (Systemanwälte). Die Systemzentrale verwirklicht für das gesamte System ein einheitliches Marketingkonzept. Werbung wird zentralisiert und überregional betrieben. Durch Markenbildung soll beim Mandanten Vertrauen geschaffen werden. Jeder Systemanwalt soll auf Briefköpfen, in Telefonbucheinträgen, auf seiner Homepage etc. durch Verwendung eines einheitlichen Logos auf seine Systemzugehörigkeit hinweisen. Der Name der individuellen Kanzlei wird jeweils in das einheitliche Systemlogo eingebunden. Die Legitas-Kooperation dient allerdings nicht nur Marketingzwecken. Die bei der Zentrale fächerförmig gebündelten bilateralen Verträge verpflichten die Systemanwälte auch zur gegenseitigen Vermittlung von Aufträgen. Koordiniert wird diese Vermittlung von der Systemzentrale. An diese hat jeder beteiligte Anwalt jene Aufträge abzugeben, die er nicht selbst wahrnehmen möchte, etwa weil sie nicht seinem Tätigkeitsschwerpunkt entsprechen. Die Systemzentrale leitet diese Aufträge an solche Systemanwälte weiter, die auf das jeweilige Rechtsgebiet spezialisiert sind. Weiters erbringt die Systemzentrale für die Systemanwälte Serviceleistungen im Bereich der Büroorganisation. Für diese Leistungen hat jeder Systemanwalt an die Zentrale umsatzabhängige Franchisegebühren zu bezahlen. Bei der Bearbeitung der Mandate sollen die beteiligten Rechtsanwälte nicht beeinflusst werden, da eine derartige Abhängigkeit gegen deutsches Berufsrecht verstoßen würde. Das Legitas-System zeichnet sich durch einheitliches Auftreten nach außen und durch einheitliche innere Organisation der Kanzleibläufe aus. Am Markt vermittelt es den Eindruck einer „überörtliche[n]

² Die folgende Beschreibung entspricht den Ausführungen des Geschäftsführers der Legitas GmbH *Heintze*, NJW 2003, 2888, und der Erwiderung darauf von *Siegmund*, NJW 2004, 1635, sowie der Sachverhaltsdarstellung in AnwGH Hamburg II ZU 5/03, NJW 2004, 371.

Sozietät“³. Um die Einheitlichkeit im Konfliktfall durchzusetzen, wird der Systemzentrale ein Weisungsrecht eingeräumt. Allerdings werden wichtige Entscheidungen von der Gesamtheit der Kooperationspartner getroffen und durch die Zentrale lediglich umgesetzt. Der Inhalt der Weisungen, die zu geben die Zentrale berechtigt ist, wird daher nicht von dieser selbst autoritativ festgelegt, sondern von der Gesamtheit der Systemanwälte mitbestimmt. Der Zentrale kommt die Funktion zu, die Systemanwälte zu einem „Netzwerk“, einer „systematischen Gemeinschaft“⁴, zu verbinden.

C. Alles in OBI⁵

Im OBI-Baumärkte-System fungiert eine Gesellschaft als Zentrale mit Service- und Koordinierungsfunktion. Für interessierte Partner ermittelt die Zentrale absatzwirtschaftlich relevante Daten eines bestimmten Gebietes. Bei entsprechenden Erfolgsaussichten wird zwischen Zentrale und Partner ein Franchisevertrag für dieses Gebiet abgeschlossen. Der Vertrag gilt für eine Dauer von zehn Jahren, mangels Kündigung erfolgt eine automatische Verlängerung um weitere drei Jahre. Der Franchisenehmer wird durch diesen Vertrag berechtigt, in einem bestimmten „Exklusivgebiet“ unter der Verwendung der Marke OBI einen Heimwerker- und Baumarkt zu betreiben; die Betriebsgelände wird vom Franchisenehmer gemietet oder erworben; die Zentrale gestaltet gemäß ihrem Ladenplan Außendekoration und Inneneinrichtung der Betriebsräumlichkeiten. Die Zentrale trifft auch Vorbereitungsmaßnahmen zur Eröffnung. Diese reichen von der Gestaltung der Personalanzeigen bis zur Bewerbung. Das vom Franchisenehmer angestellte Personal wird von der Zentrale geschult und in den Betrieb eingeführt. Für diese mit der Einrichtung und Eröffnung des Betriebes verbundenen Leistungen hat der Franchisenehmer eine einmalige Einstandsgebühr zu zahlen. Jeder Vertrag sieht eine Mindestgröße des Marktes und eine Abnahmepflicht vor, deren Umfang den jeweiligen Marktveränderungen angepasst wird. Während laufender Geschäftsverbindung ist der Franchisenehmer verpflichtet, eine umsatzabhängige Franchisegebühr an den Franchisegeber zu bezahlen. Unabhängig davon ist ein jährlicher Mindestbeitrag zu entrichten. Die laufende Geschäftsführung unterliegt dem einzelnen Franchisenehmer. Über die grundsätzliche Geschäftspolitik entscheidet ein Beirat, der sich aus Vertretern der Zentrale und der Franchisenehmerbetriebe zusammensetzt. Der Beirat gibt sich eine Satzung. Seine

³ *Siegmund*, NJW 2004, 1635 (1636 und 1638), nach dem das System allerdings in Wahrheit keine solche Sozietät ist; zur Zulässigkeit überörtlicher Sozietäten *Henssler*, NJW 1993, 2137 (2139 f.).

⁴ *Siegmund*, NJW 2004, 1635 (1636).

⁵ Der folgende Sachverhalt stellt eine Zusammenfassung der Beschreibung des OBI-Systems bei *Martinek*, Franchising 3 ff, dar.

Aufgaben umfassen die verbindliche Festlegung des Basis-Sortiments und der Lieferantenauswahl, die Bestimmung der Grundkonzeption für Werbe- und Verkaufsförderungsmaßnahmen und die einheitliche betriebswirtschaftliche Ausrichtung des Systems. Die wichtigste Aufgabe der Zentrale besteht in der Warenbeschaffung. Sie verhandelt und schließt im eigenen Namen Lieferverträge; die Belieferung erfolgt unmittelbar an die Franchisenehmer. Das über das Basis-Sortiment hinausgehende Warenangebot wird vom jeweiligen Franchisenehmer selbst festgelegt. Neben der Warenbeschaffung erbringt die Zentrale laufend Leistungen im Bereich der Markt- und Wettbewerbsbeobachtungen, sie empfiehlt neue Artikel, übernimmt die Buchhaltung auf EDV-Basis, organisiert den Warenaustausch zwischen einzelnen OBI-Märkten, macht Gemeinschaftswerbung und Öffentlichkeitsarbeit etc.

D. Grinding it out: the Making of McDonalds⁶

Die McDonald's Corporation, eine Gesellschaft nach dem Recht des Staates Delaware, betreibt auf der ganzen Welt Fast-Food-Restaurants, und zwar teilweise als deren Inhaberin, teilweise mit Hilfe von Franchisenehmern. Die Franchisenehmer führen die Restaurants auf Basis von „Franchiseverträgen“. Vertragspartnerin dieser Verträge muss nicht unbedingt die McDonald's Corporation selbst sein. Teilweise sind nämlich Tochtergesellschaften, wie etwa die McDonald's Deutschland Inc., zwischengeschaltet. Diese Tochtergesellschaften können in dem ihnen zugewiesenen Bereich Franchiseverträge abschließen und sind gleichzeitig für Betreuung und Koordination der jeweiligen Franchisenehmer zuständig.

Der McDonald's-Franchisevertrag berechtigt und verpflichtet den Franchisenehmer, nach Maßgabe der im Einzelnen getroffenen Absprachen ein Restaurant nach dem McDonald's-System zu errichten und zu führen. Der Franchisenehmer ist verpflichtet, das Geschäftslokal auf eigene Rechnung entsprechend den Vorgaben der McDonald's Corporation auszugestalten.⁷ So muss er etwa Kücheneinrichtung, Leuchtschriften, Sitzgelegenheiten und sonstige Ausstattung erwerben. Die Räume, in denen der Franchise-

⁶ Vgl. das gleichnamige Buch von *Ray Kroc*, dem Gründer von McDonalds: *Kroc, Grinding it out – The Making of McDonald's*. Die Darstellung des McDonalds-Systems folgt einerseits *Love, McDonald's – Behind the Arches*, und andererseits den Sachverhaltsdarstellungen folgender Entscheidungen: BGH VIII ZR 118/83 – *McDonald's* – NJW 1985, 1894; U.S. District Court, District of Maryland 16.09.1988, *McDonald's/McSleep* (Quality Inns International, Inc. v. McDonald's Corp.), GRURInt 1990, 75; OLG Karlsruhe 6 U 190/90 – *McChinese* – GRUR 1992, 460; BFH VIII R 88/87, BeckRS 1991 22010138.

⁷ Daneben bietet McDonald's auch die Möglichkeit, die Ausstattung über ein Pachtmodell zu finanzieren, vgl. www.mcdonalds.at/html/company/franchise/finance.html, Stand per 28. Februar 2006.

nehmer sein Lokal betreibt, werden dem Franchisenehmer oftmals von McDonald's selbst zur Verfügung gestellt, und zwar aufgrund eines Unterpacht- oder Untermietvertrages. In Deutschland etwa errichtete die McDonald's Corporation eine eigene Tochtergesellschaft, die McDonald's Immobilien GmbH, deren Aufgabe darin besteht, Franchiseverträge mit Pacht- oder Mietverträgen zu koppeln. Franchisevertrag und Bestandsvertrag sind derart miteinander verbunden, dass die Beendigung des ersten die Beendigung des zweiten nach sich zieht. Während aufrechtem Vertragsverhältnis ist der Franchisenehmer verpflichtet, alle notwendigen Instandhaltungsmaßnahmen und Reparaturen in den Geschäftsräumlichkeiten grundsätzlich auf eigene Kosten durchzuführen.

Beim Betrieb des Restaurants ist der Franchisenehmer verpflichtet, sich streng an die Vorgaben betreffend die Zubereitung von Speisen und Getränken zu halten. Auch hinsichtlich Bedienung und Sauberkeit ist er an die vom Franchisegeber aufgestellten Qualitätsnormen und -richtlinien gebunden. Die betreffenden Vorschriften befinden sich im Franchisevertrag selbst und in so genannten Betriebshandbüchern. Diese Handbücher enthalten auch solche Details wie etwa die Grilltemperaturen, bei denen Hamburger zuzubereiten sind. Unterlässt es der Franchisenehmer, das Restaurant in Übereinstimmung mit dem Franchisevertrag und mit dem Betriebshandbuch zu führen, so ist der Franchisegeber berechtigt, den Franchisevertrag zu kündigen. Mit der Beendigung des Franchisevertrages endet typischerweise auch der jeweilige Bestandsvertrag über des Geschäftslokal.

§ 2 Franchising als Hybrid in Ökonomik und Systemtheorie

I. Franchising als Institution zwischen Markt und Hierarchie

A. Zwischen Markt und Hierarchie

„The central feature of franchise organizations is the presence of both market-like and firm-like qualities.“¹ Das Franchising zeichnet sich also dadurch aus, dass es sowohl marktliche als auch hierarchische Elemente enthält. Es handelt sich um eine Kooperationsform zwischen Markt und Hierarchie.² Die Unterscheidung zwischen Markt und Hierarchie (market and firm) geht auf den Grundlagenaufsatz von Coase, „The nature of the Firm“³ aus dem Jahr 1937 zurück. Dieser Aufsatz untersucht die Frage, warum Unternehmen entstehen: „[H]aving regard to the fact that, if production is regulated by price movements, production could be carried on without any organization at all, well might we ask, Why is there any organization?“⁴ Coase gelangt zu dem Ergebnis, dass es sich beim Unternehmen um eine Kooperationsform handelt, die eine Alternative zur Kooperation über den Markt darstellt. Den wesentlichen Unterschied zwischen Markt und Unternehmen (firm, organization) sieht Coase darin, dass der Markt durch den Preismechanismus, das Unternehmen hingegen durch die Weisungen des Unternehmers koordiniert wird.⁵ Allerdings können Unternehmen und Markt nach Coase nicht streng getrennt werden. Die Grenze verlaufe fließend, und zwar parallel zur Zunahme der Weisungsintensität: „Of course, it is not possible to draw a hard and fast line which determines whether there is a firm or not. There may be more or less direction. It is similar to the legal question of whether there is the relationship of master and servant or principal and agent.“⁶ Die Entstehung von Unter-

¹ Norton, *Journal of Business* 1988, 197 (198).

² Dnes, *JITE* 1996, 297; ders in: Joerges, *Franchising and the Law* 133; Schanze, ebd. 67; Hadfield, *Stanford Law Review* 1990, 927.

³ Coase in: Coase, *The Firm, the Market, and the Law* 33.

⁴ Coase in: Coase, *The Firm, the Market, and the Law* 33 (36).

⁵ Coase in: Coase, *The Firm, the Market, and the Law* 33 (35 ff).

⁶ Coase in: Coase, *The Firm, the Market, and the Law* 33 (40, Fn 21).