

Asset-sharing in Franchisenetzwerken: Pflicht zur Weitergabe von Einkaufsvorteilen

I. Einleitung

Die rechtliche Analyse von Netzwerken hat in der deutschen Rechtsprechung noch kein Echo ausgelöst und doch hatte der BGH bereits in drei Fällen ein Kernproblem in Franchisenetzwerken zu lösen: die Frage, wem gehören Netzvorteile in Gestalt von Einkaufsvorteilen, die Lieferanten den Netzwerkpartnern bei Bezug von Waren gewähren. Werden die Netzvorteile dem Initiator des Netzwerks für seine Organisationsleistung gewährt oder den Netzwerkpartnern, die die Bedingungen für die »Großkundenkonditionen«, des Netzwerks erfüllen, nämlich die Waren von den gelisteten Lieferanten beziehen und bezahlen?

Diese Fragen konnte der BGH aufgrund des Vorrangs der hierzu getroffenen formularvertraglichen Vereinbarungen der Parteien lösen. Es konnte dabei offen bleiben, ob Auskunfts- und Zahlungsansprüche auf Herausgabe von Einkaufsvorteilen auch aus anderen rechtlichen Gesichtspunkten begründet sind, aus Auftrag oder Geschäftsführung ohne Auftrag, aus (Einkaufs-) Kommissionsrecht, aus ungerechtfertigter Bereicherung oder unter Schadensersatzgesichtspunkten wegen Verstoßes gegen das (Einkaufs-) Preisbindungsverbot oder wegen unbilliger Behinderung und Diskriminierung von Franchisenehmern im dualen Vertriebssystem.

Die hierzu ergangenen Entscheidungen – Sixt, Hertz, Apollo Optik – sind deshalb von besonderem Interesse, weil formularvertragliche Klauseln, die die Vorteilsweitergabepflicht regelten, auszulegen waren. Dabei gilt gemäß § 305 c) BGB der Grundsatz der objektiven Auslegung¹. Die Formularvertragsklauseln sind ausgehend von den Verständnismöglichkeiten eines rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittskunden einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise verstanden werden².

Es ist zu erwarten, dass eines Tages auch Fälle entschieden werden müssen, bei denen der Franchisegeber keine ausdrückliche Verpflichtung zur Erzielung und Weitergabe von Netzvorteilen (Einkaufsvorteilen) übernommen hat. Dann wird interessant, ob die vom BGH nach objektivem Recht gefundenen Ergebnisse der Auslegung einzelner Vertragsklauseln auch auf die Vertragsauslegung insgesamt Anwendung finden. Wenn die ergänzende Vertragsauslegung gemäß §§ 133, 157 BGB versagt, muss nach dem in § 242 BGB enthaltenen objektiven Maßstab, der unabhängig vom Parteiwillen auf Art und Weise, Bestand und Inhalt der Leistungspflicht einwirkt, ausgelegt werden. § 157 BGB betrifft das rechtliche Wollen, § 242 BGB das rechtliche Sollen³.

1 Helmut Heinrichs (2006) »§ 305 c«, in: *Palandt: BGB*, 65. Aufl., München: Beck, Rn. 15; BGH NJW 1992, 2629.

2 BGHZ 7, 368; 77, 118; 79, 119; BGH NJW 1992, 2629; 2001, 2165.

3 BGHZ 16, 8.

Vor diesem Hintergrund verspricht die Weiterentwicklung von Rechtsprechung und Schrifttum – im Anschluss an die nachfolgend dargestellten Entscheidungen des BGH für die Entwicklung des Netzwerkrechtes – besonders interessant zu werden.

II. Erstreckung von Großabnehmerkonditionen eines Filialnetzwerkes auf angelschlossene Franchisenehmer – Sixt

Lieferabkommen, die die Automobilindustrie direkt mit Großabnehmern abschließt, sind durch besonders günstige Einkaufskonditionen geprägt, die häufig besser sind als die Rabatte der Händler. Um deren Gleichbehandlungsansprüche auszuschließen, bekommen die Sonderkonditionen phantasievolle Namen, u. a. werden sie Werbekostenzuschüsse (= WKZ) genannt. Der Autovermieter Sixt hatte bereits ein bedeutendes Filialnetz von Autovermietstationen aufgebaut. Er wollte durch Franchising expandieren und versprach u. a.:

»wir stellen den Franchisern die Großabnehmerpreise zur Verfügung. Da wir über 20.000 Wagen laufen haben, ist unser Einkauf denkbar günstig.«

Dieses Versprechen war der Hauptgrund für den Beitritt von selbständigen Autovermietern zum Sixt-Filialnetzwerk. Dadurch entstand ein duales Vertriebssystem.

Die Franchisenehmer erhielten auch – genauso wie Sixt – beim Einkauf ihrer Fahrzeuge Großabnehmermengenrabatte, die von den Händlern zur Industrie durchgereicht wurden.

Doch das war noch nicht alles. Sixt erhielt zusätzlich sog. »Werbekostenzuschüsse« auf die eigenen Fahrzeugeinkäufe und diejenigen der Franchisenehmer, hielt diese geheim und gab sie nicht weiter.

Bei Franchisenehmern entstand schließlich der Verdacht, benachteiligt worden zu sein. Sie erhoben Klage mit dem Ziel der Herausgabe *aller* geheim gehaltenen Einkaufsvorteile. Dabei stützten sie sich auf folgende Formulierung in § 3 des Franchisevertrages:

»§ 3: Sixt wird den Franchisenehmer bei dem Einkauf von Fahrzeugen in der Weise unterstützen, dass er ihm die Möglichkeit einräumt, zu den in den Großabnehmerabkommen vereinbarten Konditionen Fahrzeuge zu beziehen, soweit die Hersteller dies zulassen.«

Die Franchisenehmer hatten die Beklagte im Wege der Stufenklage zunächst auf Auskunft in Anspruch genommen über sämtliche der Beklagten zugeflossenen Zahlungen und sonstigen Vergütungen von Autoherstellern. Nach Auffassung des Berufungsgerichtes war die Beklagte nach dem Wortlaut von § 3 des Franchisevertrages verpflichtet, diese Zahlungen ohne Einschränkung an ihre Franchisenehmer abzuführen, soweit sie im Zusammenhang mit von diesen getätigten Fahrzeugkäufen stehen. Bei verständiger Würdigung sei die Klausel in § 3 Abs. 1 des Franchisevertrages so zu verstehen, dass dem Franchisenehmer alle Preisvorteile und sonstigen Vergütungen zukommen sollten, die sich aus der Großabnahme von Fahrzeugen ergäben. Das schließe alle der Beklagten gewährten WKZ und sonstigen Vorteile im Zusammenhang mit dem Erwerb von Fahrzeugen ein⁴.

4 OLG München BB 1997, 1429; Reinhard Böhner (1997) »Verbot von Preisempfehlungen im Sixt-Autovermietfranchisesystem nach § 38 Abs. 1 Nr. 11 GWB«, BB 1997, 1427-1429.

Der rechtliche Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, dass die Beklagte nach dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben verpflichtet ist, den Franchisenehmern Auskunft über den Umfang der von der Beklagten empfangenen, an sie weiterzuleitenden Leistungen zu erteilen, war nach Auffassung des BGH zutreffend. Denn in Rechtsprechung und Lehre ist anerkannt, dass der Schuldner eines Leistungsanspruchs nach § 242 BGB verpflichtet sein kann, dem Gläubiger die zur Durchsetzung seines Rechts erforderlichen Informationen zu geben, wenn dieser sie selbst nicht anders erlangen kann und dem Schuldner die Erteilung der Auskunft unschwer möglich und zuzumuten ist.

Der BGH hatte schließlich folgende Fragen zu beantworten⁵: zählen nur die unmittelbar beim Einkauf gewährten Nachlässe (Mengenrabatte) zu den Einkaufsvorteilen oder auch alle weiteren im Zusammenhang mit dem Kauf von Fahrzeugen durch die Lizenznehmer gewährten Vorteile (WKZ) dazu? Die Antwort war eindeutig: weil in § 3 des Franchisevertrages Bezug genommen wurde auf die Bedingungen der Großabnehmerabkommen ohne Beschränkung auf die in solchen Rahmenabkommen vereinbarten Großabnehmerrabatte, zählen auch WKZ zu den Einkaufsvorteilen. Denn solche Zuschüsse werden in Wirklichkeit gar nicht aufgrund einer Verpflichtung des Franchisegebers zur Werbung gewährt. Dieser betreibt vielmehr die Werbung im eigenen Interesse. Außerdem ist die Gewährung des Zuschusses an den Einkauf von Fahrzeugen zum Zweck der Autovermietung gebunden.

In diesen Fällen ist die richtige, weil auf den wirtschaftlichen Kern abstellende Bewertung durch die Finanzbehörden und durch den Bundesfinanzhof eindeutig: bei dem Zuschuss handelt es sich um einen bloßen Preisnachlass, denn er wird nicht losgelöst von der Warenlieferung des Zuschussgebers gewährt, sondern ist mit dieser eng verknüpft⁶.

Von großer Bedeutung für die Würdigung von Formularvertragsbedingungen in Franchise- und anderen Netzverträgen ist die Beachtung des Grundsatzes der objektiven Auslegung von allgemeinen Vertragsbedingungen⁷. AGB sind ausgehend von den Verständnismöglichkeiten eines rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittskunden einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise verstanden werden. Die Beklagte hatte sich dagegen auf den Inhalt der Großabnehmerrahmenabkommen berufen, die sie mit den Automobilherstellern abgeschlossen hatte. Insoweit hatte die Beklagte ein doppeltes, marktstufenübergreifendes Netzwerk gebildet: auf der Vertriebsstufe das Franchisenetzwerk, auf der Beschaffungsstufe ein Netzwerk zu Automobilherstellern. Nach Auffassung des BGH könnte der Inhalt von Rahmenabkommen mit den Herstellern allenfalls dann zur Auslegung einer Vorteilsweiterleitungs-klausel in Franchiseverträgen herangezogen werden, wenn deren Inhalt den Franchisenehmern bei Abschluss des Franchisevertrages bekannt gewesen wäre. Nur

5 BGH NJW 1999, 2671, 2675.

6 OFD Hannover BB 1989, 1393; BFH BB 1972, 438.

7 Vgl. Fn. 2.

dann hätte er das Verständnis der Franchisenehmer vom Inhalt des vorgeschlagenen Franchisevertrages beeinflussen können⁸.

Die zweite Frage stellte sich aufgrund des Herstellervorbehaltes im letzten Nebensatz der Vertragsklausel, nämlich: »... soweit die Hersteller dies zulassen«. Darf ein Automobilhersteller differenzieren, also in Großabnehmerabkommen nur für Einkäufe des Großabnehmers WKZ gewähren, jedoch für Einkäufe der Franchisenehmer dieselben Netvvorteile verweigern? Das Berufungsgericht hielt den vom Franchisegeber aufgestellten sog. »Herstellervorbehalt« für unwirksam, weil die Klausel dem Transparenzgebot nicht genüge (Verstoß gegen § 9 Abs. 1 AGBG, heute § 307 Abs. 1 BGB). Für den Franchisenehmer sei nicht durchschaubar, inwieweit ihm die Großabnehmervergünstigungen zugute kommen und welche Einschränkungen der Vorbehalt der Gestattung durch die Hersteller mit sich bringe. Darüber hinaus würden die Franchisenehmer durch die Klausel auch unangemessen benachteiligt⁹. Der BGH folgte dieser Rechtsauffassung des Berufungsgerichtes nicht.

Der BGH bejahte diese Frage. Denn der Herstellervorbehalt sei eine transparente Information in einer Formularvertragsklausel. Der Anspruch der Franchisenehmer hänge nicht von der Willkür des Franchisegebers, sondern von der Entscheidung eines Dritten, der Automobilindustrie ab. Diese Entscheidung habe auch der Franchisegeber hinzunehmen. Ihm stehe selbst ein Anspruch auf WKZ für Franchisenehmereinkäufe nicht zu. Mit anderen Worten: was der Franchisegeber selbst nicht an Einkaufsvorteilen für seine Franchisenehmer erhalten hat, muss er auch nicht weitergeben.

Der BGH wies den Vorwurf der Franchisenehmer, der Herstellervorbehalt stelle ihnen gegenüber eine unangemessene Benachteiligung dar, zurück. Denn zur Eröffnung der von ihm erschlossenen Einkaufsquellen sei der Franchisegeber von vornherein ebenso wenig verpflichtet, wie zur Weitergabe der mit einem Einkauf bei diesen Quellen verbundenen Vorteile. Diese Aussage des BGH verspricht, in der Zukunft noch viel Anlass für Streit über die Auslegung von Franchise- und sonstigen Netzverträgen zu geben, bei denen es um die Auslegung von Verpflichtungen zur gerechten Zuweisung von Netvvorteilen geht. Auf die Aussage des BGH wird insbesondere die Ablehnung einer systemimmanen Verpflichtung des Franchisegebers gestützt, für den Franchisenehmer vorteilhafte Einkaufsbedingungen auszuhandeln¹⁰. In dem Vorbehalt, diese nicht in jedem Fall, sondern nur bei Zustimmung des die Vorteile gewährenden Unternehmens weiterzugeben, liegt daher keine vom Leitbild einer gesetzlichen Vorschrift abweichende Regelung. Als Gegenstand einer auch auf seiner Seite freiwilligen Leistung, könne der Franchisegeber diese Leistung und den Umfang der Zuwendung grundsätzlich von der jeweiligen Einigung mit den Vertragspartnern abhängig machen und dies in eine Regelung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen einbringen.

8 BGH NJW 1999, 2671, 2675.

9 OLG München BB 1997, 1429, 1433.

10 Karsten Metzlaff (2003) »§ 8«, in: ders. (Hg.) *Praxishandbuch Franchising*, München: Beck, Rn. 175.

Weil die Rechtsgrundlage für den Anspruch auf Weitergabe von Einkaufsvorteilen in Gestalt der WKZ eine wenn auch auslegungsbedürftige Vertragsklausel war, ergab sich für den BGH kein Anlass zu der Frage Stellung zu nehmen, ob Franchisegeber, die vertragliche Regelungen überhaupt vermeiden und Einkaufsvorteile vor ihren Franchisenehmern geheim und für sich behalten wollen, aus der Natur des Franchisevertrages oder aufgrund geschäftsbesorgungsvertraglicher Verpflichtungen (§§ 675, 667, 666 BGB) zur Auskunft und zur Herausgabe von Einkaufsvorteilen verpflichtet sind. Allerdings wird in der Literatur eine solche Verpflichtung zum Teil abgelehnt unter Hinweis auf einen aus dem Zusammenhang gerissenen Satz des BGH-Urteils, nämlich: »*eine rechtliche Verpflichtung des Franchisegebers, seinen Vertragspartnern alle Vorteile aus dem Bezug bei von ihm erschlossenen Einkaufsquellen zu überlassen, kennt die Rechtsordnung nicht*«¹¹.

Zum Verständnis dieses Satzes ist die Betonung auf das Wort »alle« zu legen. Denn der BGH hat nur die Vertragsgestaltungsmöglichkeiten eines Franchisegebers anerkannt. Er kann – freiwillig – den Franchisenehmern die Weitergabe von Einkaufskonditionen vertraglich zusagen, dabei jedoch zugleich – mit einer transparenten Regelung – den Umfang der Weitergabepflicht durch einen Herstellervorbehalt einschränken.

Dabei ist ein Sonderaspekt hervorzuheben: der Autovermieter Sixt hatte seine Franchisenehmer nicht zum Bezug bei gelisteten Lieferanten verpflichtet. Wenn Franchisegeber dagegen in die Autonomie ihrer Franchisenehmer eingreifen, dadurch dass sie zum Bezug von Waren oder Dienstleistungen bei bestimmten gelisteten Lieferanten verpflichtet werden, um Sonderkonditionen, die von den Lieferanten auch auf Einkäufe der Franchisenehmer und nicht nur auf Einkäufe der Filialen des dualen Systems gewährt werden, vor den Franchisenehmern geheim zu halten und zu sich umzuleiten, stellt sich die Beurteilung ganz anders dar. Denn dann wird die systembedingte Abhängigkeit des Franchisenehmers vom Franchisegeber auf den gelisteten Lieferanten erstreckt. Die Bezugspflicht der Franchisenehmer stellt für die Lieferanten quasi eine Umsatzgarantie dar. Und das ist mehr als nur eine Chance der Konzentration der »freiwilligen Einkäufe« der Franchisenehmer aufgrund vorteilhafter Konditionen der gelisteten Lieferanten.

Die Nachteile, die sich aus der Sicht der Franchisenehmer durch den Verlust ihrer unternehmerischen Freiheit ergeben, nämlich ihre Lieferanten selbst auszuwählen, verlangen nach einem Ausgleich durch die Vorteile, die sich aus der Bündelung des Einkaufsvolumens aller Franchisenehmer ergeben. Nachdem diese Vorteile in Gestalt der Preis- und Rabattzugeständnisse allein aus dem Vermögen der Lieferanten stammen, wäre es unangemessen, sie nicht den gebundenen Franchisenehmern zukommen zu lassen.

Etwas anderes könnte nur gelten, wenn der Franchisegeber – zusätzlich zur Bezugspflicht seiner Franchisenehmer – eigene Leistungen gegenüber den Lieferanten erbringt, z. B. bestimmte Werbemaßnahmen für die Marke des Lieferanten, und sich dazu rechtlich verpflichtet. Denn dann könnten Vergütungen der Lieferanten in der

11 Metzlaff (Fn. 10) Rn. 172.

Tat als Zuschüsse zu Werbekosten des Franchisegebers und nicht als Preisbestandteile für den Einkauf von Fahrzeugen durch den Franchisenehmer angesehen werden.

Bei derartiger Vertragsgestaltung wäre der Einbehalt solcher WKZ nicht unangemessen.

III. Auslegung einer Vertragsklausel zur Weitergabe von »Vorteilen« im dualen Vertriebssystem »Apollo Optik«

Ermutigt durch das »Sixt-Urteil« vom 02.02.1999 hatten 17 Franchisenehmer der Firma Apollo Optik zunächst außergerichtlich Auskunft verlangt, ob ihnen Einkaufsvorteile verschwiegen worden waren. Aufgrund ihrer Bezugspflicht hatten sie bei gelisteten Apollo-Lieferanten eingekauft und Händlerrabatte auf deren Listenpreise gemäß einer »offiziellen« Rabattliste erhalten. Es bestand der Verdacht, dass auf ihre Einkäufe von den Lieferanten inoffiziell »Kick-backs« (= Differenzrabatte) an ihren Franchisegeber gezahlt worden waren. Dieser Verdacht hatte sich bald bestätigt, als den Franchisenehmern – durch ein Versehen – Beweismittel übersandt wurden, aus denen sich ergab, dass von den Lieferanten auf alle Einkäufe aus dem Apollo-System (Filialen und Franchisebetriebe) Rabatzugeständnisse bis zu 52 % gewährt, während den Franchisenehmern höchstens bis zu 38 % weitergeleitet worden waren.

Zusätzlich machten die Franchisenehmer Ansprüche auf Unterlassung verbotener wirtschaftlicher Preisbindung durch zentrale Werbeaktionen des Franchisegebers mit festen Preisangaben geltend, weil hierbei kein Hinweis auf die Unverbindlichkeit für Franchisenehmer aufgenommen worden war. Dem Unterlassungsbegehrn war in einem einstweiligen Verfügungsverfahren bereits stattgegeben worden¹². Die Differenzen eskalierten und führten schließlich zur Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes durch die Franchisenehmer gegenüber der Verpflichtung zur Zahlung von Franchise- und Werbegebühren bis zur Erteilung der verlangten Auskunft über vorenthaltene Einkaufsvorteile. Zugleich erklärten sie die Aufrechnung gegenüber den Gebührenforderungen des Franchisegebers. Der Franchisegeber reagierte mit einer Massenkündigung der Franchiseverträge von solchen Franchisenehmern, die sich zu einer Interessengemeinschaft zusammengeschlossen und jeweils parallel identische Ansprüche geltend gemacht hatten.

Gegen die Kündigungen setzten sich die Franchisenehmer zur Wehr und erhoben bei zehn Landgerichten (Kartellkammern) Klage. Unter den verschiedenen Ansprüchen, hatte der mit der Stufenklage geltend gemachte Anspruch auf Auskunft und Herausgabe der vorenthaltenen Einkaufsvorteile die größte Bedeutung. Die Entscheidungen der Landgerichte und – im Anschluss daran – von sechs Kartellsenaten der zuständigen Oberlandesgerichte, gelangten zum Teil zu diametral entgegengesetzten Ergebnissen. Hierzu kann auf den umfassenden Überblick von Haager verwiesen werden¹³. Die veröffentlichten Entscheidungen des OLG Düsseldorf¹⁴ und des OLG

12 OLG München WuW 2000, DE-R 552 »Festpreiswerbung eines Franchisegebers«.

13 Bernd Haager (2002) »Die Entwicklung des Franchiserechts in den Jahren 1999, 2000 und 2001«, *NJW* 2002, 1463-1475, 1465.

14 OLG Düsseldorf WRP 2002, 235.

Bremen¹⁵ lassen erkennen, dass die eklatanten Gegensätze bei der richterlichen Inhaltskontrolle des Apollo-Franchisevertrages auf einem völlig unterschiedlichen Grundverständnis der Pflichten des Franchisegebers in einem dualen Franchisesystem beruhen:

- das OLG Düsseldorf und die ihm folgenden Urteile des OLG München¹⁶ und des OLG Koblenz¹⁷ gehen von einem kaufvertraglich geprägten Verständnis des Franchising als einem Warenvertriebssystem aus.
- Das OLG Bremen und die ihm folgenden Urteile des OLG Frankfurt¹⁸ und des OLG Karlsruhe¹⁹ legen in ihren Urteilen dagegen der Auslegung der Vorteilsweitergabe-pflicht in § 6.3 des Apollo-Franchisevertrages ein geschäftsbesorgsdienstvertragliches Verständnis zugrunde.

Der BGH erließ zunächst nur in drei Pilotverfahren die Urteile vom 20.05.2003²⁰.

Dem geltend gemachten Anspruch auf Weitergabe der Einkaufsvorteile lag folgender Sachverhalt zugrunde: Apollo Optik betreibt eine Kette von Optik-Einzelhandelsgeschäften mit – im Jahre 1999 – rund 150 eigenen Filialbetrieben. 90 weitere, identische Geschäfte wurden von Franchisenehmern unter der Marke Apollo Optik betrieben. Der vorformulierte Standardfranchisevertrag enthielt u. a. folgende Regelung:

6. Weitere Leistungen von Apollo Optik

- 6.1 *Apollo Optik berät den Partner regelmäßig in Fragen des Einkaufs und Verkaufs, des Apollo-Optik-Fachgeschäfts-Angebotes und in Organisationsfragen. Während der Vertragsdauer werden Vertreter von Apollo Optik den Partner von Zeit zu Zeit, spätestens vierteljährlich besuchen und ihn dabei in geschäftlichen Angelegenheiten beraten und unterstützen.*
- ...

- 6.3 *Apollo Optik betreut den Partner hinsichtlich der Geschäftsentwicklung und des systemgerechten Betriebsablaufes und gibt Vorteile, Ideen und Verbesserungen zur Erreichung optimaler Geschäftserfolge an den Partner weiter.*

Die für die Franchisebetriebe benötigten Waren (insbesondere Brillengläser) wurden von den Franchisenehmern im eigenen Namen bei Lieferanten eingekauft. Hierfür überließ Apollo Optik ihren Franchisenehmern sog. Rabattstaffeln, in denen nach Abnahmemenge gestaffelte Preisnachlässe auf die jeweiligen Listenpreise der bei Apollo Optik gelisteten Lieferanten von Brillengläsern und anderem optischen Zubehör aufgeführt waren. Grundlage dieser Rabattstaffeln waren Rahmenvereinbarungen, die Apollo Optik sowohl für die eigenen Filialen als auch für die Franchisenehmer mit den einzelnen Lieferanten getroffen hatte. Die dabei für jeden Einkauf eines Apollo-Fachgeschäftes des dualen Apollo-Netzwerks ausgehandelten Rabatte wurden auf Veranlassung von Apollo Optik jedoch nicht in voller Höhe in die Rabattstaffeln aufgenommen.

15 OLG Bremen WRP 2002, 224.

16 OLG München, Urteil vom 06.06.2002, Az.: U (K) 2545/01.

17 OLG Koblenz, Urteil vom 13.06.2002, Az.: U 422/01.

18 OLG Frankfurt, Urteil vom 23.07.2002, 11 U (Kart.) 55/00.

19 OLG Karlsruhe, Urteile vom 12.02.2003, Az.: 6 U 129/01 und 6 U 130/01.

20 BGH BB 2003, 2254 und 2258, sowie KZR 29/02 (nicht veröffentlicht).

men, der Differenzbetrag wurde also den Franchisenehmern verheimlicht; Apollo Optik ließ sich vielmehr von den Lieferanten für Wareneinkäufe ihrer Franchisenehmer sog. »Differenzrabatte« auszahlen, und zwar in Höhe des Unterschiedsbetrages zwischen dem Systemrabatt, den Lieferanten sowohl für die eigenen Filialen als auch für die Franchisegeschäfte des Apollo-Netzwerkes zugestanden hatten (im Höchstfall: 52 % der Listenpreise) und den niedrigeren Rabattsätzen, die die Lieferanten den Franchisenehmern gemäß der »offiziellen Rabattstaffel« (im Höchstfall: 38 % des Listenpreises) einzuräumen hatten.

Dieses Differenzrabattsystem wurde gegenüber den Franchisenehmern streng geheim gehalten.

Wegen des Vorrangs der vertraglichen Regelung konnte für den BGH die Frage offen bleiben, ob Auskunfts- und Zahlungsansprüche hinsichtlich der Differenzrabatte den Franchisenehmern auch aus anderen rechtlichen Gesichtspunkten zustehen – Auftrag oder Geschäftsführung ohne Auftrag, (Einkaufs-) Kommissionsrecht, ungerechtfertigte Bereicherung, kartellrechtliche Schadensersatzansprüche wegen unbilliger Behinderung (§§ 33, 20 Abs. 2 S. 1 GWB).

IV. Berücksichtigung der Interessen der an einem (Franchise-) Netzwerk beteiligten Kreise

Der BGH konnte bei seiner Entscheidung, dass der Franchisegeber alle Einkaufsvorteile an seine Franchisenehmer weiterzugeben hat, zwar in erster Linie an den Wortlaut der Klausel anknüpfen. Da die Formularklausel bundesweit verwandt wurde, unterlag sie der uneingeschränkten Prüfung des BGH²¹. Bei der Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen bestehen Besonderheiten. Da Allgemeine Geschäftsbedingungen für die Verwendung in einer Vielzahl von Fällen bestimmt sind, müssen sie nach objektiven Maßstäben ausgelegt werden, und zwar so, wie die an solchen Geschäften typischerweise beteiligten Verkehrskreise sie verstehen können und müssen, d. h. wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise verstanden werden²².

Bei seiner Auslegung richtete der BGH seinen Blick – über das bipolare Franchiseverhältnis hinaus – auf die Verpflichtungen des Franchisegebers im Rahmen der multilateralen Beziehungen zu den gelisteten Lieferanten. Die Berücksichtigung der berechtigten Interessen der Franchisenehmer an der Erlangung der (Einkaufs-) Vorteile, die dem dualen Apollo-System als »Großkunden« von den Lieferanten gewährt wurden, war der entscheidende, für die Entwicklung der Franchiserechtsprechung bedeutende Aspekt. Die im Rahmen des Dreiecksverhältnisses zwischen Franchisegeber, Franchisenehmer und gelisteten Lieferanten zu erbringenden Leistungen erschöpfen sich nicht in der Franchisevertragsbeziehung. Denn der Franchisegeber übernimmt selbst nicht die Funktion der Belieferung der Franchisenehmer mit dem systemtypischen Sortiment. Die Belieferung erfolgt vielmehr im Streckengeschäft direkt durch

21 BGHZ 98, 256, 258; 105, 24, 27.

22 Vgl. Fn. 2.

die gelisteten Lieferanten. Der Franchisegeber trägt auch nicht das Risiko des Warenabsatzes der Lieferanten (Kapitalbindung, Insolvenzrisiko der Franchisenehmer etc.). Der Franchisegeber delegiert diese Funktionen und Risiken auf gelistete Lieferanten. Die franchisevertraglichen und die kaufvertraglichen Beziehungen der Franchisenehmer bestehen also zu unterschiedlichen Vertragspartnern.

Dennoch übernimmt der Franchisegeber Aufgaben in Bezug auf die Gestaltung der künftigen kaufvertraglichen Beziehungen seiner Franchisenehmer. Er stellt nicht nur sein Know-how und sein Systemkonzept zur Verfügung. Er bietet dem Kollektiv der Franchisenehmer auch den Anschluss an das Warenbezugssystem seiner 150 Filialen an. Er übernimmt es – rein tatsächlich ohne ausdrückliche rechtliche Verpflichtung im Franchisevertrag – zentrale Verhandlungen mit Lieferanten zu führen, für die eigenen Filialen und auch für die »fremden« Apollo-Geschäfte seiner Franchisenehmer. Er schließt (als Treuhänder) Rahmenverträge über Einkaufskonditionen und Preisnachlässe auch zugunsten der Franchisenehmer ab, die ein Bezugsrecht bei den gelisteten Lieferanten haben (§ 328 BGB).

Bei dieser Besorgung eigener Geschäfte und zugleich (Fremd-) Geschäftsbesorgung für die Franchisenehmer, spielt es eine entscheidende Rolle, welches Nachfragepotential der Franchisegeber in die Preis- und Rabattverhandlungen einbringen kann. Das ist zunächst die eigene Einkaufsmacht aufgrund des Bedarfs von 150 Filialen. Aufgrund des (arbeitsrechtlichen) Direktionsrechts von Apollo-Optik sind die Filialleiter zur Bestellung bei den gelisteten Lieferanten verpflichtet. Diese Einkaufsmacht des Filialsystems wird nochmals verstärkt, wenn der Franchisegeber aufgrund seiner Doppelfunktion zusätzlich im Wege der indirekten Stellvertretung zugleich die »fremde«, kollektive Nachfragemacht der Franchisenehmer einbringen kann. Von besonderer Bedeutung ist die Automatik der Bildung kollektiver Einkaufsmacht aufgrund der (franchisevertraglichen) Verpflichtung der Franchisenehmer, ihren Bedarf zu 80 % bei den gelisteten Lieferanten zu decken. Diese Bezugspflicht gewährt dem Franchisegeber (systemimmanent) die Geschäftsführungsbefugnis für zentrale Lieferantenverhandlungen und das Recht zur indirekten Stellvertretung der Franchisenehmer gegenüber den Lieferanten. Aufgrund der Identität der Bezugspflichten (corporate identity) vergrößert sich die kollektive Einkaufsmacht der Franchisenehmer mit jedem neuen Franchisevertragsabschluss. Jeder neue Franchisenehmer tritt dem vom Franchisegeber gestalteten Bezugssystem und den Konditionen bei, die dem Filialsystem und dem Kollektiv der bisher schon vorhandenen Franchisenehmer zugestanden wurden.

Für den Lieferanten entsteht nicht lediglich eine Chance, aufgrund eines günstigen Preis-/Leistungsverhältnisses Umsätze mit Franchisenehmern zu erzielen. Er erhält vielmehr quasi eine Umsatzgarantie, wenn die Franchisenehmer ihren Bedarf bei ihm decken müssen (gegebenenfalls in Höhe einer bestimmten Quote im Verhältnis zu weiteren vom Franchisegeber selektierten Lieferanten). Diese Sicherheit in Bezug auf seine künftigen Absatzmöglichkeiten erlaubt dem Lieferanten erhebliche Zugeständnisse bei der Preisgestaltung, insbesondere in Gestalt von Sofortrabatten schon für die Bestellung des ersten Brillenglasses und nicht erst in Gestalt eines Bonus' nach Erreichung einer bestimmten Umsatzstaffel. Bei der Struktur des Franchisesystems von Apollo Optik ist nicht lediglich das bilaterale Vertragsverhältnis zwischen Franchise-

geber und Franchisenehmer zu betrachten. Die Beziehungen zwischen dem Franchisegeber und dem einzelnen Franchisenehmer werden vielmehr durch das Netzwerk determiniert: die Gesamtheit der übrigen bezugspflichtigen Franchisenehmer und ihre Beziehungen zu den Lieferanten. Die Existenz und die Wirkungen dieses Netzwerks können als Rechtstatsache auch im Rahmen der rechtlichen Beurteilung nicht ausgebündet werden. Der Franchisevertrag hat keineswegs nur die Funktion der Organisation des Leistungsaustausches der Franchisegeberpflichten und Franchisenehmerpflichten im Franchiseverhältnis. Er hat auch einen organisationsrechtlichen Vertragsgegenstand aufgrund der Verpflichtung des Franchisegebers, die Franchisenehmer durch dritte Streckenlieferanten beliefern zu lassen, der Verpflichtung zur Vorteilsweitergabe (aus dem Netzwerk) zur Erreichung optimaler Geschäftserfolge (Ziffer 6.3) und der Bezugspflicht bei gelisteten Apollo-Lieferanten. Die Aufgaben, die Apollo Optik als beherrschendes Unternehmen dieses Netzwerks übernimmt, und die dabei begründeten Rechte und Pflichten werden im Franchisevertrag gar nicht im einzelnen geregelt, sondern von den Vertragspartnern vorausgesetzt. Das zeigt sich in der Präambel des Apollo-Franchisevertrages. Danach wird dem einzelnen Franchisenehmer Anschluss an das von Apollo Optik entwickelte System von Apollo-Fachgeschäften gewährt. Welche Aufgaben vom Franchisegeber im einzelnen im Verhältnis zu den Streckenlieferanten zu erledigen sind, um Bezugsrechte für die Franchisenehmer und Vorteile aus der vertikalen Kooperation zu erlangen, wurde nicht ausdrücklich vertraglich ausformuliert. Hier genügte den Vertragspartnern die Anknüpfung an die insoweit identische Tätigkeit des Franchisegebers in Bezug auf Einkäufe für seine Filialen und die Franchisegeschäfte der Franchisenehmer. In Bezug auf die Erfüllung dieser Aufgaben genügte den Franchisenehmern das Versprechen in der Präambel: »nur enge, vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen den Partnern und Apollo sichern beiderseitigen Vorteil und bilden die Grundlage einer erfolgreichen Geschäfts-entwicklung.«

Beiderseitige Vorteile entstehen im Netzwerk: in Folge der corporate identity profitieren auch die 150 Filialbetriebe von den etwa 90 im Franchising betriebenen Franchisegeschäften. Diese sorgen für eine größere Flächenabdeckung mit Apollo-Optik-Fachgeschäften und steigern damit insgesamt Ansehen und Image des Netzwerks. Umgekehrt profitieren auch die Franchisenehmer vom Vorhandensein der 150 eigenen Filialen des Franchisegebers. Trotzdem ist es legitim, dass das natürliche, wirtschaftliche Interesse des Franchisegebers sich vornehmlich auf seine eigenen Filialbetriebe richtet. Filialen und Franchisegeschäfte stehen sich in gewisser Weise im Wettbewerb gegenüber.

Dabei entsteht ein Interessenkonflikt: Apollo Optik beschränkt sich nicht auf die Rolle des Franchisegebers, sondern nutzt das Franchisesystem, um daraus Vorteile für ihre eigenen Filialbetriebe zu ziehen (duales Vertriebssystem). So lange zwischen den beiden Säulen des dualen Vertriebssystems ein symbiotisches Verhältnis besteht, bei dem beide Partner, nämlich einerseits der Franchisegeber mit seinen Filialen und andererseits die Franchisenehmer in gleicher Weise partizipieren, ist das zu akzeptieren.

Wenn allerdings der Franchisegeber – zusätzlich zu den transparenten Franchise- und Werbegebühren – einseitig die gemeinsam erwirtschafteten Vorteile aus der Ein-

kaufsmacht des dualen Vertriebssystems zieht aufgrund der Nachfrage des Kollektivs der Franchisenehmer und zu deren Lasten die Wettbewerbsbedingungen verschiebt, entsteht ein Ungleichgewicht. Der Franchisegeber hat die Nachfragemacht seiner Franchisenehmer automatisch durch die Bezugspflicht vertikal mit jedem Franchisevertragsabschluss gebündelt und nochmals mit der eigenen Nachfragemacht der Filialbetriebe vereinigt, ohne die hieraus resultierenden von den Lieferanten zugestandenen Vorteile in voller Höhe den Franchisenehmern zukommen zu lassen. Weil die ausgehandelten, von den Lieferanten ohne Diskriminierung in identischer Höhe zugestandenen Höchstrabatte nicht allen Nachfragern aus dem dualen Apollo-Vertriebssystem gewährt wurden, führte dies zu erheblichen Wettbewerbsverzerrungen.

In Form der Differenzrabatte – »Kick-backs« – auf Einkäufe der Franchisenehmer erhält der Franchisegeber Vergütungen (zusätzliche, verdeckte Franchisegebühren), die allein aus eigenen Leistungen der Franchisenehmer resultieren und damit diesen zuzuweisen wären. Die Leistungen der Franchisenehmer bestehen zunächst in der Systembindung an den Franchisegeber und sodann in der Übernahme des Warenrisikos durch Bestellung, Finanzierung, Bezahlung und Übernahme des Absatzrisikos der Waren. Was Lieferanten für diese Leistungen gewähren, gebührt den Franchisenehmern als *leistungseigener Vorteil*. Diese Vorteile hat der Franchisegeber seinen Franchisenehmern vorenthalten und sich die Differenz zwischen den offiziellen, offengelegten Rabatten und den verheimlichten Höchstrabatten in Form von Kick-backs auskehren lassen. Der Franchisegeber hatte folglich nicht nur den Wettbewerbsvorteil, dass seine eigenen Filialbetriebe den Höchstrabatt erhielten, der durch das zusätzliche Einkaufsvolumen der Franchisenehmer noch erhöht worden war. Darüber hinaus hat er auch noch die Differenzrabatte aus den Einkäufen der Franchisenehmer abgeschöpft. Damit haben sich die Einkaufsbedingungen im Apollo-System in erheblichem Maße unterschieden. Dadurch wurde die Wettbewerbsfähigkeit der Franchisenehmer, die ja schon mit der vertraglich bedungenen Franchise- und Werbegebühr belastet sind, erheblich diskriminierend beeinträchtigt.

Diese unterschiedlichen Wettbewerbsbedingungen hat der Franchisegeber seinen Franchisenehmern verschwiegen und ihnen Gleichbehandlung vorgespiegelt.

Die dargestellten Netzwerkbeziehungen und die mit zentralen Einkaufsvereinbarungen erlangten Netzwerkvorteile aufgrund der Belieferung von bezugspflichtigen Franchisenehmern durch gelistete Streckenlieferanten, sind einem dualen Filial-/Franchisesystem immanent. Sie mussten deshalb bei der Auslegung des vertraglichen Anspruchs auf Herausgabe der »Vorteile zur Erlangung optimaler Geschäftserfolge« berücksichtigt werden. Teubner²³ greift in seiner profunden Entscheidungsrezension bereits über die AGB-rechtliche Auslegungsaufgabe hinaus. Er entwickelt aus dem Netzzweck Verbundpflichten als intensivierte Treuepflichten, hier als Weiterleitungs pflicht für sämtliche Systemrabatte.

23 Gunther Teubner (2004) »Profit sharing als Verbundpflicht? Zur Weiterleitung von Netzz vorteilen in Franchisesystemen«, 168 ZHR, 78-96, 92.

V. Kundenfreundlichste Auslegung § 5 AGBG a. F., § 305 c) BGB von Vorteilsweitergabeklauseln

Der BGH ließ sich bei seiner am Wortlaut orientierten Auslegung nicht durch systematische Bedenken beirren. Der Franchisegeber hatte geltend gemacht, dass die Weitergabe von Einkaufsvorteilen – wenn die Parteien sie gewollt hätten – systematisch an anderer Stelle im Vertrag hätte geregelt werden müssen; dort, wo sich Bestimmungen über »Verkaufsangebot, Warenbezug, Lieferung« befinden. Die Weitergabe von Einkaufsvorteilen sei dort mit keinem Wort erwähnt. In dieser Argumentation sah der BGH einen Widerspruch zum tatsächlichen Verhalten des Franchisegebers: denn dieser hatte ja unstreitig bei Vertragsschluss »offizielle« Rabattstaffeln für den Bezug bei gelisteten Lieferanten überlassen. Nach Treu und Glauben durften die Franchisenehmer davon ausgehen, dass es sich dabei um die in 6.3 versprochenen »optimalen Vorteile« handelte; dass ihnen »inoffiziell« die Differenzrabatte verschwiegen wurden, konnten sie nicht wissen. Die vom Franchisegeber aufgeworfenen Zweifel sprachen gegen das apodiktische Auslegungsergebnis der Oberlandesgerichte Düsseldorf, München und Koblenz, die zuvor die Ansprüche abgelehnt hatten, wonach unter Abschnitt 6.3 nur »immaterielle Vorteile« aus der bilateralen Franchisebeziehung weiterzugeben seien. Sie führten zur Anwendung der Unklarheitenregelung des § 5 AGBG a. F.. Jedenfalls musste sich der Franchisegeber gemäß § 5 AGBG (nummehr § 305 c) Abs. 2 BGB) an einer dahingehenden Deutung der Vertragsklausel Nr. 6.3 festhalten lassen. Denn das von drei Berufungsgerichten (Düsseldorf, München und Koblenz) für allein vertretbar gehaltene abweichende Auslegungsergebnis könnte allenfalls zu Zweifeln an dem vom Wortlaut her nahe liegenden Auslegungsergebnis führen. Dann aber müsste nach der Unklarheitenregelung des § 5 AGBG der Franchisegeber als Verwender der von ihm vorformulierten Vertragsbestimmung die den Franchisenehmern günstigste (»kundenfreundlichste«) Auslegung gegen sich gelten lassen. Der Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen hat für eine eindeutige Fassung der von ihm vorformulierten oder verwendeten Bestimmungen zu sorgen²⁴.

VI. Beschränkung der vertraglichen Vorteilsweitergabepflicht nur durch ausdrückliche Regelung

Der Franchisegeber hatte mehrere Verteidigungslinien aufgebaut,

- in erster Linie das Argument, dass unter den in Abschnitt 6.3 angesprochenen Vorteilen nicht finanzielle Vorteile aus *seiner* Geschäftsbeziehung zu den gelisteten Lieferanten zu verstehen seien.
- In zweiter Linie hat er eingewandt, dass er immerhin die offiziellen Rabatte gemäß den bekannt gegebenen Rabattlisten weitergegeben habe, die inoffiziellen Differenzrabatte seien ein branchenübliches Finanzierungsinstrument, denn die Franchisegebühren deckten ohnehin nicht den Kostenaufwand für das Franchisesystem in vollem Umfang ab.

24 BGHZ 79, 117, 118 ff.; 102, 384, 389 ff.

Diese Argumentation, die Franchisenehmer hätten schließlich von den gelisteten Lieferanten die bestellten Optikartikel genau zu den Preisen, Konditionen und Rabatten erhalten, die ihnen der Franchisegeber genannt habe, ist kaufvertraglich geprägt.

Der BGH reagierte darauf mit dem Hinweis auf die franchisevertragliche Pflicht zur vollständigen Weiterleitung aller Einkaufsvorteile.

Die Verpflichtung hätte nur dann wirksam eingeschränkt werden können, wenn in dem Franchisevertrag eine transparente Bestimmung enthalten wäre, die die Pflicht des Franchisegebers zur Weiterleitung aller Systemrabatte auf den tatsächlich weitergegebenen Teil, die »offiziellen Rabatte« beschränken würde.

VII. Schadensersatz aus positiver Vertragsverletzung

Beim Scheitern von Franchisevertragsbeziehungen werden Schadensersatzansprüche häufig aus dem Rechtsgrund des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen geltend gemacht²⁵. Beim Franchising muss der Franchisegeber den Franchisenehmer richtig und vollständig über die Rentabilität des Systems informieren. Dabei geht es um die Verletzung von vorvertraglichen Aufklärungspflichten.

Der Franchisegeber Apollo hat zwar auch die künftigen Vertragspartner des sich anbahnenden Franchisevertrages vorvertraglich über den vollen Umfang der mit Systemlieferanten ausgehandelten Systemrabatte falsch informiert. Er hat damit jedoch nicht nur eine allgemeine, aus Treu und Glauben begründete vorvertragliche Pflicht verletzt. Durch die Vereinbarung der Differenzrabattabführung mit den Lieferanten hat er auch die von ihm in Abschnitt 6.3 übernommene vertragliche Verpflichtung zur uneingeschränkten Weitergabe aller Einkaufsvorteile verletzt.

Hieraus folgte die Schadensersatzpflicht gerichtet auf Ersatz des positiven Interesses im Gegensatz zur Beschränkung der Schadensersatzpflicht aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen, die grundsätzlich auf das negative Interesse beschränkt ist.

VIII. Weitergabe von Netvvorteilen aufgrund vertraglicher Unterstützungs pflicht oder Geschäftsführungsrecht? – »Hertz«

In den Fällen Sixt²⁶ und Apollo Optik²⁷ konnte der BGH offen lassen, ob neben den vorrangigen vertraglichen Regelungen auch andere rechtliche Gesichtspunkte als Grundlage des vertraglichen Schadensersatzanspruches wegen Vorenthaltung von empfangenen Einkaufsvorteilen in Betracht kommen. Im Fall Apollo Optik hatten Franchisenehmer insbesondere Ansprüche auch aus Auftrag oder Geschäftsführung ohne Auftrag, (Einkaufs-) Kommissionsrecht und aus ungerechtfertigter Bereicherung vorgetragen.

25 OLG München BB 1988, 865 m. Anm. Skaupy; OLG München NJW 1994, 667 – hierzu Reinhard Böhner (1994) »Schadensersatzpflicht des Franchisegebers aus Verschulden bei Vertragsabschluß«, 47 NJW, 635-636; OLG München BB 2001, 1759, hierzu ders. (2001) »Bestand und Ausmaß der vorvertraglichen Aufklärungspflicht des Franchisegebers - das „Aufina“-Urteil unter der Lupe«, 56 BB, 1749-1753.

26 BGH NJW 1999, 2671.

27 BGH BB 2003, 2254 (Preisbindung durch Franchisegeber II).

Das derartige gesetzliche Ansprüche schlüssig sind, ergibt sich aus den Erwägungen des BGH in einem weiteren Autovermietungsfall: »Hertz«.

Ähnlich wie im Fall Sixt hatte die deutsche Tochtergesellschaft des in den USA ansässigen Autovermieters Hertz International Ltd. (Hertz International) ein duales, aus Filialen und Franchisestationen bestehendes Autovermietungsnetz aufgebaut. »Hertz Deutschland« hatte selbständig mit verschiedenen Autoherstellern Rahmenabkommen abgeschlossen, auf deren Grundlage sog. »Werbekostenzuschüsse« an Hertz Deutschland gezahlt wurden, wenn Fahrzeuge der betreffenden Marke entweder in Filialen oder in Hertz-Franchisestationen im Vermietungsgeschäft eingesetzt wurden.

In dem weltweit eingesetzten Hertz-Standardvertrag, dessen englische Fassung maßgeblich war, befindet sich eine Verpflichtung des Franchisegebers zur Unterstützung des Franchisenehmers mit folgendem Wortlaut:

»Hertz International verpflichtet sich, falls durchführbar, den Lizenznehmer zu unterstützen bei der Erarbeitung von Verfahrensweisen hinsichtlich des Erwerbs von Material und Ausrüstung, die im Kraftfahrzeugvermietgeschäft benötigt werden.«

Die Franchisenehmer machten geltend, dass unter »Ausrüstung«, die zum Kraftfahrzeugvermietungsgeschäft benötigt wird, gerade auch Kraftfahrzeuge fallen.

Hertz Deutschland hatte in einer zusätzlichen, formularmäßig allen Franchisenehmern vorgelegten Verpflichtungserklärung folgende Aussagen getätigt.

Die unterzeichnende Firma ... (Hertz-Franchisenehmer) ist Lizenznehmer der Firma Hertz International Ltd. und nimmt in dieser Eigenschaft – jederzeit widerrieflich – an den Einkaufskonditionen für Kraftfahrzeuge der Autovermietung GmbH, Frankfurt, teil.

Die Hertz Autovermietung GmbH wird den Lizenznehmer jeweils zu Beginn eines Kalenderjahres über die Höhe der von den jeweiligen Herstellern gewährten Sonderkonditionen, insbesondere die Höhe der Verwender- und/oder Großabnehmerrabatte und WKZ unterrichten.

Franchisenehmer erhoben Stufenklage auf Auskunft und Rechenschaft hinsichtlich der auch für ihre Fahrzeugeinkäufe entgegengenommenen WKZ der Automobilhersteller sowohl gegen Hertz Deutschland als auch gegen den Franchisegeber Hertz International. Das OLG Stuttgart²⁸ gab der Klage gegen beide Beklagte statt. Der BGH bestätigte die Verurteilung von Hertz Deutschland und hob die Verurteilung von Hertz International auf und begründete dies wie folgt: eine Vereinbarung zur Aushandlung und Einziehung von WKZ habe ausschließlich zwischen Hertz Deutschland GmbH und den Franchisenehmern bestanden. Von keiner Seite sei vorgetragen worden, dass Hertz International in der Vergangenheit WKZ tatsächlich vereinbart und an die Franchisenehmer weitergegeben habe. Die Pflicht von Hertz International nach Nr. 4 F des Franchisevertrages, die Franchisenehmer bei dem Erwerb von Materialien und Ausrüstung zu unterstützen, sei nur eine allgemein gehaltene Regelung. Diese begründe keinen Leistungsanspruch der Franchisenehmer gegen Hertz International. Darauf hinaus habe Hertz International nicht tatsächlich WKZ mit den Autoherstel-

28 BGH NJW-RR 2002, 1554, 1556.

lern ausgehandelt und für die Franchisenehmer entgegengenommen. Es seien auch keine Umstände festgestellt worden, aus denen sich ergeben könne, dass Hertz Deutschland bei den von ihr mit den Franchisenehmern getroffenen Vereinbarungen über die Auszahlung von WKZ als Stellvertreterin für Hertz International gehandelt habe.

Das OLG München²⁹ ist dieser Entscheidung des BGH ausdrücklich nicht gefolgt und hat in einem vergleichbaren Fall eines anderen Franchisenehmers wiederum Hertz International und Hertz Deutschland gesamtschuldnerisch zur Auskunft und zur Rechenschaft über empfangene WKZ mit folgender Begründung verurteilt:

es komme nicht darauf an, ob den Franchisenehmern ein Anspruch auf Auskehrung der WKZ auf der Grundlage von Geschäftsführungsrecht zustehe. Die Auskunftsverpflichtung bei der Beklagten ergebe sich nämlich mit seltener Deutlichkeit aus den vorgelegten Verpflichtungserklärungen, in denen sich Hertz Deutschland ausdrücklich verpflichtet habe, über die WKZ zu unterrichten. Weil Hertz International als Franchisegeber sich zur Erfüllung der Verpflichtungen Hertz Deutschland, die die Verpflichtungserklärung abgegeben habe, bedient hat, sei sie auch zur Auskunft verpflichtet.

Die Hertz-Entscheidungen zeigen, dass es lohnend ist, insbesondere die Begründung von Ansprüchen auf Auskehrung von Einkaufsvorteilen auf der Grundlage von Geschäftsführungsrecht (§§ 675, 666, 667 BGB) eingehender zu prüfen. Geschäftsbesorgungsrecht ist dispositiv. Für die auf Geschäftsbesorgungsverträge anzuwendenden Vorschriften ergibt sich folgende Rangfolge:

- (1) Vertragliche Vereinbarungen der Parteien, soweit sie zulässigerweise getroffen wurden;
- (2) Spezielle Bestimmungen auch in Gesetzen außerhalb des BGB, soweit wie oft ein Handelsgeschäft vorliegt, insbesondere des HGB, einschließlich dessen allgemeine Vorschriften (§§ 343 ff. HGB);
- (3) Der größte Teil des Auftragsrechtes, das insoweit den Vorschriften über Dienst- oder Werkverträge vorgeht;
- (4) Je nach Art der Geschäftsbesorgung (§§ 611 ff. BGB oder §§ 631 ff. BGB), soweit weder spezielle Gesetze noch das Auftragsrecht Vorschriften enthalten³⁰.

Weil der BGH eine vertragliche Verpflichtung von Hertz International der Regelung in Ziffer 4 F des Franchisevertrages nicht entnehmen konnte, ergab sich die Notwendigkeit, den Anspruch der Franchisenehmer unter dem Aspekt der gesetzlichen Herausgabepflicht gemäß §§ 675, 667 BGB zu prüfen. Der Beaufragte ist verpflichtet, dem Auftraggeber alles, was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat, herauszugeben. Der Anspruch wurde nur deshalb verneint, weil Hertz International selbst nicht Geschäftsbesorgung betrieben hatte, d. h. selbst keine Rahmenverträge mit den Autoherstellern ausgehandelt hat und die WKZ auch nicht für die Franchisenehmer entgegengenommen hatte. Die Haftung von Hertz International gemäß

29 Urteil vom 5.12.2002, U (K) 3925/02.

30 Hartwig Sprau (2005) »§ 675«, in: *Palandt: BGB*, 64. Aufl., München: Beck, Rn. 7.

§§ 675, 664 BGB analog aufgrund der Einschaltung von Hertz Deutschland bei der Erfüllung von Franchisegeberpflichten wurde vom BGH deshalb gar nicht geprüft.

IX. Pflicht zur Weiterleitung von Einkaufsvorteilen auch ohne ausdrückliche Vertragsklausel aus der Natur des Franchisevertrages

Die Kritik an den Entscheidungen »Sixt« und »Apollo Optik« leidet unter einem Grundlagenfehler: sie geht davon aus, dass eine Verpflichtung zur Weitergabe von Einkaufsvorteilen für einen Franchisegeber, der ein duales Vertriebssystem führt, nur dann rechtlich begründet ist, wenn hierzu eine ausdrückliche vertragliche Regelung getroffen worden sei³¹. Dieses Denken ist der längst überwundenen Begriffsjurisprudenz verhaftet. Richtig ist, dass zu Rechtsvorschriften nicht nur Gesetzesvorschriften im materiellen Sinne gehören. Zu den Rechtsvorschriften, die die Vorteilsweitergabepflicht begründen können, zählt auch die Gesamtheit der wesentlichen Rechte und Pflichten, die sich aus der *Natur des Vertrages* ergeben. Das hat der Bundesgerichtshof bei der Inhaltskontrolle von Klauseln, die von Rechtsvorschriften abweichen oder diese ergänzen, mehrfach bestätigt³².

Bei der Inhaltskontrolle von AGB-Klauseln in Verträgen, die gesetzlich nicht besonders geregelt sind, geht es darum, den Vertragspartner des Verwenders vor einer einseitig vorgeschriebenen, unangemessenen Verkürzung derjenigen Rechte zu schützen, die er nach Gegenstand und Zweck des Vertrages zu erwarten berechtigt ist.

Teubner hat in seiner Rezension der Apollo-Urteile bereits die Aufgabenstellung für die Rechtsprechung beschrieben. Es geht um die Aufgabe, nach *objektivem Recht* zu entscheiden, ob Einkaufsvorteile an Franchisenehmer weiterzugeben sind, auch wenn keine Vertragsklausel hierzu ausdrücklich verpflichtet.

Spätestens dann, wenn die AGBs an die neue Rechtsprechung des BGH (Apollo) dadurch »angepasst« werden, dass Weiterleitungspflichten abgeschwächt, ganz gestrichen oder ausgeschlossen werden, ist die Rechtsprechung gezwungen, die Frage aufgrund von objektiven Vertragsstrukturen zu entscheiden. Sollten in Zukunft Weiterleitungspflichten schlicht gestrichen werden, dann ist aufgrund objektiven Rechts zu entscheiden, ob die Treuepflichten des Franchisegebers eine Weiterleitungspflicht für Rabatte einschließen. Spätestens dann wird der Netzwerkcharakter von Franchisesystemen rechtlich relevant³³.

Mit *objektivem Recht* sind die wesentlichen Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, gemeint.

Vertragsnatürliche Rechte und Pflichten setzt der Gesetzgeber in § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB voraus. Bei der Inhaltskontrolle von AGB-Klauseln kommt es darauf an, ob

31 Eckhard Flohr (2004) »Der Franchise-Vertrag – Überlegungen vor dem Hintergrund der Apollo-Optik-Entscheidungen des BGH«, 8 *DSiR*, 93-97, 95, 97.

32 BGH-Urteil vom 14.10.1997, NJW 1998, 383 = LM AGBG § 8, Nr. 30; BGH-Urteil vom 06.02.1985, BGHZ 93, 358 = NJW 1985, 3013; LM § 8 AGBG, Nr. 8.

33 Teubner (Fn. 23) 93.

diese die vertragsnatürlichen Rechte so einschränken, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.

Eine Gefährdung der Erreichung des Vertragszwecks kann jedoch nicht nur durch eine ausdrückliche Ausschlussklausel betreffend Vorteilsweitergabe erfolgen.

Die Nichterfüllung einer ungeschriebenen, vertragsnatürlichen Pflicht kann die Verteilung des Vertragszwecks noch viel effizienter bewirken.

Der in Anspruch genommene Franchisegeber kann versuchen, die Vorteilsweitergabe schlicht dadurch zu vereiteln, dass er sich darauf beruft, ohne ausdrückliche Weiterleitungsklausel sei er zu gar nichts verpflichtet.

Dann ist der Franchisenehmer gezwungen, die Vorteilsweiterleitungspflicht als wesentliche Pflicht, die sich unmittelbar und unvoreingenommen aus dem besonderen Erscheinungsbild des atypischen Vertrags ergibt, also ein eigenes Gerechtigkeitsmodell zu entwickeln.

Im Prozess muss dann dem Realtypus des Franchisevertrags ein adäquater, normativer Strukturtypus »eingezogen« werden, der nicht auf Gesetz, sondern auf *Richterrecht* beruht.

Bei den im Sinne von § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB maßgeblichen »Rechten oder Pflichten aus der Natur des Vertrages« handelt es sich um eine hermeneutisch verknüpfte, praktisch kaum trennbare Fragestellung. Dennoch ist die Vorstellung von einer die einzelnen Rechte und Pflichten übersteigenden Vertragsnatur hilfreich, um zu einem Leitbild und Maßstab gelangen zu können, an dem die vertraglichen Vereinbarungen gemessen werden können. Die Natur des Vertrages muss von den konkret vereinbarten Regelungen abstrahieren und auf ein Austausch- und Gerechtigkeitsmodell referieren, das die Parteien zwar mit ihren konkreten Vereinbarungen berufen haben, aber nicht beherrschen.

Dabei wäre es jedoch verfehlt, die Gesetzesformulierung in § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB als Verweis auf überpositive, naturrechtliche Gerechtigkeitsmaßstäbe zu verstehen. Das maßgebliche Leitbild ist vielmehr aus der vertraglichen Ordnung selbst zu entwickeln. Dabei müssen jedoch, will man zirkuläres Denken vermeiden, die privatautonom gesetzten Daten mit den übergreifend geltenden Grundsätzen und Wertungen des objektiven Rechts angereichert und in einer Zusammenschau zu einem normativen, keineswegs mehr rein vertragsimmanenten Gerechtigkeitsmodell vereinigt werden.

Bezugspunkt der Leitbildkonkretisierung ist nicht der Einzelvertrag, sondern der durch die Vereinbarungen bezeichnete Vertragstyp – auch wenn es sich um ganz neuartige Gestaltungen handeln sollte. Dies folgt aus der abstrakten Konzeption von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formularverträgen und dem entsprechend generalisierend/typisierenden Prüfungsansatz, aber auch aus dem Begriff der »Natur des Vertrages«, der auf ein über dem Einzelvertrag stehendes Austauschmodell verweist³⁴.

Zur Natur des Vertrages gehört zunächst der allgemeine Sinn jeden Vertrags, der vor allem in der Bindung an das gegebene Versprechen liegt. Daraus lassen sich aber keine konkreten Rechte und Pflichten ableiten. Die Natur des Vertrages im Sinne von

34 Vgl. hierzu Michael Coester (1998) »§ 9 AGBG« in: Michael Martinek (Hg.) *Staudingers Kommentar zum BGB*, Berlin: Sellier-de Gruyter, Rn. 200-204.

§ 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB wird deshalb durch die *spezifischen Zwecke* bestimmt, die bestimmte Interessen berücksichtigen und schützen und dadurch dem Vertrag seine Eigenart verleihen. Da der Vertrag seine Grundlage in der Privatautonomie findet, ist in erster Linie auf die Zwecke und Vorstellungen der Parteien abzustellen, wie sie in der Individualabrede ihren Ausdruck finden.

Soweit Zweckvorstellungen aus den Individualvereinbarungen nicht zu entnehmen sind, ist auf die verkehrstypischen Zwecke abzustellen, die einen durchschnittlichen, vernünftigen Betrachter beim Abschluss des Vertrages leiten und zum Vertragsabschluss veranlassen. Die Sicht des vernünftigen Betrachters unter Berücksichtigung der Verkehrssitte wird dabei in zweifacher Hinsicht bedeutsam:

- einmal, wenn es darum geht, unvernünftige Zwecke und Vorstellungen der Parteien auszuschließen;
- zum anderen dann, wenn konkrete Zwecke und Vorstellungen der Parteien nicht vorliegen und das von ihnen vernünftigerweise Gewollte zu ermitteln ist. Die Zwecke und Vorstellungen der Parteien können auf wirtschaftliche wie auf andere Interessen gerichtet sein.

Zu den Zwecken und Vorstellungen der Parteien gehören:

- zunächst die *spezifischen Leistungszwecke*, die mit der Hauptleistung verkehrstypisch oder aufgrund besonderer Vereinbarung verbunden sind;
- darüber hinaus gehört zur Vertragsnatur *generell* der Schutz der von der vertraglichen Regelung berührten Interessen.

Die Natur des Vertrages wird deshalb wesentlich dadurch bestimmt, welche Interessen im Vertrag vernünftigerweise berücksichtigt und geschützt werden müssen.

Die Natur des Vertrages wird nicht nur durch den Gesamtcharakter, sondern auch durch einzelne seiner Teile bestimmt, sofern sie schützenswerte Interessen betreffen³⁵.

X. Unwirksamkeit von Ausschlussklauseln betreffend empfange Netzvorteile gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB

Entscheidungen über Vorteilsweitergabeverpflichtungen ohne eine entsprechende, gegebenenfalls auszulegende Vertragsklausel, sind bisher noch nicht bekannt geworden, genauso wenig Entscheidungen über Klauseln, mit denen bezugspflichtigen Franchisenehmern Netzvorteile versagt wurden, die ein Franchisegeber auch für ihre Einkäufe ausgehandelt und vereinbart hat. Zur Prüfung der Wirksamkeit einer derartigen Ausschlussklausel wird die Rechtsprechung zunächst die Konturen des Leitbildes der aus dem Netzwerkvertrag resultierenden Franchisegeberpflichten definieren müssen.

Eine gesetzliche Regelung von Franchisegeberpflichten zur Auskehrung von empfangenen Einkaufsvorteilen fehlt. Dabei ist deutlich zu differenzieren zwischen

- (1) der Begründung eines bedingten Anspruchs auf Teilnahme an Netzwerkbedingungen (Großkundenrabatte) und

35 Manfred Wolf (1994) »§ 9« in: ders., Norbert Horn und Walter Lindacher (Hg.) *AGBG*, 3. Aufl., München: Beck, Rn. 83, 84.

- (2) dem Anspruch der Herausgabe von Einkaufsvorteilen, die der Franchisegeber tatsächlich ausgehandelt und auch auf Einkäufe der Franchisenehmer entgegen genommen hat.

Immer dann, wenn der Franchisegeber von seinen Franchisenehmern die Bezugspflicht in Bezug auf die von ihm genehmigten Produkte und Lieferanten verlangt, ergibt sich aufgrund der multilateralen Verknüpfung aller Franchiseverträge ein Großeinkaufsvolumen des Netzwerks. Die Einkaufsmacht des Kollektivs kann der Franchisegeber bei Listung der Lieferanten als Hebel einsetzen, um dadurch volumenabhängige Einkaufsvorteile für das Netzwerk zu erlangen. Aus der Natur der vernetzten Franchiseverträge ergibt sich damit die Verpflichtung, die Franchisenehmer an den Einkaufskonditionen des eigenen Filialnetzes teilhaben zu lassen.

Wenn der Franchisegeber unter Einsatz der kollektiven Einkaufsmacht des dualen Netzwerks mit Lieferanten verhandelt und von diesen Einkaufsvorteile entgegen nimmt, die auch auf die Einkäufe der Franchisenehmer gewährt werden, nimmt er insoweit nicht eigene, sondern fremde Interessen wahr. Seine Geschäftsbesorgungstätigkeiten gehören zu dem Gesamtpaket aller Franchisegeberleistungen, für die er in Form der Franchisegebühren ein Entgelt erhält. Hieraus folgt die Pflicht zur Auskehrung der empfangenen Einkaufsvorteile gemäß §§ 675, 667 BGB, § 384 Abs. II HGB analog³⁶.

XI. Anspruch auf Schadensersatz gemäß §§ 33, 20 Abs. 2 S. 1 GWB wegen Diskriminierung und Behinderung

Soweit vorrangige Vertragsklauseln betreffend die Weiterleitung von Netzwerkvorteilen fehlen, kommt für Franchisenehmer, denen Einkaufsvorteile ausdrücklich oder heimlich vorenthalten werden, in Betracht, ihre Ansprüche nicht nur auf vertragsnatürliche Rechte aufgrund ihrer Netzwerkbbindung geltend zu machen. Es kommen auch gesetzliche Ansprüche wegen unbilliger Diskriminierung und Behinderung durch den Franchisegeber und die gelisteten Lieferanten in Betracht.

In einem dualen System üben Franchisegeber eine Doppelrolle aus:

- einerseits nehmen sie Interessen des eigenen Filialnetzwerks wahr,
- andererseits betreuen sie die insoweit fremden Interessen selbständiger Franchisenehmer in ihrem Netzwerk.

Gegenüber Ansprüchen auf Gleichbehandlung von Filialen und Franchisegeschäften berufen sie sich auf die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum, wonach § 20 Abs. 1 GWB auf »konzerninterne« Vorgänge keine Anwendung findet.

Es wird als zulässig angesehen, innerhalb einer *unternehmerischen Einheit* Sonderbedingungen bis hin zur kostenfreien Leistungserbringung zu gewähren. Es soll insoweit schon an der Gleichartigkeit der Unternehmen fehlen³⁷.

36 Tobias Lenz (2002) »§ 384«, in: Volker Röhricht und Friedrich von Westphalen (Hg.) *HGB*, 2. Aufl., Köln: O. Schmidt, Rn. 12.

37 BGH WuW/E 1947, 1949 – »Stuttgarter Wochenblatt«; Kurt Markert (2001) »§20«, in: Ulrich Immenga und Ernst-Joachim Mestmäcker (Hg.) *GWB*, 3. Aufl., München: Beck, Rn. 126.

Die zugrunde liegende Erwägung ist, dass Sonderkonditionen letztlich nichts anderes als eine indirekte Kapitalzuführung sind, man also dasselbe Ergebnis auch durch ein Hin- und Herzählen des im Außenverhältnis geforderten Entgelts kartellrechtlich unbedenklich erreichen könnte.

Diese Auffassung mag man einstweilen dahingestellt sein lassen, nämlich die Auffassung, dass der Diskriminierungstatbestand nicht allein aufgrund einer konzerninternen Bevorzugung erfüllt sein kann.

Allerdings ist der Sachverhalt bei dualen Vertriebssystemen, die sich Waren erst von Dritten, gelisteten Lieferanten beschaffen müssen, anders als bei Konzernen.

Der Franchisegeber gewährt *nicht* die Konditionen – Einkaufsvorteile – die von den Lieferanten – ohne Diskriminierung – für jeden Einkauf aus einem Netzwerkgeschäft (Filial- oder Franchisegeschäft) zugestanden werden *aus seinem Vermögen*.

Es ist das – auf der Vertriebsstufe stehende – gesamte Netzwerk aller Geschäfte, für das durch die Bündelung der Nachfrage überhaupt erst ein neues Vermögen geschaffen wird, nämlich der Anspruch auf Gewährung der Großkundenkonditionen gegenüber dem Netzwerk der gelisteten Lieferanten, die auf der übergeordneten Lieferstufe stehen.

Dieses neue Vermögen, in Gestalt der Bündelung aller Ansprüche auf »Netzwerk-Großkundenkonditionen« ist keinesfalls identisch und deckungsgleich mit dem Vermögen des Franchisegebers. Rein tatsächlich gehören zu dem Vermögen der gebündelten Ansprüche, jedoch auch diejenigen der Franchisegeschäfte.

Unter Einsatz der Nachfragemacht aller Netzwerkgeschäfte des dualen Franchise-systems und durch Selektion und Bündelung der Lieferanten, macht der Franchisegeber das Netzwerk der gelisteten Lieferanten zum »marktstarken Unternehmen«. Dabei ist der Unternehmensbegriff im Bereich des GWB loszulösen vom Gesellschaftsrecht.

Die Bündelung der Lieferanten ist dem Franchisegeber nur aufgrund seiner Doppelrolle auch als Organisator des dualen Vertriebsnetzwerkes möglich. Die Doppelrolle des Franchisegebers wirkt nicht nur nach außen im Verhältnis zu den gelisteten Lieferanten, sondern auch nach innen im Verhältnis zu den Teilnehmern des dualen Vertriebssystems. Es erfolgt eine Ausschaltung der Wettbewerbssituation (Nachfragewettbewerb) durch Auswahl/Listung einiger Lieferanten und durch Ablehnung von anderen; nicht etwa durch ein Kartell, sondern durch Vernetzung durch den Franchisegeber als intermediäre Instanz. Der Franchisegeber ist Organisator eines Netzwerks auf mehreren Wirtschaftsstufen – Lieferstufe und Vertriebsstufe – und hat insoweit eine Doppelrolle. Die Beziehungen zwischen den gelisteten Lieferanten und den Franchisenehmern werden nicht durch den Markt und auch nicht durch ein Kartell, sondern durch Vernetzung gestaltet.

Träger des Netzwerks und damit Normadressat im Sinne der Verbotsvorschriften des GWB ist das Unternehmen, das das duale Netzwerk betreibt. Die Verbotsnormen des GWB wenden sich an Unternehmen bzw. die Unternehmensträger³⁸.

38 Gerhard Dannecker (2001) »Vor-§ 81« in: Ulrich Immenga und Ernst-Joachim Mestmäcker (Hg.) *GWB*, 3. Aufl., München: Beck, Rn. 40.

Seit Einführung des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB ist der Begriff der Netze in den Vordergrund gerückt. Beispiele für materielle Netze sind die klassischen Netze wie das Strom-, Erdgas-, Telekommunikationsnetz, sowie andere Netze. Davon sind Netze zu trennen, die sowohl aus materiellen Einrichtungen als auch aus Dienstleistungen und Know-how bestehen. In diese Kategorie fallen Post-, Bank- und sonstige Vertriebsnetze. Im Mittelpunkt steht für diese Fallgruppe der Dienstleistungscharakter. Drittens stellen virtuelle Netze einen eigenen Bereich dar. Es sind zu nennen, u. a. die Buchungs- und Reservierungssysteme für Bahn-, Flug- und Hotelreisen und z. B. das S.W.I.F.T.-System für den bargeldlosen Auslandszahlungsverkehr. In der Literatur wird die Anwendbarkeit auf virtuelle Netze in Frage gestellt, letztlich aber bejaht. Eine Einbeziehung von virtuellen Netzen entspricht dem Willen des Gesetzgebers. Sie lässt sich auf die ökonomischen Gemeinsamkeiten derartiger Netze stützen, die zu einem wettbewerbspolitischen Zugangsproblem führen können³⁹.

Franchisegeber bilden ein Netzwerk auf mehreren Wirtschaftsstufen:

- das Netzwerk der Filialgeschäfte und der angeschlossenen selbständigen Franchisunternehmen, also das Netzwerk auf der Vertriebsstufe;
- auf der Zuliefererstufe wird durch Bündelung von gelisteten Lieferanten und der bei diesen ausgewählten Artikel das Systemsortiment – ebenfalls ein Netzwerk – gebildet.

Beide Stufen werden heute häufig über die materielle Einrichtung des Warenwirtschaftssystems miteinander verbunden. Dies gewährleistet eine enge Verzahnung, Verknüpfung und elektronische Kommunikation zwischen beiden Netzwerken auf verschiedenen Wirtschaftsstufen. Hinzu kommen die multilateralen Vertragsnetzwerke. Sie entstehen durch die Verknüpfung der bilateralen Verträge.

Virtuelle Netze erfüllen auch den funktionalen Unternehmensbegriff des GWB. Danach genügt »jedwede Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr unabhängig von der Rechtsform und irgendeiner Gewinnerzielungsabsicht«⁴⁰.

Von diesem virtuellen »Unternehmen« ist der Franchisegeber mit seinem Filialnetzwerk genauso abhängig wie sämtliche Franchisenehmer. Denn die Lieferanten machen – ohne Diskriminierung – der Gesamtheit aller Netzwerkgeschäfte die Konditionenzugeständnisse und behandeln sie aufgrund der gebündelten Nachfragemacht bei jedem Einkauf konditionenmäßig wie einen Großkunden.

Die *Gesamtheit* aller Netzwerkgeschäfte ist maßgeblich und nicht nur die wenn auch häufig große Zahl der Filialgeschäfte, die von dem Franchisegeber geführt werden.

Da der Franchisegeber – in Doppelrolle und im Interessenkonflikt – sowohl die Leitungsmacht über das Filialnetz hat, als auch die *Trägerschaft* des Netzwerks auf mehreren Wirtschaftsstufen, kann er nicht behaupten, dass die Weitergabe von Konditio-

39 Wernhard Möschel (2001) »§ 19«, in: Ulrich Immenga und Ernst-Joachim Mestmäcker (Hg.) *GWB*, 3. Aufl., München: Beck, Rn. 197.

40 Daniel Zimmer (2001) »§ 1«, in: Ulrich Immenga und Ernst-Joachim Mestmäcker (Hg.) *GWB*, 3. Aufl., München: Beck, Rn. 30 ff., Kurt Markert (2001) »§ 20 Abs. 1, 2«, in: ibidem, Rn. 22 und Wernhard Möschel (2001) »§ 19 Abs. 3« in: ibidem.

nen für die Filialgeschäfte und die Vorenthaltung von Konditionen für selbständige Franchisegeschäfte »konzerninterne Vorgänge« seien.

Denn der Franchisenehmer gehört dem Unternehmen (Konzern) nicht an, er ist allerdings sehr wohl Netzwerkknoten des dualen Netzwerkes.

Bei dem Sachverhalt eines dualen Vertriebssystems ist das Argument, § 20 Abs. 1 S. 2 GWB finde auf netzwerkinterne, genauso wie auf konzerninterne Vorgänge keine Anwendung, ohne Grundlage. Denn die Organisation eines Netzwerks von gelisteten Lieferanten für ein duales Vertriebssystem (bestehend sowohl aus eigenen, als auch »fremden« Netzwerkgeschäften) ist kein konzerninterner Vorgang.

Anders als im Fall »Stuttgarter Wochenblatt«⁴¹ gewährt der Franchisegeber auch nicht die Sonderkonditionen aus seinem eigenen Konzernvermögen. Er organisiert nur als *Netzwerkträger* die Begründung von bedingten Konditionenansprüchen.

Die im mehrstufigen Netzwerk erlangten Netzvorteile gehören nicht dem Franchisegeber, sondern dem »Netzwerk«, einem anderen, virtuellen Unternehmen im Sinne des GWB. Der Franchisegeber ist als Netzwerkträger Normadressat und damit passiv legitimiert für den Schadensersatzanspruch, wenn er selbst die Diskriminierung der Franchisenehmer im Verhältnis zu seinen Filialen organisiert.

XII. Prognose für die Entwicklung der Rechtsprechung: systemimmanente Pflicht zur Weitergabe von Netzvorteilen

Die Rechtsprechung des BGH zur Auslegung von formularvertraglichen Klauseln betreffend die Weitergabe von Einkaufsvorteilen hat in dualen, aus Filialen und Franchisegeschäften bestehenden Systemen folgende Ergebnisse gebracht.

- Wenn vertraglich die Gewährung von volumenabhängigen Einkaufsvorteilen eines Filialnetzwerkes auch Franchisenehmern zugesagt wird, fallen alle Großabnehmerkonditionen darunter, wenn die Zusage ohne Einschränkung erfolgte.
- Es ist allerdings zulässig, den Umfang solcher freiwillig gewährter Ansprüche auf Einkaufsvorteile durch einen Herstellervorbehalt von dem Willen der Lieferanten abhängig zu machen, allerdings nicht von der Willkür des Franchisegebers (Sixt-Urteil).
- Wenn ein Franchisegeber vertraglich (freiwillig) zugesagte Einkaufsvorteile seines Filialnetzwerkes nur teilweise weitergeben will (z. B. in Form einer Liste über verkürzte Herstellerrabatte) kann eine solche Einschränkung des Umfangs der Weitergabepflicht wirksam nur durch eine transparente Vertragsklausel vorgenommen werden, die der richterlichen Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. II Nr. 2 BGB standhalten muss. Im Zweifel gilt die Unklarheitenregel zugunsten des Franchisenehmers (Apollo Optik).
- Vertragliche Regelungen über die Auskehrung von Einkaufsvorteilen haben Vorrang vor gesetzlichen Ansprüchen aus Geschäftsbesorgungsrecht. Ansprüche auf Auskehrung von Einkaufsvorteilen setzen voraus, dass der Franchisegeber tatsächlich

41 BGH WuW/E 1947, 1949 »Stuttgarter Wochenblatt« = NJW 1982, 2775.

lich als Geschäftsbesorger tätig geworden ist und Einkaufsvorteile, die auf Einkäufe aus dem Netz der Franchisenehmer gewährt wurden, tatsächlich entgegengenommen hat (Hertz).

Die Bedeutung dieser BGH-Rechtsprechung geht durchaus über diese »Leitsatzergebnisse« hinaus. Insbesondere in den Apollo-Urteilen kommt der Auslegung der abstrakt generellen Vertragsklausel »Vorteile zur Erlangung optimaler Geschäftserfolge« für die Entscheidung künftiger Konfliktfälle besondere Bedeutung zu. Denn der BGH hat bei Abwägung der Interessen der Parteien über das bilaterale Franchiseverhältnis hinaus die auf die Zugehörigkeit zu einem nachfragestarken Netzwerk gerichteten Erwartungen eines redlichen Franchisenehmers berücksichtigt. Der Franchisenehmer ist in den bilateralen kaufvertraglichen Beziehungen beim Einkauf von Ware nie allein. Er tritt dem gelisteten Lieferanten immer als gleichberechtigter Partner, als Teil eines nachfragestarken Netzwerks gegenüber, das als »Einkaufsverbund« wahrgenommen wird.

Dieses Verständnis für Netzwerkvorteile wird nicht nur in künftigen Konflikten über die Auslegung von vertraglichen Zusagen zur Weitergabe von Einkaufsvorteilen maßgeblich sein. Es wird auch bei der Entscheidung von Sachverhalten von Bedeutung sein, bei denen zwar Einkaufsvorteile versprochen wurden, ihre Weitergabe jedoch tatsächlich verheimlicht und vereitelt wurde.

Viel interessanter werden allerdings Entscheidungen zu Fällen sein, in denen entweder bewusst und transparent ausdrücklich die Weitergabe von Einkaufsvorteilen auf Einkäufe von bezugspflichtigen Netzwerkpartnern ganz ausgeschlossen wurde. Eine solche vertragliche Ausschlussklausel ist dann darauf zu überprüfen, ob sie der Natur des Franchisevertrages, dem Leitbild der Netzwerkbeziehungen im Dreiecksverhältnis zwischen Netzwerkpartnern, Franchisegeber und gelisteten Lieferanten entspricht. Die Sixt-Entscheidung lässt sich keinesfalls auf die Mehrzahl der typischen Franchisesysteme übertragen. Denn Sixt hatte zwar die Erstreckung von Großabnehmerkonditionen in Rahmenverträgen mit Automobilherstellern zugunsten der Franchisenehmer freiwillig vereinbart. Die Franchisenehmer waren jedoch nicht bezugspflichtig bei gelisteten Lieferanten. Die Verstärkung der Systembindung und Systemabhängigkeit durch die Bezugspflicht für genehmigte Produkte und genehmigte Lieferanten bestand dagegen im Fall Apollo Optik, war dort jedoch für die Entscheidung nicht maßgeblich. Denn der BGH gelangte ja bereits mit Auslegung der vertraglichen Klausel zu dem Ergebnis, dass alle (!) Vorteile weiterzugeben seien. Er vertrat allerdings die Auffassung, dass jedenfalls die Veröffentlichung einer offiziellen Herstellerrabattliste mit verkürzten Rabatten keine transparente Regelung war und deshalb ein unwirksamer Versuch zur Einschränkung des Umfangs der Weitergabepflicht.

Von großer Bedeutung wird auch die weitere Prägung des Leitbildes von Netzwerkverträgen unter dem Aspekt des Behinderungs- und Diskriminierungsverbotes gemäß § 20 Abs. 2 Nr. 1 GWB sein. So ist z. B. eine Verpflichtung des Franchisenehmers zu ausschließlichem Warenbezug bei Lieferanten, die vom Franchisegeber autorisiert sind, dann nicht unbillig, wenn die Bindung erkennbar der Sicherung der Qualität der Vertragswaren dient. In einem solchen Fall dient die Bezugsbindung zugleich dem Ansehen des Franchisesystems und sichert auch im Interesse der meist mittelständi-

ischen Handelspartner die Funktionsfähigkeit des Systems⁴². Wenn die Bezugsbindung dagegen ausschließlich der Beschaffung von Einkaufsvorteilen dient, die der Franchisenehmer durch seinen Einkauf »verdient« hat und deshalb sein leistungseigener Vorteil sind, ist schwerlich vorstellbar, dass darin keine Einschränkung von wesentlichen Rechten des Franchisenehmer, die sich aus der Natur des Franchisevertrages ergibt, angesehen wird. Denn vom BGH ist ja bereits als legitimer Vertragszweck anerkannt, dass der Franchisenehmer erwarten kann, durch den Beitritt zu einem nachfragestarken Netzwerk in den Genuss günstiger Einkaufskonditionen zu gelangen. Die Erreichung dieses Vertragszwecks wäre gefährdet bei Verkürzung oder Ausschluss des Anspruchs auf die Einkaufsvorteile. Bei diesem Verständnis der Interessen der Parteien in einem Netzwerkverhältnis ergibt sich dann eine synallagmatische Verknüpfung der Systembindung von bezugspflichtigen Franchisenehmern an die gelisteten Lieferanten des Netzwerks und der Verpflichtung des Franchisegebers, daraus erwachsende Vorteile an den Franchisenehmer weiterzugeben. In Franchiseverhältnissen ohne Bezugspflicht ist der Franchisegeber dagegen – wie im Fall Sixt – freier. Er kann durch eine transparente ausdrückliche Klausel die freiwillig übernommene Weitergabepflicht dem Umfang nach einschränken.

Bei Franchiseverträgen, die überhaupt keine Regelung hinsichtlich der Einkaufsvorteile enthalten, stellt sich naturgemäß die Frage der Kontrolle des Inhalts einer Formularvertragsklausel nicht. In derartigen Fällen bedarf es der Feststellung der Natur des Franchisevertrages und des damit erfolgten ausdrücklich oder konkludent erklärten Vertragszwecks. Führt die Auslegung des Vertrages zu keinem eindeutigen Ergebnis, wird es auf die Feststellung des tatsächlichen Verhaltens des Franchisegebers ankommen. Wenn sich ein Franchisegeber nicht eindeutig zur Unterstützung des Franchisenehmers beim Einkauf von systemnotwendigen Gegenständen verpflichtet hat, tatsächlich jedoch »Kick-backs« aushandelt und vereinnahmt, ist jedenfalls die Verpflichtung zur Auskehrung von erlangten Einkaufsvorteilen gemäß §§ 675, 667 BGB, 384 Abs. 2 HGB analog vorgezeichnet. Dies ergibt sich bereits aus der Rechtsprechung des BGH im Fall Hertz: wenn der Franchisegeber Rahmenabkommen mit Herstellern aushandelt, nimmt er bei einem dualen System dabei sowohl eigene Interessen (seiner Filialen) als auch fremde Interessen der Franchisenehmer wahr. Er ist bei dieser Interessenwahrnehmung treuhänderisch gebunden und erlangt die Einkaufsvorteile nicht aufgrund seiner eigenen Geschäftsbeziehung zu den Lieferanten, sondern nur als mittelbarer Stellvertreter der Franchisenehmer seines Netzwerks.

XIII. Weiterentwicklung der Begriffsbildung im Netzwerkrecht

Netzeffekte und Netzvorteile beschränken sich nicht auf Einkaufsvorteile.

Insbesondere, wenn Netzwerke wie Unternehmen am Markt auftreten – auf der Vertriebsstufe oder der Beschaffungsstufe – werden sie wie Unternehmen wahrgenommen. Dadurch ergeben sich Rechte und Pflichten sowohl von Organisatoren der

42 Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 1985/1986, abgedruckt in Karsten Metzlaff (Hg.) (2003) *Praxishandbuch Franchising*, München: Beck, 1175.

Netzwerke als auch von Netzwerkpartnern. Die hierbei benutzten Rechtsbegriffe bedürfen der Klarstellung. Von Interesse ist insoweit ein Vorlagebeschluss des BGH⁴³. Es ging um die Frage, ob der Automobilhersteller BMW berechtigt ist, Händlerverträge mit einer kürzeren Frist von 12 Monaten vorzeitig zu kündigen, wenn sich die Notwendigkeit ergibt, das Vertriebsnetz insgesamt oder zu einem wesentlichen Teil umzustrukturen. Die VO (EG) Nr. 1475/95 sieht in Art. 5 Abs. 3 S. 1 erster Spiegelstrich ein solches außerordentliches Kündigungsrecht vor. Hierzu führte der BGH aus.

Richtig ist dagegen ohne Zweifel, dass bei einer reinen Wortlautinterpretation von Art. 5 Abs. 3 S. 1 erster Spiegelstrich VO (EG) Nr. 1475/95 zwischen dem Vertriebssystem, das auf die Vorgaben der neuen Gruppenfreistellungsverordnung VO (EG) Nr. 1400/2002 umgestellt werden musste und dem Vertriebsnetz zu unterscheiden ist. Andererseits lässt sich das Vertriebssystem aber auch als Teil der Struktur des Vertriebsnetzes verstehen, das nicht nur aus der Summe der Vertriebspartner (dem Hersteller auf der einen, dem Händlern auf der anderen Seite) besteht, sondern durch die vertragliche Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen den Vertriebspartnern – das Vertriebssystem – geprägt wird. Denn zu einem Vertriebsnetz werden Hersteller und Händler erst dadurch, dass ein vertragliches Regelwerk sie miteinander verbindet, durch das ihre Vertriebskooperation im einzelnen ausgestaltet wird. Untrennbarer Teil dieses vertraglichen Regelwerks sind auch diejenigen Vereinbarungen, deren Gesamtheit das Vertriebssystem darstellt.

Diese begriffliche Klarstellung ist zu begrüßen, auch wenn sie zunächst nur zu dem besonderen Vertriebsverhältnis zwischen einem Hersteller und dem Vertragshändler erfolgt ist.

Bei Franchisesystemen, bei denen der Franchisegeber selbst die für den Vertrieb erforderlichen Waren erst von dritten Lieferanten erwerben muss oder solche Lieferanten listet, damit Franchisenehmer von diesen direkt beziehen können, werden die Rechtsbeziehungen zwischen den Franchisevertragspartnern nicht nur durch das Vertriebssystem, sondern durch das damit notwendigerweise verbundene Beschaffungssystem geprägt. Das gilt insbesondere, wenn der Franchisegeber rechtlich oder wirtschaftlich Franchisenehmer zum Bezug bei von ihm erschlossenen Einkaufsquellen verpflichtet. Aus der Bezugsbindung folgt umgekehrt eine Belieferungspflicht des Franchisegebers. Entsprechend hat er ein Bezugssystem einzurichten⁴⁴.

Wenn der Franchisegeber – in Wahrnehmung der Interessen seiner Franchisenehmer – in Rahmenvereinbarungen mit den Lieferanten die Nachfragemacht des Netzwerks einsetzt und dadurch Zugeständnisse der Lieferanten in Bezug auf Einkaufsvorteile (Rabatte) zugunsten der Franchisenehmer (§ 328 BGB) erreicht, ist die Durchsetzung solcher Netzwertvorteile in den Ausführungsverträgen allein durch die Leistung der Franchisenehmer verursacht, nämlich den Bezug und die Bezahlung der systemtypischen Waren.

43 BGH, Vorlagebeschluss vom 26.07.2005 – Kfz-Vertragshändler II, WuW/E 2005, DE-R 1551.

44 Metzlaff (Fn. 10) Rn. 150.

Der Franchisegeber erbringt dafür überhaupt keine eigene Leistung mehr. Seine organisationsvertragliche Leistung bei Abschluss der Konditionenrahmenverträge ist durch die Franchisegebühr abgegolten.

Damit ist die Weitergabe von Einkaufsvorteilen eine Pflicht des Franchisegebers als Netzwerkorganisator, die sich systemimmanent aus der Pflicht zur Gewährung der Nutzung des Beschaffungs- und Vertriebssystems ergibt.

Im Sixt-Urteil findet sich zwar ein Satz, der von Gegnern der Vorteilsweitergabe-pflicht gern zitiert wird, nämlich

»Eine rechtliche Verpflichtung des Franchisegebers, seinen Vertragspartnern alle Vorteile aus dem Bezug bei von ihm erschlossenen Einkaufsquellen zu überlassen, kennt die Rechtsordnung nicht⁴⁵.«

Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass im Sixt-Franchisesystem keine Bezugspflicht hinsichtlich der zu beschaffenden Vermietfahrzeuge bestand.

Also lassen sich die Aussagen des BGH im Sixt-Urteil nicht auf Franchisesysteme übertragen, bei denen eine rechtliche oder wirtschaftliche Bezugspflicht besteht.

Das war im Fall Apollo Optik gegeben.

Die Nachfragemacht, die aufgrund der multilateralen Verknüpfung von Franchiseverträgen mit Bezugspflicht entsteht, erzeugt leistungseigene Netzvorteile, die nach der Interessenlage demjenigen zustehen, der die Leistung erbringt: bei Einkaufsvorteilen Bezug und Bezahlung der Waren. Insoweit ist die Vorteilsweitergabepflicht der Belieferungspflicht des Franchisegebers immanent.

Die Frage, ob der Franchisegeber durch eine Formularvertragsklausel hiervon abweichend in einem Franchisesystem mit Bezugspflicht Einkaufsvorteile ganz oder teilweise einbehalten kann, wird von Rechtsprechung und Schrifttum unter dem Aspekt des Verstoßes gegen wesentliche Rechte und Pflichten des Netzwerkvertrages beantwortet werden müssen. Für die vertraglichen Beziehungen in Franchisenetzwerken, die nicht nur durch ein Vertriebs- sondern auch durch ein Beschaffungssystem strukturiert sind, muss ein normatives Leitbild herausgearbeitet werden⁴⁶.

45 BGH NJW 1999, 2671, 2675.

46 Coester (Fn. 34) Rn. 204.