

ZVertriebsR

Zeitschrift für

Vertriebsrecht

www.ZVertriebsR.de

Handelsvertreterrecht
Vertragshändlerrecht
Vertriebskartellrecht
Franchiserecht
Online-Vertriebsrecht

Herausgeber:

Eckhard Flohr
Michael Martinek
Karsten Metzloff
Franz-Jörg Semler
Ulf Wauschkuhn

10JAHRE
ZVertriebsR



3/2022

S. 137–204, 13. Mai 2022
11. Jahrgang

Aus dem Inhalt

Dr. Raimond Emde

Befristete Provisionsversprechen – eine gute Idee? 137

Dr. Benedikt Rohrßen

Franchiseverträge und Franchisegebühren –
„Welcome to the Club!“ 139

Dr. Torsten Uhlig/Dr. Daisy Walzel

Neuentwurf der Vertikal-GVO – Teil 2: Dualer Vertrieb –
Möglichkeiten und Grenzen der Produktsteuerung 151

Dr. Grischa Kehr/Dr. Nils Willich

Die Grenzen des § 86a Abs. 1 HGB 159

Dr. Christian Frank/Dr. Julia Petersen

Verlagsrabatte und § 6 Abs. 3 BuchPrG? 168

Oliver Timmermann

Das Verhältnis von „hinreichender“ und „eingeschränkter“
Beratungsgrundlage in § 60 Abs. 1 VVG – die Relation zweier
vager Begriffe als Problem hinter der Verivox Entscheidung 177

Dr. Christian Alexander Meyer

Neue Regeln für den Vertrieb in der Schweiz 184

OLG Frankfurt a. M.

Verhältnis von konzerneigenen und händlereigenen
Leasinggesellschaften 190



Aufsätze

Dr. Benedikt Rohrßen*

Franchiseverträge und Franchisegebühren – „Welcome to the Club!“

Franchisegebühren sind, wie das Franchiserecht in Deutschland insgesamt, gesetzlich unregelt. Das ist auch heute – 30 Jahre nach Flohrs umfassender und eingehender Analyse¹ – unverändert so. Verändert hat sich vor allem die Höhe der Gebühren: verlangte z. B. McDonald's 1990 DM 45.000 an Eintrittsgebühren,² sind es 2022 EUR 46.000.³

Die Leistung der Franchisegebühren gehört zu den wesentlichen vertraglichen Pflichten für Franchisenehmer⁴: Neben – vielfach verlangten – Eintrittsgebühren⁵ gibt es insbesondere laufende Gebühren (auch: „laufende (Franchise)Ge-

bühren“, „wiederkehrende Gebühren“, „Royalties“) und daneben weitere Zahlungen, z. B. für Schulungen, Marketing u. a. Hinzu kommen ferner regelmäßig Werbekostenbeiträge⁶ und bei Vertragsverlängerungen ggf. auch „Renewal-Fees“. Immerhin: Ein Ausfall der Hauptleistungspflicht kann rechtlich grundsätzlich nicht vorkommen (faktisch freilich schon): „Geld hat man zu haben“.⁷ Fraglich sind vielmehr die Gestaltungsgrenzen sowie die Überprüfbarkeit der Anspruchshöhe: Welche Gebühren sind denkbar, wie sind sie zu bemessen und wann hat der Franchisegeber sie ggf. zurückzuzahlen? Und: Kann man Franchisegebühren automatisch anpassen? Regelmäßig sind diese Fragen gesetzlich nicht speziell geregelt, in Deutschland wie in vielen anderen Staaten; die Antworten richten sich nach den allgemeinen Grenzen.

Auslöser für diesen Beitrag ist das Urteil des OLG Frankfurt vom 8.12.2021.⁸ Das Urteil behandelt Eintrittsgebühren in Franchiseverträgen im internationalen Kontext: Der

* Der Verfasser ist Rechtsanwalt und Partner bei Taylor Wessing, Commercial Agreements & Distribution, München und President der T. R. A. D. E. Commission der AIJA.

1 Flohr, Charakter und Bewertung der Franchise-Gebühren aus rechtlicher Hinsicht, in: Beiträge des 2. Deutschen Franchise-Rechts-Forums vom 5.10.1990, S. 27 ff. – Der Verfasser dankt Herrn Prof. Dr. Eckhard Flohr herzlich für die Zurverfügungstellung des Beitrags.

2 Pauli, Franchising, S. 125.

3 Portas statt DM 25.000 nun EUR 15.000, Body Shop statt DM 10.000 nun ≥ EUR 5.000.

4 Vgl. aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht Preißner, Franchisegebühren: Ziele, Aktionsparameter, Bestimmungsfaktoren, 2005, S. 45; aus rechtlicher Sicht z. B. Giesler, in: Giesler/Nauschütt, Franchiserecht, 3. Aufl. 2016, Kap. 5 Rn. 367 ff.; Franke, in: Flohr/Wauschkuhn, Vertriebsrecht, 2. Aufl. 2018, § 86 HGB Rn. 155 m. w. N.

5 Teilweise auch „Abschlussgebühren“ (Englisch: initial fee“) genannt.

6 Zu Werbegebühren und Höchstpreisbindungen in Franchisesystemen näher Billing/Metzlaff, ZVertriebsR 2020, 165 ff.

7 Vgl. MüKo/Ernst, BGB, 8. Aufl. 2019, § 275 Rn. 13.

8 OLG Frankfurt, Urteil vom 8.12.2021, Az. 4 U 251/20, abgedruckt in ZVertriebsR 2022, 59 ff.

Franchisegeber in Deutschland, der Franchisenehmer in Frankreich, mit Wahl deutschen Rechts. Das Landgericht Frankfurt am Main⁹ hatte dem Franchisegeber auf dessen Klage hin die Zahlung der Eintrittsgebühren zunächst zugesprochen (insbesondere sei weder der Franchisevertrag nach französischem Recht nichtig, noch liege in den Gebühren eine ungemessene Benachteiligung des Franchisenehmers nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB). Das Oberlandesgericht indes hat die Klage abgewiesen, da der Franchisegeber aufgrund fehlerhafter vorvertraglicher Aufklärung die Eintrittsgebühr wieder zurückgewähren müsste (dolo-agit-Einrede¹⁰).

I. Franchisegebühren im internationalen Überblick

Eintrittsgebühren sind international üblich, gelegentlich sogar ein "Muss", wie etwa in den USA. Denn gemäß US-Recht sind Gebühren konstitutiv für das Vorliegen eines Franchisevertrages, wie ihn die Federal Trade Commission bundesrechtlich¹¹ definiert:

„Franchise means any continuing commercial relationship or arrangement ... in which the terms of the offer or contract specify... that:

(1) The franchisee will obtain the right to operate a business that is identified or associated with the franchisor's trademark, or to offer, sell, or distribute goods, services, or commodities that are identified or associated with the franchisor's trademark;

(2) The franchisor will exert or has authority to exert a significant degree of control over the franchisee's method of operation, or provide significant assistance in the franchisee's method of operation; and

(3) As a condition of obtaining or commencing operation of the franchise, the franchisee makes a required payment or commits to make a required payment to the franchisor or its affiliate.“¹²

Die Eintrittsgebühr muss in den USA mindestens USD 615,- betragen und innerhalb von sechs Monaten nach Vertragsschluss zu zahlen sein.¹³ Im Übrigen sind international gesetzliche Vorgaben bzgl. Franchisegebühren (Art, Höhe, Rückzahlbarkeit) jenseits allgemeiner Vorgaben (Wucherverbot, gute Sitten, etc.) selten.¹⁴

Wo, wie meistens, keine nähere Regelung besteht, gelten nur sehr allgemeine Grenzen nach Rechtsgrundsätzen wie Treu und Glauben bzw. Rückzahlungspflichten aufgrund Bereicherungsrechts. Auch die Begrifflichkeiten sind, wenn überhaupt definiert oder per Regelbeispielen erläutert, sehr weit. So umfasst der südkoreanische Fair Trans-

actions in Franchise Business Act unter „*franchise fee*“ nahezu alle Zahlungen des Franchisenehmers an den Franchisegeber, insbesondere Zahlungen für den Eintritt in das System, für die Nutzung der geschäftlichen Bezeichnung, Unterstützung und Training, Sicherheiten / Kautionen, als Gegenleistung für Einrichtungsgegenstände oder Waren (also versteckte Gebühren¹⁵), die der Franchisegeber liefert, gleich ob zu Geschäftsbeginn oder später – insgesamt: jede Gegenleistung, die ein (potenzieller) Franchisenehmer an den Franchisegeber für den Erwerb oder die Aufrechterhaltung einer Franchiselizenz zahlt.¹⁶ Ähnlich weit fasst auch der Compliance Guide der US-amerikanischen Federal Trade Commission den Begriff.¹⁷

Relevant werden die Gebühren eher indirekt, insbesondere im Rahmen der vorvertraglichen Aufklärung. So müssen Franchisegeber nach brasilianischem Recht eine Schätzung der anfänglichen Gesamtinvestitionen zu Implementierung und Inbetriebnahme des Franchisebetriebs ab- und die Eintrittsgebühr, die fortlaufende Franchisegebühr sowie den Aufwand für etwaige Sicherheiten angeben.¹⁸ Und so regelt der Franchise Act in Malaysia explizit, dass Franchisegeber bei Vertragsbeendigung während einer „*Cooling off period*“ / Widerrufsfrist die Eintrittsgebühr zurückzahlen müssen.¹⁹

Gelegentlich sind lokale Währungsbeschränkungen einzuhalten, die dann auch z. B. deutsche Franchisegeber treffen. So benötigt in China ein lokaler Franchisenehmer wie jedes andere lokale Unternehmen eine Freigabe der State Administration for Foreign Exchange für Zahlungen jenseits einer jährlichen USD 50.000,-Grenze.²⁰ In Südkorea wiederum müssen die ersten Zahlungen grundsätzlich über eine Hinterlegung bei einem koreanischen Finanzinstitut ablaufen.²¹

Der geringe Umfang gesetzlicher Regelungen lässt darauf schließen, dass etwaige Vorgaben zu Gebühren regelmäßig

⁹ Urteil vom 20.11.2020, Az. 2-03 O 430/19.

¹⁰ Vgl. OLG Frankfurt, Urteil vom 8.12.2021, Az. 4 U 251/20 = ZVertriebsR 2022, 59, 63 bei Rn. 38 ff. (= juris-Rn. 41 ff.).

¹¹ Die Definitionen von „Franchise“ in den einzelnen Bundesstaaten weichen hiervon ab, allerdings inkludieren sie regelmäßig auch die Zahlung einer Eintrittsgebühr, so insbesondere California, New York und Minnesota, vgl. *Zwisler*, in: *IDI, Country Report United States*, 2020, S. 7 ff m. w. N.

¹² Code of Federal Regulations, Title 16 Chapter I Subchapter D Part 436.1(h).

¹³ Code of Federal Regulations, Title 16 Chapter I Subchapter D Part 438.5.(a)(1).

¹⁴ So das Ergebnis einer Recherche für die EU-27-Staaten plus weiterer 15 Staaten Australien, Brasilien, China, Indien, Israel, Japan, Kanada, Malaysia, Mexiko, Neuseeland, Norwegen, Schweiz, Südkorea, England und USA; Dank hierfür an Herrn stud. jur. Michael Benning. Laut *Metzloff*, in: *Pfaff/Osterrieth, Lizenzverträge*, 4. Aufl. 2018, Ziff. V, Rn. 527 könnten in Lateinamerika die Gebühren beschränkt werden; konkrete Regelungen sind indes nicht aufgeführt.

¹⁵ So schon *Martinek*, ZIP 1988, 1362, 1373 bei Ziff. V.1.

¹⁶ Vgl. Article 2 No. 6 Fair Transactions in Franchise Business Act: 6. The term "franchise fee" means any of the following consideration, irrespective of the name or means of payment: ... (a) Consideration ... in order to obtain a franchise license, including a license for the use of business marks, or to receive support for and training on his/her business activities, such as membership fees, admission fees, franchise fees, training fees, or down payments; (b) Consideration ... as a security for the payment of obligations or damages incurred in connection with the purchase price for commodities, etc. supplied by the franchisor; (c) Consideration ... as the price for fixture, facilities, or commodities supplied or a rent for real estate provided by the franchisor at the time a franchise license is granted in order to start a franchise business; (d) Consideration ... on a regular or irregular basis, for the use of business marks licensed under an agreement with the franchisor, support for and training on business activities, etc. ...; (e) Any other consideration that a prospective franchisee or a franchisee pays to a franchisor to acquire or maintain a franchise license; (...).

¹⁷ Franchise Rule, Compliance Guide, 2008, S. 5.

¹⁸ Art. 3 Nr. 7 lit. a) und b) Gesetz N°8955; vgl. *Gesmann-Nuissl*, Internationales Franchise-Recht, Teil B, VI Rn. 1; 43 f.

¹⁹ Article 18 (4) and (5) Franchise Act: "(4) A franchise agreement shall have a cooling off period... determined by both contracting parties ... not be less than seven working days, during which the franchisee has the option to terminate the agreement. (5) Upon termination of the franchise agreement under subsection (4), an amount to cover the reasonable expenses incurred by the franchisor to prepare the agreement may be retained by the franchisor from the initial fees paid under section 19; however, all other moneys shall be refunded to the franchisee." Vgl. *Wong/Pua*, in: *Kirsch, Getting the Deal Through, Franchise 2022*, Kapitel „Malaysia“, S. 98 (Frage 34).

²⁰ *Jones et al.*, in: *Kirsch, Getting the Deal Through, Franchise 2022*, Kapitel „South Korea“, S. 150 (Frage 34).

²¹ *Chang/Kim*, in: *Kirsch, Getting the Deal Through, Franchise 2022*, Kapitel „South Korea“, S. 150 (Frage 34).

auch keine internationale Geltung beanspruchen in dem Sinne, dass sie eine von den Parteien vorgesehene Rechtswahl gemäß Art. 9 Rom-I-VO „überschrieben“. Nähere Rechtsprechung zu dieser Frage speziell für Franchiseverträge findet sich bislang nicht.²² Für Vertragshändler hat der BGH darauf hingewiesen, dass die „die Rom-I-Verordnung eine Rechtswahl bei Vertragshändlerverträgen zulässt“.²³ Das lässt sich vor der dort verhandelten, vermeintlichen „Ungleichbehandlung von schwedischen und deutschen Herstellern oder Lieferanten, die daraus resultiert, dass bei deutschem Recht unterliegenden Vertragshändlerverträgen der Ausgleichsanspruch nicht im Voraus ausgeschlossen werden kann“ mittelbar so verstehen, dass der nach deutschem Recht dem Vertragshändler zustehende Ausgleichsanspruch per Rechtswahl vermieden werden kann und eine solche Rechtswahl nicht durch Art. 9 Rom-I-VO überschrieben wird.²⁴

Auch im eingangs genannten Fall des OLG Frankfurt hatte sich zwar die Beklagte darauf berufen, dass der Franchisevertrag wegen Verstoßes gegen zwingende Vorschriften des französischen Handelsgesetzbuches nichtig sei, und zwar wegen etwaiger strengerer französischrechtlicher Vorgaben zur vorvertraglichen Aufklärung. Vor Gericht drang sie damit indes weder in erster noch in zweiter Instanz durch.²⁵ Insbesondere konnte sich die Franchisenehmerin hier weder auf Art. 3 Abs. 3 berufen (Binnensachverhalt), noch auf Art. 6 (Günstigkeitsprinzip für Verbraucher gilt nicht ab Aufnahme beruflicher Tätigkeit) und Art. 9 Rom-I-VO (internationale Eingriffsnormen, weil es keine, etwa dem Handelsvertreterausgleich vergleichbaren, zwingenden europäischen Mindeststandards im Franchise gibt); schließlich sei die Wahl deutschen Rechts angesichts eines deutschen Franchisegebers weder überraschend noch unangemessen im Sinne der mithin wirksam gewählten §§ 305 c Abs. 1, 307 BGB. Die Entscheidung dieser Vorfragen verdient völlige Zustimmung.

II. Einstandszahlungen im deutschen Vertriebsrecht im Überblick

Jenseits von Franchiseverträgen existieren Einstands- bzw. Eintrittszahlungen vor allem in Handelsvertreterverträgen. Insbesondere für Handelsvertreter in der Modebranche ist es lange Zeit üblich gewesen, Einstandszahlungen anzusetzen. Inzwischen lässt sich in der Praxis eine Tendenz gegen Einstandszahlungen ablesen.²⁶

Bei Handelsvertreterverträgen war lange umstritten, ob Einstandszahlungen zulässig sind.²⁷ Bejaht hat es u. a. das OLG München – vorausgesetzt, dass die Einstandszahlungen als Gegenleistung für die Überlassung des Kundenstamms erfolgt, den der Prinzipal bei Beginn des Vertragsverhältnisses auf den Handelsvertreter überträgt.²⁸ In der Praxis werden Einstandszahlungen vielfach mit einer Stundungsabrede / Verrechnung mit Provision und / oder Aus-

gleichanspruch kombiniert. Grundsätzlich „stellt die Vereinbarung eines Entgelts für die Übernahme des Kundenstammes noch keinen Verstoß gegen § 89 b Abs. 4 HGB dar“²⁹; im konkreten Fall war die vereinbarte Eintrittszahlung gleichwohl wegen eben dieses Verstoßes unwirksam, und zwar weil der Handelsvertretervertrag zusätzlich vorsah, dass der vom Vorgänger per Zahlung erworbene Kundenstamm bei der Ausgleichsberechnung des eintretenden Handelsvertreters nicht berücksichtigt werde.

Nicht ganz eindeutig ist, ab wann eine Einstandszahlung eine unzulässige Beschränkung des Ausgleichsanspruchs nach § 89 b Abs. 4 HGB darstellt: „Schwierig ist die Grenzziehung, wann im Spannungsverhältnis zur zwingenden Natur des Ausgleichs Unwirksamkeit eintritt, also ein Umgehungstatbestand vorliegt“.³⁰ Unwirksam nach § 89 b Abs. 4 HGB und daher nach § 134 BGB nichtig soll eine Einstandszahlungsvereinbarung werden, wenn die Zahlung mit dem Ausgleichsanspruch verknüpft ist und sich nachteilig auf den Ausgleich auswirkt, insbesondere durch eine Stundung der Einstandszahlung bis Vertragsende mit Verrechnungsabrede, z. B.:

- eine überhöhte Einstandszahlung, die den geschuldeten Ausgleich mindert, oder
- eine Einstandszahlung für die Überlassung des Kundenstamms, der ausgleichsrechtlich nicht als vom Handelsvertreter erworben gelten soll.³¹

Gegen die Verknüpfung von Einstandszahlung und Ausgleich spricht regelmäßig, wenn die Einstandszahlung nicht bis zum Ausgleich gestundet wird, sondern ratenweise Verrechnung der Einstandszahlungen mit der laufenden Provision vereinbart wird (also gerade nicht mit dem Ausgleich).

Beispiel:

Als Gegenleistung für die Übertragung der Geschäftsvermittlung im Vertragsgebiet ab [TT.MM.JJJJ] zahlt der *Handelsvertreter* an den *Prinzipal* [alternativ denkbar: an den bisherigen Handelsvertreter]³² einmalig ein Entgelt in Höhe von EUR [●], zzgl. gesetzlicher Mehrwertsteuer („*Eintrittszahlung*“). Der *Prinzipal* übergibt damit dem *Handelsvertreter* ein Gebiet mit einem Jahresumsatz von EUR [●] im Zeitraum [TT.MM.JJJJ] bis [TT.MM.JJJJ]. Nach Beendigung des *Vertrages* steht dem *Handelsvertreter* eine Ausgleichszahlung nur für den zusätzlich erwirtschafteten Jahresumsatz zu. [Vorschlag möglichst einfacher Ausgleichsberechnung: Dieser zusätzliche Jahresumsatz wird einmalig mit dem durchschnittlichen Provisionssatz der letzten zwölf Monate [ggf.: plus pauschalem Aufschlag von [●]%) abgegolten. Sollte der *Vertrag* zum Beendigungszeitpunkt

22 Aus der Literatur zu Recht gegen die Einbeziehung gesetzlicher Franchiseregulungen als Eingriffsnorm via Art. 9 Rom-I-VO z. B. Teichmann, in: Flohr/Wauschkuhn, Vertriebsrecht, 2. Aufl. 2018, Art. 9 Rom-I-VO Rn. 30, 34; a. A. Emde/Valdini, ZVertriebsR 2016, 353, 355 bei Fn. 127; Emde, RIW 2016, 104, 108 bei Fn. 59.

23 BGH, Urteil vom 25.2.2016, Az. VII ZR 102/15, juris-Rn. 35 = ZVertriebsR 2016, 120, 122 bei Rn. 35.

24 Franke/Rohrßen, IWRZ 2016, 125.

25 OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 8.12.2021, Az. 4 U 251/20, in: ZVertriebsR 2022, 59 ff. Rn. 22-27 = juris-Rn. 27-32.

26 So die Hinweise von Mandant*innen. Entsprechend finden sich in Musterverträgen z. B. in beck-online keine Regelungsvorschläge.

27 Flohr, DSfR 1998, 572, 574 m. w. N.

28 OLG München, Urteil vom 4.12.1996, Az. 7 U 3915/96, juris-Rn. 3.

29 OLG München, Urteil vom 20.10.2004, Az. 7 U 3194/04, juris-Rn. 19; schon auch schon vorher der BGH, Urteil vom 24.2.1983, Az. I ZR 14/81, juris-Rn. 15 und dazu Thume, in: Röhrich u. a., HGB, 5. Aufl. 2019, § 89 b Rn. 156.

30 Emde, in: Giesler, Praxis des Vertriebsrechts, 3. Aufl. 2018, § 2 Rn. 1017; vgl. auch Wauschkuhn, in: Flohr/Wauschkuhn, HGB, 2. Aufl. 2018, § 89 b Rn. 293 ff.

31 Vgl. etwa Ebenroth u. a./Löwisch, HGB, 4. Aufl. 2020, § 89 b Rn. 214.

32 Vgl. § 89 b Abs. 3 Nr. 3 HGB, dessen dortiger Ausschluss nur eintritt bei Vereinbarung zwischen bisherigem Handelsvertreter und Prinzipal mit Vertragsende; ansonsten kommt ggf. eine (befreiende) Schuldübernahme des Nachfolgers in Betracht (vgl. Hopt, HGB, 41. Aufl. 2022, § 89 b Rn. 68); jedenfalls ist beim Ausgleich als Geldforderung die Leistung durch Dritte zulässig, § 267 BGB. Zu den praktischen Problemen der einvernehmlichen Aufhebung von Handelsvertreterverträgen Fröhlich, ZVertriebsR 2018, 207 ff.

keine zwölf Monate bestehen, erhält der *Handelsvertreter* ausschließlich für die gewonnenen Neukunden eine Ausgleichszahlung in Höhe der für diese Kunden bereits angefallenen Provision³³.]

Die *Eintrittszahlung* ist innerhalb von [•] Tagen nach Unterzeichnung dieses *Vertrags* zahlbar und fällig. Sie wird indes zu folgenden Terminen gestundet, soweit der *Vertrag* solange fortbesteht (bei vorzeitiger Vertragsbeendigung entfällt die Stundung) und wird ab [TT.MM.JJJJ] in [•] Raten mit der fälligen Provision verrechnet.

Auch dürfen Vereinbarungen zur Einstandszahlung nicht sitten- oder gesetzeswidrig sein, letzteres insbesondere, indem sie den Ausgleichsanspruch umgehen.³⁴ Ein gutes Indiz für einen geldwerten Vorteil und gegen eine Umgehung dürfte die Gewährung etwaiger Vertragsgebiete sein, erst recht, wenn der Handelsvertreter dort gar Bezirksschutz, also Anspruch auf Bezirksprovision erhält.

Wenn man dennoch annimmt, dass die Vereinbarungen bzgl. der Einstandszahlungen unwirksam sind und der Handelsvertreter ohne Rechtsgrund geleistet hat, dann ist der Rückzahlungsanspruch eventuell nach § 814 Var. 1 BGB ausgeschlossen (Leistung in Kenntnis der Nichtschuld). Die Kenntnis der Nichtschuld setzt indes eine Parallelwertung in der Laiensphäre voraus. Da schon die Rechtslage „*schwierig*“ ist (laut Emde, s. o.), mag sich erst recht ein Handelsvertreter darauf berufen, alleine ohne rechtliche Unterstützung keine solche Wertung für sich vorgenommen und in Unkenntnis der Nichtschuld geleistet zu haben.

Schließlich mag der Rückzahlungsanspruch je nach Vertragsdauer nach §§ 195, 199 BGB verjähren, namentlich binnen drei Jahren innerhalb des letzten Jahres nach Zahlung / Verrechnung. Maßgeblich ist, wann der Handelsvertreter Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis hatte – was laut BGH „*grundsätzlich keine zutreffende rechtliche Würdigung voraussetzt. Es genügt aus Gründen der Rechtssicherheit und Billigkeit vielmehr Kenntnis der den Ersatzanspruch begründenden tatsächlichen Umstände*“³⁵ – also geringere Anforderungen als bei § 814 BGB. Denn mit Abschluss der Vereinbarungen, jedenfalls aber mit Erhalt der Rechnungen und Verrechnungen seiner Provision weiß der Handelsvertreter von den relevanten Tatsachen, namentlich: der jeweiligen Einstandsvereinbarung (sollte sie überhaupt unwirksam sein) und der Zahlung / Verrechnung.

III. Franchisegebühren im deutschen Recht und der Praxis

„Franchisegebühren“ sind, wie das Franchiserecht in Deutschland insgesamt,³⁶ gesetzlich unregelt.³⁷ Das ist auch heute – 30 Jahre nach Flohrs umfassender und einge-

hender, bis heute sehr aktueller Analyse³⁸ – unverändert so. Unverändert fragwürdig ist weiterhin auch der Begriff „*Gebühren*“, da „*Gebühren*“ gemeinhin verwaltungsrechtlich konnotiert sind.³⁹ Das BGB kennt keine „*Gebühren*“. Das HGB erwähnt sie im Seerecht als „*Gebühren der Behörden*“ beim Bergelohn (§ 576 Abs. 2 HGB) sowie seit 2015 – hier schlägt womöglich die langjährige Übung durch – als „*Lizenz-, Miet- und Zugangsgebühren sowie sonstige Gegenleistungen für Lizenzen und Konzessionen*“ (§ 341 r Nr. 3 f) HGB).

Entsprechend sei dies hier ein kurzes Plädoyer für den präziseren Begriff des „*Entgelts*“,⁴⁰ das eine Zahlung als Gegenleistung für Lieferungen oder Leistungen darstellt – oder schlicht den neutralen Begriff der „*Zahlung*“,⁴¹ Beide Begriffe, Entgelt und Zahlungen, werden daher im Folgenden gleichwertig verwendet, der Begriff der Gebühr nur noch bei Zitaten. Zwar mag man auf langjährige Übung verweisen; juristisch denkend sollte man sich indes nicht schlicht auf „*falsa demonstratio non nocet*“ berufen, zumal der Jurisprudenz größtmögliches Differenzierungsvermögen und Begriffsschärfe als „*fachliche Eleganz*“⁴² attestiert wird. Daher sollte man, auch wenn über „*Lizenzgebühren*“ oder „*Rechtsanwaltsgebühren*“ genauso wenig diskutiert wird,⁴³ einen passenden Begriff verwenden. Historisch stammt der Begriff „*Franchisegebühren*“ offenbar schlicht aus der Übersetzung aus dem Englischen als der Sprache der Jurisdiktionen, die seit jeher in der Franchisepraxis führend sind. So zeigt eine Suche in der juris-Datenbank zum Stichwort „*Franchisevertrag*“ 583 Treffer,⁴⁴ darunter als älteste Entscheidungen zwei aus Berlin von 1973 bzw. 1978. Explizit erwähnt – jedenfalls in juris – erstmals das Bundesarbeitsgericht den Begriff, synonym mit „*Entgelt*“,⁴⁵ im Anschluss an die Definition des Franchisevertrags von Skaupy,⁴⁶ nutzt indes überwiegend den Begriff „*Franchise-Gebühr*“. Allein: wiederholte Übung macht einen Begriff nicht richtig.

33 Letzte zwei Sätze als Vorschlag einer pauschalen, möglichst einfachen Ausgleichsregelung; wobei der pauschale Aufschlag sich an der jeweils in der Branche üblichen Zahlen für Abwanderung etc. orientieren sollte, um den Ausgleichsanspruch möglichst wirksam zu regeln. Alternativ und sicher geht man, wenn die Regelung sich am Maximum orientiert: „*Bei Vertragsende erhält der Handelsvertreter einen Ausgleich in Höhe von einer nach dem Durchschnitt der letzten fünf Jahre der Tätigkeit zu berechnenden Jahresprovision, der alle provisions- und sonstwie vergütungspflichtigen Geschäfte zugrunde zu legen sind. Bei kürzerer Vertragslaufzeit ist der Durchschnitt während der Vertragslaufzeit maßgebend*“.

34 Vgl. Ebenroth u. a./Löwisch, HGB, 4. Aufl. 2020, § 89 b Rn. 15; OLG Saarbrücken, Urteil vom 30.8.2013, Az. 1 U 161/12, juris-Rn. 13.

35 BGH, Urteil vom 19.3.2008, Az. III ZR 220/07, juris-Rn. 7.

36 Flohr, ZVertriebsR 2022, 5, 7 mit umfassendem Überblick zum Franchiserecht als „*Konglomerat-Rechtsgebiet*“, mit Franchiseverträgen als typengemischten Verträgen.

37 Die Diskussion, die 2011 über eine Petition den Deutschen Bundestag erreichte, ist im Sande verlaufen, auch wegen der Ergebnisse einer rechtsvergleichenden Studie, wonach die deutschen Gerichte klares Fallrecht geschaffen haben, das das typische Informationsgefälle zwischen Franchisegeber und Franchisenehmer reduziere, vgl. *Gesmann-Nuissl*, Internationales Franchiserecht, 2019, S. 18.

38 Flohr, Charakter und Bewertung der Franchise-Gebühren aus rechtlicher Hinsicht, in: Beiträge des 2. Deutschen Franchise-Rechts-Forums vom 5.10.1990, S. 27 ff.

39 Flohr, Charakter und Bewertung der Franchise-Gebühren aus rechtlicher Sicht, a. a. O., S. 29 f.

40 Verwendet etwa vom KG, Urteil vom 25.10.2002, Az. 7 U 240/01 = BeckRS 2002, 162205, Rn. 16 f.

41 Vgl. zum Begriff „*Entgeltforderung*“ in § 286 Abs. 3 BGB BGH, Urteil vom 16.6.2010, Az. VIII ZR 259/09, juris-Rn. 12; weiter, auch für Zahlungsforderungen außerhalb des Synallagmas MüKo/Ernst, BGB, 8. Aufl. 2019, § 286 Rn. 82.

42 Vgl. *Neupert*, JuS 2016, 489, 493.

43 Auch das war 1990 schon so, vgl. *Flohr*, Charakter und Bewertung der Franchise-Gebühren aus rechtlicher Sicht, a. a. O., S. 27, 30.

44 Suche durchgeführt am 23.4.2022.

45 BAG, Urteil vom 30.5.1978, Az. 2 AZR 598/76, juris-Rn. 17: „*In seiner verkehrstypischen Ausgestaltung wird durch den Abschluß eines Franchise-Vertrages ein Dauerschuldverhältnis zwischen dem Franchisenehmer und dem Franchise-Geber begründet, durch das der Franchise-Geber dem Franchise-Nehmer gegen Entgelt das Recht einräumt, bestimmte Waren und / oder Dienstleistungen unter Verwendung von Name, Marke, Ausstattung usw. sowie der gewerblichen und technischen Erfahrungs des Franchise-Gebers und unter Beachtung des von diesem entwickelten Organisations- und Werbungssystems zu vertreiben, wobei der Franchise-Geber dem Franchise-Nehmer Beistand, Rat und Schulung in technischer und verkaufstechnischer Hinsicht gewährt und eine Kontrolle über die Geschäftstätigkeit des Franchisenehmers ausübt*“.

46 *Skaupy*, Der Franchise-Vertrag – ein neuer Vertragstyp, BB 1969, 113, 114 vor Fn. 13.

Es gibt unterschiedliche Arten von Franchiseentgelten – alle in freier Disposition der Franchisegeber, ausgenommen die allgemeinen gesetzlichen Grenzen, insbesondere der §§ 134, 138, 307 Abs. 1, 3 i. V. m. § 310 Abs. 1 S. 1 und 2 BGB; dazu sogleich im Detail.

In der Praxis variieren die Franchiseentgelte. Allein die Eintrittsentgelte der rund 900 Franchisesysteme in Deutschland⁴⁷ changieren regelmäßig zwischen EUR 0 und EUR 60.000, wobei Franchisenehmer durchschnittlich Eintrittszahlungen von EUR 12.200 leisten (2021),⁴⁸ also einige Franchisesysteme kein Eintrittsentgelt erheben. Bei der gerade ihr 50jähriges Jubiläum in Deutschland⁴⁹ feiernden Systemgastronomie McDonalds sind es aktuell knapp EUR 50.000, beim Wellness-System Mywellness EUR 50.000, beim Immobilienveredler Dogstyler EUR 100.000 (2020 als erstem COVID-19-Jahr reduziert auf EUR 40.000 durch eine „Sofort-Unterstützung“ des Franchisegebers von EUR 60.000) und beim Flottenvermietersystem Fleetlink sogar EUR 250.000.⁵⁰ Eine aktuelle Auswertung der ca.300 Franchisesysteme auf <https://www.franchiseverband.com/systeme-finden> zeigt:

- Die Bandbreite der Einstandszahlungen changiert zwischen EUR 0 und EUR 250.000,-, wobei die Beträge regelmäßig im unteren ein- oder zweistelligen Tausenderbereich liegen und sich selten jenseits der EUR 50.000,- bewegen. Allerdings bedeutet auch ein Eintrittsentgelt von EUR 0 nicht, dass ein Franchisenehmer kein Eigenkapital zum Start benötigt. So z. B. verlangt Easyapotheke kein Eintrittsentgelt, setzt allerdings eine Investitionssumme von EUR 500.000,- an.
- Die Bandbreite der laufenden Zahlungen changiert zwischen 0 und 16 %, wobei zweistellige Prozentsätze vor allem bei den großen und entsprechend mit entsprechendem Bekanntheitsgrad versehenen Franchisesystemen anzufinden sind. Teilweise gibt es auch Systeme ohne laufende Entgelte (v. a. im Retail) bzw. mit fixen Beträgen. Berechnungsbasis ist häufig, aber nicht stets, der Nettoumsatz; ob nun mit allen oder nur mit Großkunden, ob nun mit Diversifikationsprodukten oder nur mit eigenen, hängt vom System ab.
- Werbeentgelte changieren zwischen 0 und 5 % bzw. 6 %, wobei viele keine bzw. keine expliziten Werbeentgelte nehmen (sondern sie über die laufenden Zahlungen einnehmen).
- IT-Entgelte finden sich explizit noch seltener als Werbeentgelte: Bei Biogena sind es 0,5 %, bei Regus, allerdings kombiniert mit Backoffice-Entgelten, 6 %.

Details finden sich in folgender auszugsweiser Übersicht nach Auswertung von <https://www.franchiseverband.com/systeme-finden> (Stand 26.4.2022), für die je nach Vorhandensein bis zu fünf je nach Branche herausgegriffen sind; die teilweise sich überschneidenden Branchen sind ebendort entnommen:

Franchise-system	Branche	Eintritt	Laufend	Werbe-entgelt ⁵¹ ,
Fleetlink	Auto	€ 250.000	5 %	1 %
L'Agence Automobilière	Auto	€ 15.000	€ 400	€ 100
Lucky Car	Auto	€ 10.000 Training, € 25.000 Einstieg, € 20000 Rechts-/Beratung	10 % Umsatz	5 % Umsatz
Snap-On Tools	Auto	€ 7.500	./.	./.
Wintec Autoglas	Auto	€ 9.000	5 % vom Netto-Großkunden und Versicherungsumsatz	2 % Nettoverkauf
arko	Bäckerei, Kaffee, Eis	€ 11.000	4,5 %	k.A.
Back-Factory	Bäckerei, Kaffee, Eis	€ 2.900	4 %	0,5 %
Häagen-Dazs	Bäckerei, Kaffee, Eis	€ 25.000	k.A..	k.A,
Kamps	Bäckerei, Kaffee, Eis	€ 5.000	Individuell	./.
Tchibo	Bäckerei, Kaffee, Eis	€ 10.000	./.	./.
Daniel Moquet	Bau	€ 41.500	3 %	Individuell u
Isotec	Bau	€ 35.000	Individuell	1 %
Portas	Bau	€ 15.000	3 %	./.
Rainbow Intl.	Bau	€ 40.900	8 %-5 % degressiv	2 %
Viterma	Bau	€ 35.000		
Linde Gas & More	Baumarkt	€ 20.000	4 %	€ 300
OBI	Baumarkt	k.A.	2,5 %	0,25 %
Rentas	Baumarkt	€ 15.000	7 %, min. € 911	0,5 %, max. € 1.000
Sonderpreis Baumarkt	Baumarkt	€ 20.000	Individuell	0,4 % überregional
Zaunteam	Baumarkt	k.A.	7-4 % degressiv	./.

47 Zahlen für 2021 laut Statista (<https://de.statista.com/themen/1166/franchise/>), 25.1.2022.

48 Hecker, in: Deutscher Franchiseverband, Franchisestatistik 2021, Slide 61, während es 2017 noch EUR 14.010 waren, vgl. https://www.franchiseverband.com/fileadmin/user_upload/pdf/Franchisestatistik_2017_final.pdf (S. 53) und 2019 EUR 10.081, vgl. https://www.franchiseverband.com/fileadmin/user_upload/Franchisestatistik_2019_Auswertung.pdf (S. 61).

49 Zips, 50 Jahre McDonald's in Deutschland, in: Süddeutsche Zeitung vom 4.12.2021, S. 8.

50 Zahlen entnommen aus den Darstellungen der einzelnen Franchisesysteme durch den Deutschen Franchise-Verband e. V. auf <https://www.franchiseverband.com/systeme-finden> (25.4.2022).

51 Monatlich, wenn keine andere Angabe erfolgt; Vielfach hat der Franchisenehmer selbst in lokales Marketing zu investieren.

Amazon Delivery Service Partner Programm	Bes. Dienstleistungen	./.	./.	./.	Tee Geschwendner	Energie	€ 15.000	./.	k.A.
Sanifair	Bes. Dienstleistungen	€ 15.000	Individuell, umsatzabhängig	Individuell	Enerix	Energie	€ 5.000	1,5 %, min. € 350	k.A.
Storebox	Bes. Dienstleistungen	€ 30.000	6 %	4 %	GWA Supplies	Energie	€ 23.000	./.	./.
The Alternative Board	Bes. Dienstleistungen	€ 39.000	20 %	2 %	Velocity	Energie	k.A.	k.A.	k.A.
Vermittlung für Nannies & Hausangestellte	Bes. Dienstleistungen	€ 5.500	Individuell	Individuell	Vissolar	Energie	€ 3.900	€ 800	./.
Wax in the City	Bes. Dienstleistungen	Individuell	7,5 % oder Pauschale	./.	25Minutes	Fitness	€ 5.900	7,5 %, min. € 500	./.
Die Kaffeemeister	Büro, IT	€ 20.000	2,5 %	Individuell	Anytime Fitness	Fitness	€ 35.000, € 15.000 Starter	6 %, min. € 1.700 Technologie-Gebühr	individuell
Einsnul-leins	Büro, IT	€ 15.000	10 %	./.	Bodystreet	Fitness	€ 14.900	7,5 %	2 %
Global Office	Büro, IT	€ 55.000	€ 180,-	./.	Clever Fit	Fitness	€ 18.490	5 %	€ 500
Mail Boxes etc.	Büro, IT	Individuell	6 %	4 %	Miss Sporty	Fitness	€ 17.900	5,7 %	2,3 %
Relog	Büro, IT	./.	10 %	k.A.	Carls Jr	Franchise from Abroad	k.A.	5 %	4 %
Actioncoach	Coaching	Individuell	k.A.	k.A.	Impro Pizza & Natura	Franchise from Abroad	€ 30.000	5 %	1 % im 1., 2 % im 2. und 3 % im 3. Jahr
BNI	Coaching	€ 5.000-10.000	./.	./.	Little Kickers	Franchise from Abroad	€ 15.000	k.A.	k.A.
Express Reduction Analysts	Coaching	€ 59.500	15 %	3 %	Stava	Franchise from Abroad	./.	€ 250+lieferabhängiger %	2 %
Limbeck Group	Coaching	€ 5.000	€ 770	./.	Victorinox	Franchise from Abroad	€ 23.000	5 %; Performance Bonus bis 2,5 %	2 %
Zeit + Gewinn Immobilienfinanzierung	Coaching	€ 15.000	k.A.	k.A.	L'Osteria	Gastro	€ 35.000	6 %	1 %
Babyone	Einzelhandel	€ 10.000	3 %	2 %	McDonalds	Gastro	€ 46.000	5 %	5 %
Barrique	Einzelhandel	€ 6.135	5 %	./.	Pommes Freunde	Gastro	€ 14.950, ab 2. Store € 7.950	6 %	2 %
Blume 2000	Einzelhandel	€ 20.000	Individuell, max. 15 % des Lieferumsatzes I	./.	Subway	Gastro	€ 10.000	8 %	4,5 %
Dogstyler	Einzelhandel	€ 100.000	6 %-9,5 %, bis zu 4 % Jahresbonus	./.	Vapiano	Gastro	€ 50.000	6 % (umsatzabhängig)	1 %
					Tank&Rast	Hotel	individuell	9,25 %	0,5 %
					Cosi Go	Hotel	k.A.	k.A.	k.A.
					Edelfuchs-Lodge	Hotel	€ 35.000 min.	5 %	3 %

Smarty Hotel	Hotel	€ 45.000	6,5 %	1 %
Wunderkerze	Hotel	k.A.	k.A.	k.A.
Dahler & Company	Immobilien	€ 30.000	10 %	€ 3.000
Engel & Völkers	Immobilien	€ 42.500	12,5 %	./.
Re/Max	Immobilien	Ab € 9.500	9 % zzgl. € 340	k.A.
Regus	Immobilien	€ 36.000	6 %	8 %
Town & Country	Immobilien	€ 10.000	1,6 %-4,35 %	0,35 %
Burgermeister	Lebensmittel	€ 35.000	6 %	1,5 %
Getir	Lebensmittel	Individuell	./.	k.A.
Servicestore DB	Lebensmittel	€ 8.000	2,4 %	0,2 %
Sonnenator	Lebensmittel	€ 10.000	4 %	./.
Tiroler Bauernstandl	Lebensmittel	€ 5.000	Individuell, bis 8 % auf Wareneinkauf	./.
BoConcept	Möbel	€ 25.000	./.	5 %
Konzept Haus	Möbel	€ 25.000	3 %	./.
Plana Küchenland	Möbel	./.	1 %-2 %	3,5 %
Schlafteq	Möbel	€ 13.000	10 %	./.
Treppenmeister	Möbel	€ 10.000	6,5 %-3 %	1 %
Aust	Mode	./.	./.	./.
Calzedonia	Mode	./.	k.A.	./.
Occitane	Mode	€ 1.500	./.	4 %
The Body Shop	Mode	k.A.	k.A.	k.A.
Yves Rocher	Mode	€ 5.000	5 %	individuell
Academy Fahrschulen	Nachhilfe	€ 3.000	€ 795	€ 39
Duden Institute für Lerntherapie	Nachhilfe	€ 12.000	11,5 %-8 % gestaffelt	Individuell
Fokus Sprachen & Seminar	Nachhilfe	€ 25.000	4 %	3,5 %
Schülerhilfe	Nachhilfe	€ 14.000	Individuell, durchschnittl. € 800	Individuell, durchschnittl. € 650

Stage coach	Nachhilfe	€ 18.000	12,5 %	2,5 %
Apollo	Optiker	€ 8.000	6,5 %-10 % umsatzabhängig	6 %
AIS 24 Stunden Betreuung	Pflege	€ 5.000	Individuell, min. € 150	€ 100
Ambulante und Intensivpflege	Pflege	€ 25.000	Individuell	1 %
Eli die Fee Seniorenendienst	Pflege	Individuell	8 %	k.A.
Pflegehelden	Pflege	k.A.	k.A.	k.A.
Senvitaris Seniorenservice	Pflege	€ 15.900	k.A.	k.A.
Enerix	Sicherheit	€ 5.000	1,5 %, min. € 350	
Konntec	Sicherheit	€ 15.000	8 %	2 %, min. € 1.500
Zaunteam	Sicherheit	k.A.	4 %-7 % degressiv	./.
Cap ... Der Lebensmittelpunkt	Social	€ 10.000	0,6 %	0,1 %
Promedica Plus	Social	€ 10.000	€ 300	€ 200
Rock your Life!	Social	./.	€ 2.000 jährl.	./.
Global Office	Telekom	€ 55.000	€ 180 +Technikkostenzuschuss	./.
Letmerepair Mobile	Telekom	k.A.	k.A.	k.A.
Mobilcom-Debitel	Telekom	€ 8.750	k.A.	k.A.

Art und Höhe der Franchisezahlungen hängen mithin vom System ab, insbesondere von den (Vor-)Leistungen des Franchisegebers (die sich durchaus nach Branchen unterscheiden) als auch von der Art des Franchisesystems: Insbesondere im Retail und im Produktionsfranchising sind Eintrittsentgelte seltener bzw. laufende Entgelte niedriger und teilweise inexistent, weil Franchisegeber hier über die Marge der vom Franchisegeber an den Franchisenehmer verkauften Produkte bzw. Rohstoffe verdienen, und damit am Ende umsatzbezogen.⁵² Auf

⁵² Das hat sich insofern gegenüber der von Flohr 1990 analysierten Situation geändert; denn damals war ein verdecktes Eintrittsentgelt kaum möglich, da Art. 3 Abs. 1 b) der früheren Franchise-GVO Nr. 4087/88 100 %ige Alleinbezugsverpflichtungen nur zuließ, wenn Franchisegeber dafür keine objektiven Qualitätskriterien aufstellen konnten, vgl. Flohr, a. a. O., S. 38. Zur künftigen Vertikal-GVO Rohrßen, ZVertriebsR 2021, 293 ff.

diese Weise reduzieren sich Revisionsaufwand und -kosten.⁵³ Letzteres wiederum gilt erst recht für fixe Beträge (die freilich den Nachteil für den Franchisegeber bieten, dass der Franchisegeber bei Erfolg des Franchisenehmers nicht partizipiert).

Zu Franchiseentgelten stellen sich insbesondere folgende Fragen: Welche Entgelte sind denkbar, wie sind sie zu bemessen und wann hat der Franchisegeber sie ggf. zurückzahlen? Und: Kann man Franchiseentgelte automatisch anpassen?

1. Zulässigkeit und Zweck von Eintrittszahlungen in Franchiseverträgen

Eintrittszahlungen sind weder gesetzlich ge- noch verboten. Dementsprechend verlangen Franchisesysteme teilweise keinen Eintritt, dafür indes ggf. höhere laufende Zahlungen.

Welche Höhe setzt man als Franchisegeber nun an? Die Höhe der Eintrittszahlungen richtet sich als Gegenleistung grundsätzlich vor allem nach der jeweiligen eigenen Leistung, d. h. es ist vor allem am Franchisegeber eine Kalkulation zu erstellen, die aufzeigt, welche Kosten ihm entstehen und wie Erträge erwirtschaftet werden wollen. Zugleich orientieren sich nicht wenige Franchisegeber an den Zahlen vergleichbarer Systeme, denn zu ihnen gehen sie in Wettbewerb.⁵⁴

Das mag dann dazu führen, dass Franchisesystemen kein Eintrittsentgelt nehmen, obwohl grundsätzlich immer Vorlaufkosten⁵⁵ entstehen, jedenfalls, wenn der Franchisegeber in das Konzept investiert und gemäß Best Practice bzw. nach den Ethikkodices des Europäischen bzw. des Deutschen Franchiseverbandes vorgeschrieben,⁵⁶ das eigene Geschäftskonzept bereits am Markt mit Pilotbetrieben erfolgreich erprobt hat, um es auszurollen.⁵⁷ Nicht unbedeutend sind regelmäßig auch die Systemeingliederungsleistungen, insbesondere Schulungs- und Trainingsmaßnahmen.

Um Eintrittsentgelte angesichts dieser Folgen möglichst rechtssicher zu gestalten und Rückzahlungsdiskussionen zu vermeiden (dazu sogleich), empfiehlt es sich, deren Gegenleistung(en) sowie die gewünschte Rechtsfolge für den Fall vorzeitiger Vertragsbeendigung⁵⁸ vertraglich ausdrücklich festzulegen.⁵⁹ Anderenfalls eröffnet sich der Rückforderung Tür und Tor. Bei der Formulierung ist

insoweit darauf zu achten, dass es sich um eine nachweisbare Leistung handelt, um Diskussionen zu vermeiden, ob der Franchisegeber die Leistung bereits erbracht hat. Denkbare Gegenleistungen sind beispielsweise:

- Entwicklung des Geschäftstyps,
- Erprobung in Pilotbetrieben,
- Dokumentation des Knowhows / Inhalt des Franchise-Handbuchs – wobei die Leistung hier abzugrenzen ist von z. B. der laufenden Zurverfügungstellung von Know-how, für das der Franchisenehmer ggf. das laufende Franchiseentgelt zahlt,⁶⁰
- Image/Bekanntheitsgrad, und
- Unterstützungsleistungen wie Standortanalysen, Betriebseingliederung,⁶¹ Schulungen etc.⁶²

Kein Eintrittsentgelt, sondern schlicht Sicherungsmittel ist die vorvertragliche bzw. bei Vertragsschluss fällige Kauti- on, die darauf zielt, alle Ansprüche des Franchisegebers gegen den Franchisenehmer aus dem Franchisevertrag zu sichern (womit die Parteien dann von den starren, nicht mehr als zeitgemäß empfundenen⁶³ allgemeinen Regelungen zu Sicherheitsleistung durch Hinterlegung etc. abweichen). Als Faustregel für angemessene Sicherheit kann man sich, mietvertragsähnlich (§ 551 Abs. 1 BGB), am dreifachen Betrag der monatlichen Franchiseentgelte orientieren.⁶⁴

Regelungen, die das vollständige oder teilweise Behalten- dürfen zugunsten des Franchisegebers regeln, sind freilich am AGB-Recht zu messen⁶⁵ und insofern nach § 310 Abs. 1 i. V. m. § 307 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB mit den wesentlichen gesetzlichen Grundgedanken vereinbar sein, d. h. insbesondere mit dem Äquivalenzprinzip⁶⁶ und müssen dem bereicherungsrechtlichen Prinzip des Ausgleichs rechtsgrundloser Vermögensverschiebungen.⁶⁷

Beispiel:

Als Gegenleistung für [●(z. B.: System-Aufbauleistungen)] zahlt der *Franchisenehmer* an den *Franchisegeber* einmalig ein Entgelt in Höhe von EUR [●], zzgl. gesetzlicher Mehrwertsteuer ("**Eintrittsentgelt**"). Das *Eintrittsentgelt* ist innerhalb von [●] Tagen nach Unterzeichnung dieses *Vertrags* zahlbar und fällig. Da das *Eintrittsentgelt* eine Gegenleistung für [●] darstellt, wird es nicht zurückgezahlt, wenn der *Vertrag* vorzei-

53 Beim Kauf der Vertragsprodukte von einer Konzerngesellschaft des Franchisegebers ist allerdings der gewerbesteuerrechtliche Hinzurechnungstatbestand des § 8 Nr. 1 f) GewStG zu berücksichtigen, vgl. *Reiling*, in: Martinek/Semler/Flohr, Formularsammlung Vertriebsrecht, 2. Aufl. 2021, § 13 Rn. 17.

54 *Giesler*, in: Giesler/Nauschütt, Franchiserecht, 3. Aufl. 2016, Kap. 5 Rn. 373.

55 So schon *Flohr*, Charakter und Bewertung der Franchise-Gebühren aus rechtlicher Sicht, a. a. O., S. 35.

56 Wie es z. B. der European Code of Ethics for Franchising (Stand: 6.12.2016) sowie ihm folgend der Ethikkodex des Deutschen Franchiseverbandes e. V. vom 16.5.2008 beide jeweils in Ziff. 2.2 vorschreiben.

57 Freilich mag es auch Systeme geben, bei denen die Franchisierung nur den Übergang zu einem eigenen Filialnetz schafft und der Franchisegeber die Erprobung (jedenfalls von Standorten) auf Franchisenehmer auslagert, vgl. *Jesse*, in: Giesler/Nauschütt, Franchiserecht, 3. Aufl. 2016, Kap. 13 Rn. 39.

58 Vgl. OLG Frankfurt, Urteil vom 2.11.1994, Az. 13 U 168/93: „Der Anspruch ergibt sich aus § 812 I 2 BGB, weil der Rechtsgrund für die von der Kl. erbrachte Zahlung ... aufgrund der wirksamen fristlosen Kündigung ... weggefallen ist. ... Eine vertragliche Regelung über den Verbleib der Einstandsgebühr im Falle des Konkurses des Franchisegebers wurde nicht getroffen.“; HansOLG OLG, Urteil vom 30.12.2002, Az. 5 U 220/01, juris-Rn. 25 f.

59 *Flohr*, Charakter und Bewertung der Franchise-Gebühren aus rechtlicher Sicht, a. a. O., S. 35. Die festgelegte Rechtsfolge sollte freilich mit dem gesetzlichen Grundgedanken nicht unvereinbar zu sein, § 307 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB.

60 *Flohr*, in: Martinek/Semler/Flohr, Handbuch des Vertriebsrechts, 4. Aufl. 2016 § 30 Rn. 16 m. w. N. auch zu unveröffentlichter Rechtsprechung.

61 Wobei betriebswirtschaftlich laut Martinek, Franchising, 1987, S. 291 f. ab Fn. 130 die Kosten für Betriebseingliederungs- und Förderungsmaßnahmen aufgrund der weitgehenden wirtschaftlichen und finanziellen Integration der Franchisenehmer in das Franchisesystem sich kaum exakt den einzelnen Franchisebetrieben zuordnen lassen.

62 Vgl. *Teichmann*, in: Flohr/Wauschkuhn, Vertriebsrecht, 2. Aufl. 2018, Vor § 89 HGB Rn. 98 ff.

63 *Denhardt*, in: Hau/Poseck, BeckOK BGB, 61. Ed. 1.2.2022, § 232 Rn. 4.

64 *Flohr/Treumann*, in: Martinek et al. Formularsammlung Vertriebsrecht, 2. Aufl. 2021, § 10 Rn. 102.

65 Vgl. BGH, Urteil vom 3.10.1984, Az. VIII ZR 118/83 („McDonald's“), juris-Rn. 21.

66 Vgl. BGH, Urteil vom 12.6.2001, Az. XI ZR 274/00, juris-Rn. 27 m. w. N.

67 Vgl. BGH, Urteil vom 27.11.2003, Az. VII ZR 53/03, juris-Rn. 34; *Wendland*, in: Staudinger, BGB, Neubearb. 2019, § 307 BGB, Rn. 231, 235 m. w. N.

tig endet [ggf.: es sei denn, dass und soweit⁶⁸ die [●]-Leistungen noch nicht bereits erbracht worden sind⁶⁹].

Ob der letzte Halbsatz des Beispiels notwendig ist, hängt davon ab, was man als Leistung des Franchisegebers definiert. Zwar birgt diese Rückausnahme abstrakt für den Franchisegeber den Nachteil, dass die Rückforderung nicht generell ausgeschlossen ist. Es spricht indes viel für ihre Notwendigkeit, wenn zwischen Vertragsunterschrift und Eingliederung in das System ein Zeitraum >0 liegt oder liegen kann.⁷⁰ Lässt sich der Zeitraum auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses bzw. eine juristische Sekunde danach reduzieren, insbesondere, weil die Leistung des Franchisegebers in der Übergabe der wesentlichen Systeminformationen unmittelbar nach Vertragsschluss liegt, dann lässt sich die Rückzahlung generell ausschließen.⁷¹ Auch dies ist bei der Festlegung der Gegenleistung zu berücksichtigen.

2. Darstellungsweise im Vertrag und vorvertragliche Aufklärungspflicht

In Franchiseverträgen – als Standardverträgen den Vorgaben des AGB-Rechts unterworfen⁷² – gelten die allgemeinen Vorgaben, insbesondere das Gebot, dass Standardregelungen transparent zu formulieren sind (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB). Entsprechend sollten Entgeltregelungen nicht im Regeldickicht versteckt,⁷³ sondern dank der Überschrift sichtbar und im jeweils sachlichen Zusammenhang mit den jeweiligen Regelungen stehen. Auch die synallagmatische Verknüpfung ist idealerweise übersichtlich auszugestalten.⁷⁴

Freilich hat der Franchisegeber im Rahmen der vorvertraglichen Aufklärung den Franchisenehmer bereits vorab über die maßgeblichen Entgelte aufzuklären.⁷⁵ Das liegt im beiderseitigen Interesse, um möglichst frühzeitig Klarheit zu schaffen, ob sich der Business Case im jeweiligen

Einzelfall, zumal vor der Berechnung möglicher Rendite des jeweiligen Franchiseoutlets rechnet.

3. Gestaltung und Grenzen der Gebührenhöhe („Entgelthöhe“)

Jenseits der eigenen Kalkulation und den Wettbewerbern (s. o.) können sich Franchisegeber an folgenden Leitplanken deutscher Vertrags- und gerichtlichen Praxis orientieren:

a) Franchiseentgelte selbst sind AGB-kontrollfrei, aber transparent zu regeln

Franchiseentgelte als solche sind AGB-kontrollfrei nach § 307 Abs. 3 S. 1 BGB. Die AGB-Inhaltskontrolle greift indes nach § 307 Abs. 3 S. 1 BGB „nur für Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden.“ Nach der Rechtsprechung des BGH sind damit insbesondere selbständige Preisabsprachen von der AGB-Kontrolle ausgenommen, d. h. solche Absprachen, die das Ob und den Umfang von Entgelten bestimmen – anders ausgedrückt: Reine (Gegen-) Leistungsbeschreibungen, sprich solche, „die Art und Umfang der vertraglichen Hauptleistung und der hierfür zu zahlenden Vergütung unmittelbar bestimmen“.⁷⁶ Dies gilt mithin für die Franchiseentgelte.⁷⁷ Anders sieht dies für Preisanpassungsklauseln aus.⁷⁸ Zudem gilt auch für die Regelungen zum Entgelt selbst das Transparenzgebot (s. o.).

b) Franchiseentgelte dürfen nicht sittenwidrig sein, § 138 BGB

Gemäß § 138 Abs. 1 BGB dürfen Franchiseentgelte nicht im Missverhältnis zur Leistung des Franchisegebers stehen, das der Franchisegeber aufgrund wirtschaftlicher Übermacht ausnutzt.⁷⁹ Die Anforderungen daran sind freilich hoch,⁸⁰ wie das LG Köln sehr deutlich illustriert:

„Der Vertrag verstößt nicht gegen § 138 BGB. Es liegt keine sittenwidrige Knebelung vor. Soweit der Beklagte geltend macht, dass angesichts einer Belastung mit Gebühren in Höhe von 12,5 % des Umsatzes ein T-Restaurant nicht wirtschaftlich betrieben werden kann, ist sein Vortrag nicht hinreichend konkret und daher nicht zu berücksichtigen. Der Beklagte hätte hier anhand seines Umsatzes und der Kostenbelastung konkret darlegen müssen, warum er nicht wirtschaftlich arbeiten kann. Das unternehmerische

68 Einfacher wäre die positive Formulierung („soweit die [●]-Leistungen bereits erbracht worden sind“); die negative Formulierung hat den Vorteil, dass sie die Beweislast regelt.

69 Alternativ, etwas pauschaler, angelehnt an Flohr, Franchise-Vertrag, 4. Aufl. 2010, S. 208 und Stummel, Standardvertragsmuster = Standard Forms and Agreements, 6. Auflage 2021, Abschnitt „Franchisevertrag/Franchise Agreement“: „Die Eintrittsgebühr ist kein Entgelt für laufende Leistungen des Franchisegebers, sondern eine Gegenleistung für die zur Betriebseröffnung erbrachten Ausstattungs- und Systemeingliederungsleistungen des Franchisegebers. Daher ist sie nicht rückforderbar, wenn der Franchisevertrag, aus welchem Grund auch immer, beendet wird“.

70 Denn wenn ein Rückzahlungsanspruch bestehen kann, lässt er sich per Formularvertrag nicht unbedingt ohne Rücksicht auf die Vertragsdauer und den Beendigungsgrund pauschal ausschließen, vgl. Giesler, in: Giesler/Nauschütt, Franchiserecht, 3. Aufl. 2016, Kap. 9 Rn. 163 bei Fn. 461.

71 Vgl. OLG Frankfurt, Urteil vom 2.1.1994, AZ. 13 U 168/93 („Eine vertragliche Regelung über den Verbleib der Einstandsgebühr ... wurde nicht getroffen. Nach der Vertragsbeendigung ist deshalb gem. § 812 I 2 BGB die Leistung zurückzugewähren, Das ist der nicht „verbrauchte“ Anteil der Einstandsgebühr, die im vorliegenden Fall als zeitabhängig zu bewerten ist.“); OLG Hamburg, Urteil vom 5.6.1986, Az. 3 U 181/85 („Alster-Brautmoden“); Teichmann, in: Flohr/Wauschkuhn, Vertriebsrecht, 2. Aufl. 2018, Vor § 89 HGB Rn. 98, wonach „regelmäßig mit Vertragsschluss und Übergabe der wesentlichen Systeminformationen erbracht sei“; abhängig von der Vertragsgestaltung, so Giesler, in: Giesler/Nauschütt, Franchiserecht, 3. Aufl. 2016, Kap. 9 Rn. 163.

72 Rohrßen, ZVertriebsR 2021, 33, 34 bei Fn. 11 m. w. N.; zu den Grenzen der Gestaltung von Franchiseverträgen: Rohrßen, ZVertriebsR 2019, 325 f.

73 Gegen eine „verstreute Darstellung“ auch Flohr, in: Martinek/Semler/Flohr, Handbuch des Vertriebsrechts, 4. Aufl. 2016, § 30 Rn. 212.

74 Giesler, in: Giesler/Nauschütt, Franchiserecht, 3. Aufl. 2016, Kap. 5 Rn. 371 f.; Kap. 9 Rn. 163.

75 Vgl. schon Art. 6 letzter Spiegelstrich des in Deutschland freilich unverbindlichen Unidroit Model Franchise Disclosure Law („Finanzinformationen einschließlich einer Schätzung der notwendigen Gesamtinvestition des Franchisenehmers ... für die ersten drei Geschäftsjahre“); zur Aufklärungspflicht nach deutschem Recht (deren Verletzung zur Haftung nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB führt) vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 25.10.2013, Az. 22 U 62/13, juris-Rn. 80; LG Hamburg, Urteil vom 17.5.2018, Az. 334 O 14/18, juris-Rn. 42; Giesler, in: ders., Franchiserecht, 3. Aufl. 2016, Kap. 5 Rn. 64 ff.; Giesler/Güntzel, NJW 2007, 3099, 3100 bei Fn. 12. Gegen vergleichbare Aufklärungspflichten bei Abschluss von Reservierungsvereinbarungen OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 3.6.2016, Az. 13 U 107/14 = ZVertriebsR 2016, 315 ff.

76 BGH, Urteil vom 14.5.2014, Az. VIII ZR 114/13 („Erdgassondervertrag“), juris-Rn. 15 m. w. N.

77 Vgl. Giesler, in: Giesler/Nauschütt, Franchiserecht, 3. Aufl. 2016, Kap. 5 Rn. 375; Kap. 9 Rn. 26.

78 Näher Rohrßen, ZVertriebsR 2021, 33 f.

79 Vgl. Flohr, in: Martinek/Semler/Flohr, Formularsammlung Vertriebsrecht, 2. Aufl. Kap., § 2 III.5.

80 Vgl. Giesler, in: Giesler/Nauschütt, Franchiserecht, 3. Aufl. 2016, Kap. 5 Rn. 375-377.

Risiko eines Franchiseunternehmens trägt der Franchisenehmer. Dass das Franchisesystem der T-Restaurants generell nicht rentabel ist, kann aufgrund des Vortrages des Beklagten auch nicht festgestellt werden, denn unstreitig werden weiterhin T-Restaurants in Deutschland betrieben. Dass andere Franchisesysteme niedrigere Franchisegebühren verlangen (McDonald's 5 % Franchisegebühren, 5 % Werbekostenbeitrag) führt ebenfalls zu keiner anderen Beurteilung, zumal die Klägerin unwidersprochen vorgetragen hat, dass bei McDonald's der unternehmerische Gewinn des Franchisegebers über die gewerbliche Zwischenvermietung der Restaurants gesteigert wird. Es ist auch nicht ersichtlich, dass ein krasses Missverhältnis zwischen der Höhe der Franchisegebühr und den von der Klägerin erbrachten Leistungen besteht.⁸¹

Danach führt es auch noch nicht zur Sittenwidrigkeit, wenn sich die Franchise „nicht mehr gut rechnet“.⁸² Wie allgemein bei § 138 BGB, so gilt auch im Franchise die „Daumenregel des Doppelten“ als Indiz für ein auffälliges Leistungsmissverhältnis.⁸³ So kommt laut LG Düsseldorf Sittenwidrigkeit erst in Betracht, wenn das Franchiseentgelt dasjenige anderer Unternehmen auf demselben Markt um 100 % übersteigt.⁸⁴ Entsprechend führt das Franchiseentgelt selten zur Nichtigkeit des Franchisevertrages.⁸⁵

c) Keine diskriminierenden Entgelthöhen

§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB (ggf. i. V. m. § 20 GWB): Marktmächtige oder gar marktbeherrschende Franchisegeber dürfen gleichartige Unternehmen nicht ohne sachlich gerechtfertigten Grund anders behandeln („Diskriminierungsverbot“). Das zielt insbesondere darauf, dass Franchisegeber bei Marktmacht ihre Franchisenehmer entgeltlich nicht unterschiedlich behandeln dürfen, System-Außenseiter hingegen durchaus schon.⁸⁶ Dort können Preisdifferenzierungen durchaus gerechtfertigt sein.

IV. Franchiseverträge: Laufende Entgelte

Laufende Entgelte zahlt der Franchisenehmer für Leistungen des Franchisegebers unterhalb des Franchisevertrages, regelmäßig insbesondere für die kontinuierliche Know-how-Bereitstellung, Training, Markenschutz, ggf. auch für Werbemittel, Unternehmensberatung und Systementwicklung.⁸⁷

1. Vertragsregelungen

Für die Gestaltung der entsprechenden Vertragsregelung sind insbesondere folgende wirtschaftliche Aspekte zu bedenken:

- Soll es eine fixe oder (Regelfall) umsatzbezogene Zahlung sein?
- Bei umsatzbezogenen Zahlungen: Was ist die Berechnungsgrundlage: Brutto-/Nettoumsatz, in- oder exklusiv

ve des Umsatzes mit System- bzw. Diversifikationsprodukten?

- Sollen Early Adopters / die ersten Franchisenehmer einen „Frühbucher“-Rabatt erhalten?
- Soll der Franchisenehmer in der Anlaufphase (z. B. erstes Jahr) weniger zahlen?
- Soll die Zahlung das Wachstum incentivieren, durch degressive Sätze und / oder Reduktion bei weiteren Outlets (ggf. auch / nur bezogen auf die Eintrittszahlung)?
- Wie häufig soll die Zahlung erfolgen (insbesondere: monatlich, quartalsweise)?
- Soll ein umsatzunabhängiges Mindestentgelt anfallen?
- Soll es Performanceboni geben / wie soll ggf. eine Verrechnung erfolgen?
- Wie sollen die Zahlungen erfolgen? Ggf. per Lastschrift⁸⁸ oder über Zahlungsdienstleister?⁸⁹ Dazu gibt es bereits einige Angebote.⁹⁰ Kritisch wäre die Vereinbarung einer Inkassovollmacht zugunsten des Franchisegebers gegenüber den Kunden des Franchisenehmers; Indiz für eine mögliche sittenwidrige Knebelung.⁹¹

Beispiel:

Als Gegenleistung für die fortlaufende Nutzung der *Franchiselizenz*⁹² und für die fortlaufende Beratung, Betreuung und sonstige Unterstützung zahlt der *Franchisenehmer* an den *Franchisegeber* eine laufende Vergütung („*Royalties*“), deren Höhe sich nach dem im *Franchisebetrieb* kalenderjährlich erzielten Jahresnettoumsatzes wie folgt staffelt:

Jahresnettoumsatz des <i>Franchisebetriebs</i>	Anwendbarer Prozentsatz
[●]	[●]

Der *Franchisenehmer* wird auf die von ihm geschuldeten *Royalties* eine monatliche Vorauszahlung in Höhe von [●]% des in seinem *Franchisebetriebs* erzielten monatlichen Nettoumsatzes leisten; die Zahlung ist jeweils am [●]. Tag des Monats für den vorausgegangenen Monat zahlbar und fällig, erstmals am [●]. des Monats, der auf dem Monat der Eröffnung des *Franchisebetriebs* folgt. ...

[Weitere Regelungen zur Bestimmung und Ermittlung des maßgeblichen Nettoumsatzes (inkl. Maßgeblichkeit von Ersatzleistungen wie Versicherungszahlungen oder staatlicher Unterstützung in COVID-19-Zeiten, Mindestentgelt,⁹³ Vorauszahlungen, Nachzahlungen, Erstattungen, Bankeinzug, Verrechnungen, Bucheintrittsrecht, Aufrechnungen]

⁸¹ LG Köln, Urteil vom 26.4.2012, Az. 29 O 234/11, juris-Rn. 28.

⁸² OLG Schleswig, Urteil vom 26.9.2013, Az. 16 U (Kart) 50/13 = BeckRS 2013, 21955.

⁸³ Allgemein *Armbrüster*, in: MüKo, BGB, 9. Aufl. 2021, § 138 Rn. 213; von der „Grenze des Doppelten“ spricht *Giesler*, in: *Giesler/Nauschütt*, Franchiserecht, 3. Aufl. 2016, Kap. 5 Rn. 377.

⁸⁴ LG Düsseldorf, Urteil vom 21.11.2013, Az. 14 c O 129/12, juris-Rn. 66.

⁸⁵ *Billing*, in: Staudinger, BGB, Neubearb. 2019, Anh. zu §§ 305-310 Rn. H 215.

⁸⁶ Vgl. schon OLG Düsseldorf, Urteil vom 27.2.2008, Az. VI-U (Kart) 16/07, juris-Rn. 29 ff.

⁸⁷ *Flohr*, Charakter und Bewertung der Franchise-Gebühren aus rechtlicher Sicht, a. a. O., S. 37 f.

⁸⁸ Vgl. *Billing/Kirsch*, ZVertriebsR 2015, 14, 21 f.; *Giesler*, in: *Giesler/Nauschütt*, Franchiserecht, 3. Aufl. 2016, Kap. 9 Rn. 185.

⁸⁹ Zu „Franchisestrukturen und Zahlungsdienste(n)“ siehe den gleichnamigen Beitrag von *Jünemann/Wirtz/Förster*, RdZ 2021, 164-171.

⁹⁰ Vgl. etwa *Stripe*: <https://stripe.com/partners/franchise-royalty-payments>.

⁹¹ Vgl. BGH, Urteil vom 11.10.2018, Az. VII ZR 298/17 = ZVertriebsR 2019, 323, 325 m. Anm. *Rohrßen*.

⁹² Definiert z. B. als das Recht, das System, die Marken sowie die Rechte gemäß Vertrag für den Betrieb eines Franchiseoutlets zu nutzen.

⁹³ Z. B. „... In jedem Fall zahlt der Franchisenehmer an den Franchisegeber ab dem [●]. Jahr nach Vertragsbeginn ein Mindestentgelt in Höhe von EUR [●] ...“, vgl. etwa *Metzlaß*, in: *Pfaff/Osterrieth*, Lizenzverträge, 4. Aufl. 2018, B.V bei Ziff. 12.

Die Höhe der Franchiseentgelte ist anhand derselben allgemeinen Maßstäbe wie bei Eintrittsentgelten zu gestalten (s. o.).

2. Entgeltanpassungen

Preisankpassungsklauseln in Dauerschuldverhältnissen unterliegen der Generalklausel des § 307 BGB, sprich: sie müssen angemessen (insbesondere: transparent) sein und auch den Vorgaben des Preisklauselgesetzes entsprechen.⁹⁴

Franchiseentgelte lassen sich bereits insofern variabel gestalten, indem man keine fixen, sondern umsatzbezogene Zahlungen ansetzt (s. o.). Zudem besteht Spielraum, wenn sich Franchiseentgelte im Produktbezug „verstecken“ (dazu s. u.). Denn dort, wo Franchisenehmer ihre Waren oder Rohstoffe / Zutaten vom Franchisegeber beziehen (ggf.: müssen⁹⁵), kann der Franchisegeber die Verkäufe schlicht auf Basis der aktuellen Preisliste durchführen (also kein Einfrieren von Preisen, keine Preisgarantie).

Um nicht auf die insbesondere seit Ausbruch von COVID-19 strapazierten „Rettungsanker“⁹⁶ wie Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB), ergänzende Vertragsauslegung (§§ 157, 133 BGB) oder sonstige Ausprägungen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) zurückgreifen zu müssen, empfehlen sich möglichst klare, durchaus auch länger formulierte Anpassungsklauseln gemäß den Leitlinien, die die Rechtsprechung vorgibt, insbesondere:

- Anpassung klar formulieren, ggf. als Mechanismus (um dem Willkür-Argument möglichst gleich zu entgegenen)
- ggf. Umstellungsfristen vorsehen (wie sie z. B. im Einzelhandel verbreitet sind)
- ggf. Obergrenzen festlegen;
- ggf. Sonderkündigungsrecht ergänzen,⁹⁷ nach Abwägung, ob man hierdurch ggf. dem Franchisenehmer einen (ungewünschten?) Ausweg aus dem Vertrag bietet.⁹⁸

Denkbar ist insbesondere eine Anpassung der laufenden Entgelte anhand einer Indexklausel.⁹⁹ Zur Wirksamkeit setzt sie allerdings gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. § 3 Abs. 1 Nr. 1 lit. e Preisklauselgesetz voraus, dass entweder „der Gläubiger (d. h. hier: Franchisegeber) auf die Dauer von mindestens zehn Jahren auf das Recht zur ordentlichen Kündigung verzichtet oder der Schuldner das Recht hat, die Vertragsdauer auf mindestens zehn Jahre zu verlängern“. Damit braucht es aber nicht zwingend eine zehnjährige Erstlaufzeit; es genügt auch eine fünfjährige Erstlaufzeit mit Verlängerungsoption für den Franchisenehmer (was freilich für den Franchisegeber auf eine zehnjährige Erstlaufzeit hinausläuft).¹⁰⁰ Wenn allerdings der Franchisenehmer bereits nach fünf Jahren aussteigen kann, dann dürfte

auch eine etwaige Tendenz in der Rechtsprechung, eher Vertragslaufzeiten < 10 Jahren als angemessen anzuerkennen, keinen Einfluss auf die Indexklauseln haben.¹⁰¹

Beispiel:

Das laufende *Mindestfranchiseentgelt* erhöht oder verringert¹⁰² sich automatisch,¹⁰³ ohne dass es einer Anforderung bedarf, jeweils zum 1.1. eines jeden Jahres im gleichen Verhältnis, wie sich der vom Statistischen Bundesamt in Wiesbaden für Deutschland ermittelte Verbraucherpreisindex gegenüber dem Stand im Jahr des Vertragsbeginns („*Vergleichsbasis*“) prozentual verändert hat. Für weitere Anpassungen ist *Vergleichsbasis* jeweils der Verbraucherpreisindex zum Zeitpunkt der letzten Anpassung.

V. Werbekostenzuschüsse

Bzgl. Werbung lassen sich zwei Zahlungen unterscheiden:

1. Zahlungen für Werbe- und Dekorationsmittel

Sie kann der Franchisegeber nur verlangen, wenn sie vertraglich vereinbart sind. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Franchisevertrag grundsätzlich regelt, dass der Franchisegeber dem Franchisenehmer solche Mittel unentgeltlich überlasse.¹⁰⁴

2. Zahlungen für (überregionale) Werbung

Solche Zahlungen hat der Franchisegeber ggf. treuhänderisch zu verwalten und den Franchisenehmern auch Rechnung zu legen.¹⁰⁵ Die Pflicht zur treuhänderischen Verwaltung¹⁰⁶ wie im Fall des OLG Düsseldorf¹⁰⁷ lässt sich durch entsprechende Gestaltung des Franchisevertrages vermeiden, worauf das OLG München hinweist:

„Während im dortigen Franchisevertrag [Fall des OLG Düsseldorf, der Verf.] ausdrücklich geregelt war, dass der Franchisegeber Werbung „für das Franchisesystem durch-

94 Näher Rohrßen, ZVertriebsR 2021, 33, 34 bei Fn. 13 (Anm. zu einem Urteil des OLG Jena vom 22.4.2020 (Az. 2 U 287/18) bzgl. der Entgeltanpassung im Town & Country-Franchise-System).

95 Solche Bezugspflichten sind im Franchise entweder schon keine Wettbewerbsbeschränkung, wenn sie für die Wahrung von Ruf und Einheitlichkeit des Franchisesystems notwendig sind, ansonsten bis 30 % Marktanteilen nach der Vertikal-GVO freigestellt; vgl. Schultze/Pautke/Wagener, Vertikal-GVO, 4. Aufl. 2019, Art. 4 lit. b Rn. 809 (S. 373).

96 Zu den Auswirkungen der Corona-Pandemie auf Franchisesysteme siehe den gleichnamigen Aufsatz von Flohr, ZAP 2022, 127 ff.

97 Einzelheiten hierzu bei Rohrßen, ZVertriebsR 2021, 33 ff.

98 Worauf völlig zu Recht Flohr, ZAP 2022, 401, 412 unter Ziff. 7 b) am Ende hinweist.

99 Flohr, in: Flohr/Wauschkuhn, Vertriebsrecht, 2. Aufl. 2018, § 307 Rn. 66-68.

100 Kartellrechtlich ist eine etwaige Alleinbezugspflicht des Franchisenehmers (wenn darin nach dem Pronuptia-Urteil des EuGH vom 28.1.1986 überhaupt eine Wettbewerbsbeschränkung liegt, vgl. Billing, in: Staudinger, BGB, Neubearb. 2019, Anh. zu §§ 305-310 Rn. H 217) bei einem Ausstiegsrecht des Franchisenehmers nach fünf Jahren auch nach der neuen Vertikal-GVO voraussichtlich freigestellt, vgl. Rohrßen, ZVertriebsR 2021, 293, 297 bei Fn. 61.

101 A.A. Flohr, in: Flohr/Wauschkuhn, Vertriebsrecht, 2. Aufl. 2018, § 307 BGB Rn. 67 f.

102 Inklusive „Verringerung“, um den Ausnahmetatbestand vom Preisklauselverbot in § 2 Abs. 1 letzter Hs. i. V. m. Abs. 3 Nr. 1 Preisklauselgesetz zu erfüllen.

103 Alternativ zum Automatismus gibt man jeder Partei das Recht, Anpassung zu verlangen, vgl. den Ausnahmetatbestand vom Preisklauselverbot in § 2 Abs. 1 letzter Hs. i. V. m. Abs. 3 Nr. 2 Preisklauselgesetz.

104 Vgl. BGH, Urteil vom 20.5.2003, Az. KZR 19/02. („Apollo“), juris-Rn. 50 ff.

105 Falls keine vertragliche Rechnungslegungspflicht besteht, dann gemäß § 666 BGB, vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 6.4.2011, Az. U (Kart) 20/10, juris-Rn. 62, 93; Flohr, Franchise-Vertrag, 4. Aufl. 2016, § 17 bei Fn. 584; Giesler/Nauschütt, Franchiserecht, 3. Aufl. 2016, Kap. 5, Rn. 296 f.

106 In Australien gesetzlich geregelt, vgl. Paragraph 31 der Competition and Consumer (Industry Codes—Franchising) Regulation 2014: „This clause applies if a franchise agreement requires the franchisee to pay money to a marketing fund that is controlled or administered by or for the franchisor or a master franchisor (whether the franchisee is a franchisee or subfranchisee of the franchisor or master franchisor). (2) The fund administrator must maintain a separate account with a financial institution for payments to the marketing fund by franchisees.“

107 Urteil vom 6.4.2011, Az. U (Kart) 20/10, juris-Rn. 62, 93. Vgl. auch LG Köln, Urteil vom 17.8.2012, Az. 24 O 331/11, juris-Rn. 47; OLG München, Urteil vom 25.8.2005. Az. 6 U 4084/04, juris-Rn. 91.

führt“ und Aufträge an Dritte dabei „stellvertretend und im Auftrag für die Systempartner“ erteilt, finden sich solche Regeln in den hier maßgeblichen Verträgen gerade nicht. Nach den hiesigen Vertragsbestimmungen hat die Beklagte letztlich die Entscheidungshoheit über die Verwendung der Werbegelder. Sie hat zwar die Verpflichtung übernommen, Werbung „zum allgemeinen Nutzen des Franchiserestaurants“ zu betreiben. Mehr als eine vertragliche Verpflichtung kann hieraus aber nicht abgeleitet werden, insbesondere keine treuhänderische Bindung: denn letztlich steht die Art der Verwendung der Mittel im Ermessen der Beklagten, einschließlich der ausdrücklich vereinbarten Berechtigung, die Gelder mit anderen Beiträgen zu „vermischen“. ¹⁰⁸

Ob sich diese Rechtsprechung durchsetzt, ist weiterhin offen.¹⁰⁹ Eine Öffnung der bisherigen Rechtsprechung auf den jeweiligen Einzelfall ist jedenfalls begrüßenswert. Insofern empfiehlt es sich, Regelungen zu vermeiden, denen zufolge der Franchisegeber Marketing und Werbung „für das Franchisesystem für die Franchisenehmer“ übernehme, „stellvertretend für die Franchisenehmer“. ¹¹⁰

VI. Sonstige Entgelte (Schulungen, IT-Leistungen, Back-Office, etc.)

Weitere Entgelte sind denkbar, kommen jedoch in der Praxis seltener vor, siehe die Aufstellung oben. Teilweise sind solche Entgelte in den laufenden Zahlungen enthalten. Teilweise nehmen Franchisegeber schlicht eine Mischkalkulation vor, bei der laufende Entgelte und Bezugsverpflichtungen so abgestimmt sind, dass Franchisenehmer und Franchisegeber wirtschaftlich arbeiten können.¹¹¹ Gerichtlich ungeklärt in Deutschland sind „Renewal-Fees“, also Verlängerungsentgelte. Teilweise werden sie generell als nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam, weil den Franchisenehmer unangemessen benachteiligend, angesehen.¹¹² Man könnte auch Nichtigkeit des Versprechens nach § 138 Abs. 1 BGB oder §§ 125 S. 1 i. V. m. § 518 Abs. 1 BGB ins Feld führen. Vorzugswürdig ist es indes, auf den Einzelfall und die jeweilige Gegenleistung abzustellen. Insofern ist auch zu berücksichtigen, dass der Franchisegeber regelmäßig in der Vertragsverlängerung frei ist. Insofern mag die Leistung des Franchisegebers darin bestehen, sich diese Entscheidung abkaufen zu lassen, ggf., weil bekannt und bewährt, zu einem reduzierten Entgelt.¹¹³

Rein vorsorglich lässt sich, der Empfehlung von Flohr folgend, eine allgemeine Regelung in Franchiseverträgen aufnehmen, wonach der Franchisegeber weitere Leistungen jenseits der vereinbarten nur gegen zusätzliche Vereinbarung erbringt, die auch die Vergütung festzusetzen hat bzw. mangels Festsetzung der Franchisenehmer eine angemessene Vergütung zu zahlen hat.¹¹⁴ Ohne solche Regelung lässt sich die Vergütung ggf. auch auf § 354 Abs. 1 HGB stützen; als Gedankenstütze für den Franchisegeber bzw. dessen Management / Mitarbeiter in der

Systemzentrale ist eine ausdrückliche Regelung allerdings allemal zuträglich.¹¹⁵

VII. Vertragsstrafen

Keine Entgelte, aber auch Zahlungen, die der Franchisenehmer ggf. zu leisten hat, sofern vertraglich vorgesehen, sind Vertragsstrafen. Im Handel (§ 348 HGB) und erst recht im Franchise sind sie höchst praxisrelevant.¹¹⁶ Hierzu sind bei der Vertragsgestaltung vor allem die Vorgaben der § 308 Nr. 5 und 6 BGB zu beachten, zudem über § 307 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB das Verschuldensprinzip¹¹⁷ und das Transparenzgebot (unbestimmte Generalklauseln, die „jeden Verstoß gegen Vertragspflichten“ sanktionieren, sind ggf. unwirksam¹¹⁸). Dies gilt nicht für die Anrechnung einer Strafe auf etwaigen Schadensersatz (§§ 341 Abs. 2, 340 Abs. 2 BGB).¹¹⁹

Eine demnach übliche Regelung wäre z. B.:

Beispiel:

Wenn der *Franchisenehmer* gegen eine Vertragspflicht verstößt, hat er für jede Zuwiderhandlung eine von dem *Franchisegeber* nach billigem Ermessen festzusetzende gerechte, im Streitfall durch ein vom *Franchisegeber* angerufenes Gericht zuzuerkennende Vertragsstrafe zu zahlen, es sei denn, der *Franchisenehmer* hat die Pflichtverletzung nicht zu vertreten. Der *Franchisegeber* rechnet Vertragsstrafen auf darüber hinaus gehenden, vom *Franchisenehmer* zu zahlenden Schadensersatz an. Die Zahlung einer Vertragsstrafe entbindet den *Franchisenehmer* nicht von der Pflicht, alle vertraglichen Pflichten zu erfüllen.

VIII. Entgelte im Masterfranchise-Vertrag

Für die Entgelte im Masterfranchise-Vertrag gilt nicht zwingend ein anderes.¹²⁰ Denkbar ist auch eine „Service Fee“, die die Leistungen des Master Franchisee abgilt.

IX. Rückforderungsansprüche bei vorzeitiger Vertragsbeendigung

Kommt es zu Widerruf bzw. Kündigung vor Ende der vereinbarten (Grund-)Laufzeit, so fragt sich, ob und ggf. wieviel der Franchisenehmer der Franchisegeber zurückzahlen hat. Die etwaige Rückzahlbarkeit der Franchisenehmerentgelte bei (vorzeitiger) Vertragsbeendigung hängt stark von der Gegenleistung des Franchisegebers ab, jedenfalls, sobald das Franchiseverhältnis bereicherungsrechtlich rückabgewickelt wird. Denn ohne Gegenleistung könnte ein auf Eintrittsentgelt verklagter Franchisenehmer gegenüber dem Franchisegeber die Zahlung

– wegen Nichtigkeit¹²¹ verweigern bzw. zurückfordern, namentlich bei erst späterer Kenntnis (§ 814 BGB) der Nichtigkeit (§ 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB), bei An-

¹⁰⁸ OLG München, Urteil vom 7.11.2019, Az. 29 U 4165/18 Kart („Burger King“), juris-Rn. 143.

¹⁰⁹ Zu Recht kritisch *Metzlaff/Billing*, ZVertriebsR 2020, 165, 166 unter Ziff. II.1 b).

¹¹⁰ Näher *Metzlaff/Billing*, ZVertriebsR 2020, 165, 166 unter Ziff. II.1 b).

¹¹¹ *Czibere/Weise*, ZVertriebsR 2014, 275, 278 Fn. 32.

¹¹² *Flohr/Treumann*, in: Martinek et al. Formularsammlung Vertriebsrecht, 2. Aufl. 2021, § 10 Rn. 143.

¹¹³ Von z. B. 50%, so für Wirksamkeit argumentierend *Flohr*, in: Martinek et al. Formularsammlung Vertriebsrecht, 2. Aufl. 2021, § 11 Rn. 49.

¹¹⁴ *Flohr*, Franchise-Vertrag, 4. Aufl. 2016, § 17 Ziff. 11 (S. 218).

¹¹⁵ Zumal, anders als z. B. bei Handelsvertreterverträgen, kein kurzer Blick in ein – inexistentes – Franchisegesetz genügt.

¹¹⁶ Vgl. schon *Metzlaff*, ZVertriebsR 2012, 52 ff. (Bespr. von LG Erfurt, Urteil vom 1.6.2011, Az. 10 O 1247/10).

¹¹⁷ Vgl. *Rieble*, in: Staudinger, BGB, Neubearb. 2020, § 339 Rn. 134 ff.

¹¹⁸ *Rieble*, in: Staudinger, BGB, Neubearb. 2020, § 339 Rn. 127.

¹¹⁹ Vgl. *Rieble*, in: Staudinger, BGB, Neubearb. 2020, § 340 Rn. 6 ff.

¹²⁰ Vgl. nur das Muster von *Reiling*, in: Schütze u. a., Münchener Vertrags-handbuch, Bd. 4 Wirtschaftsrecht III, 8. Aufl. 2018, Ziff. III.4., dort § 7.

¹²¹ Entweder nach § 125 i. V. m. § 518 BGB, wenn es sich mangels Gegenleistung um eine unentgeltliche Zuwendung handelte oder nach § 138 Abs. 1 BGB.

fechtung (§ 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1¹²² bzw. nach anderer Auffassung § 812 Abs. 1 S. 2 Var. 1 BGB,¹²³ offengelassen vom BGH,¹²⁴ ggf. auch aus §§ 311 Abs. 1 und 2, 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB¹²⁵) bzw.

- bei Widerruf (§ 355, 357 c S. 1, 357 Abs. 1–5 BGB) sowie
- bei vorzeitiger Vertragsbeendigung wie etwa außerordentlicher Kündigung (§ 812 Abs. 1 S. 2 Var. 1 BGB¹²⁶).

Dann kommt grundsätzlich die Saldotheorie zum Tragen.¹²⁷ Ausnahmen bestätigen freilich die Regel, so insbesondere, wenn das jeweilige Gestaltungsrecht den Franchisevertrag nicht ex tunc, sondern ex nunc aufhebt.¹²⁸

X. Zusammenfassung & Praxistipps

1. Franchisegebühren, begrifflich zutreffender „Franchiseentgelte“, sind im Rahmen der Vertragsfreiheit zulässig

- 122 Vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 28.8.2012, Az. 21 U 68/11, juris-Rn. 22; so auch z. B. *Wendehorst*, in: BeckOK BGB, 61. Ed. 1.2.2022, § 812 Rn. 64; Wiese, in: Schulze, BGB, 11. Aufl. 2021, § 812 Rn. 7; *Stadler*, in: Jauernig, BGB, 18. Aufl. 2021, § 812 Rn. 14; *Horn*, in: Staudinger, BGB, Neubearb. 2007, § 812 Rn. 88; von *Sachsen Gessaphe*, in: NK-BGB, 4. Aufl. 2021, § 812 Rn. 23 und Rn. 36 bei Fn. 156.
- 123 Heute kaum noch vertreten; vgl. etwa *Conrad*, JuS 2009, 397, 398 Fn. 2; RGRK/*Heimann-Trosien*, BGB, 12. Aufl. 1989, § 812 Rn. 82.
- 124 BGH, Urteil vom 13.2.2008, Az. VIII ZR 208/07, juris-Rn. 15; bzgl. Franchise ebenso offengelassen vom OLG Düsseldorf, Urteil vom 25.10.2013, Az. 22 U 62/13, juris-Rn. 76, 77, 153 ff., das allgemein auf „§ 812 Abs. 1 BGB“ verweist.
- 125 Vgl. zur Naturalrestitution *Giesler*, in: Giesler/Nauschütt, Franchiserecht, 3. Aufl. 2016, Kap. 5 Rn. 136 ff sowie zum Verhältnis Schadenersatz / Anfechtung *Höpfner*, in: Giesler/Nauschütt, Franchiserecht, 3. Aufl. 2016, Kap. 12 Rn. 109 ff.
- 126 Vgl. OLG Frankfurt, Urteil vom 2.11.1994, Az. 13 U 168/93 = NJW-RR 1995, 1395; *Adams/Witte*, DStR 1998, 251, 255 nach Fn. 45.
- 127 OLG Düsseldorf, Urteil vom 25.10.2013, Az. 22 U 62/13, juris-Rn. 159 (wobei die Saldotheorie dort aufgrund arglistiger Täuschung eingeschränkt galt); OLG Dresden, Urteil vom 28.9.1995, Az. 4 U 628/95 = NJW-RR 1996, 1013, 1014; OLG Oldenburg, Urteil vom 16.10.1997, Az. 8 U 111/97 = DStR 1998, 903; *Jesse*, in: Giesler/Nauschütt, Franchiserecht, 3. Aufl. 2016, Kap. 13 Rn. 58.
- 128 Vgl. *Giesler*, WM 2001, 1441 f. ab Ziff. II.1. Zu Details der Rückabwicklung gescheiterter Franchiseverhältnisse *Jesse*, in: Giesler/Nauschütt, Franchiserecht, 3. Aufl. 2016, Kap. 13 Rn. 38-84.

– und damit nach deutschem Recht nur den allgemeinen Grenzen unterworfen, insbesondere der Sittenwidrigkeit.

2. Üblich ist ein Entgelt für den Eintritt (regelmäßig für die Systemeingliederung), ferner laufende Entgelte (für die Überlassung des Know-how, geschäftlicher Zeichen etc.), für Werbung, IT und sonstige, etwa Backoffice-, Dienste, weniger hingegen bloßes Bewerbungsentgelt („*application fees*“), das etwa in den USA (wie offenbar auch in Deutschland) vielfach schlicht in der Eintrittszahlung enthalten ist, oder etwa Verlängerungsentgelte.

3. Um das Eintrittsentgelt möglichst rechtssicher zu gestalten, empfiehlt es sich für Franchisegeber, den Zweck des Eintrittsentgelts bzw. die Leistung ausdrücklich und transparent im Vertrag festzuhalten (sowie ggf. auch die Rechtsfolgen bei vorzeitiger Vertragsbeendigung). Der Ausschluss der Rückzahlung kann auch allein klarstellend erfolgen, wenn der Franchisenehmer mit dem Eintrittsentgelt eine Leistung abgibt, die der Franchisegeber gleich bei Vertragsbeginn leistet.

4. Zur Absicherung und möglichst einfachen Abrechnung, insbesondere bei überfälligen Ansprüchen (einschließlich etwaiger Vertragsstrafen) ist eine Kautions zugunsten des Franchisegebers sinnvoll – sowie eine Einzugsermächtigung und der AGB-konforme Ausschluss der Aufrechnung mit etwaigen Gegenforderungen des Franchisenehmers.

5. Während die Höhe des Entgelts grundsätzlich auf einer Kalkulation des Franchisegebers sowie ggf. einem Marktvergleich beruhen wird und AGB-kontrollfrei ist, müssen Entgeltanpassungsklauseln gemäß § 310 Abs. 1 i. V. m. § 307 BGB angemessen (insbesondere: transparent) sein und

6. Für Entgelte gegenüber eigenen Franchisenehmern kommt es steuerrechtlich wie auch sonst bei Zahlungen für mehr oder weniger immaterielle Werte (CI, Know-how, etc.) auf den hypothetischen Fremdvergleich an.¹²⁹ ■

129 Vgl. *Busch*, DB 2021, 1908, 1910 bei Ziff. III; detailliert: *Schnorberger/Dust*, BB 2015, 2903 ff.