

Profit sharing als Verbundpflicht? Zur Weiterleitung von Netzvorteilen in Franchise-Systemen*

Von Prof. Dr. G u n t h e r T e u b n e r, Universität Frankfurt / London School of Economics (erschieden in: ZHR 168, 2004, 78-96)

I. "Differenzrabatte"

Die Optik-Zentrale Apollo betreibt Optik-Fachgeschäfte in einem so genannten dualen System. Sie vertreibt optische Erzeugnisse in einer ersten Vertriebs säule über 150 eigene Filialen und in einer zweiten Vertriebs säule über 90 Franchise-nehmer. Der vom Franchisegeber formularmäßig verwendete Franchisevertrag enthält die Klausel, der Franchisegeber leite "Vorteile ... zur Erreichung optimaler Geschäftserfolge" an die Franchisenehmer weiter. Das Apollo-System bündelt den gesamten Einkaufsbedarf beider Vertriebs säulen, um von den Lieferanten höhere Rabatte zu erzielen. Die Lieferanten gewähren – ohne Differenzierung – auf alle Einkäufe aus dem Apollo-System die gleichen Rabattzugeständnisse bis zu 52%. Den Franchisenehmern gibt Apollo allerdings eine "offizielle" Herstellerrabattliste. Darin werden nur Rabatte bis zu 38 % vom Herstellerlistenpreis gewährt. In Wirklichkeit bekommt Apollo für alle Einkäufe aus dem System 52 % Rabatt. Die Differenz überweisen die Lieferanten, ohne dass die Franchisenehmer dies wissen, als Kick-back ("Differenzrabatte") an die Apollo-Zentrale. Apollo hatte die Verhandlungen in zwei Schritten geführt. Zunächst setzte die Zentrale aufgrund der Nachfragemacht des gesamten Apollo-Systems einen einheitlichen Rabatt für das gesamte System – auch zugunsten der Franchisenehmer – bei den Lieferanten durch. Dann traf sie im zweiten Schritt mit den Lieferanten die Vereinbarungen über die Abführung der Differenzrabatte an Apollo. Als durch einen Zufall die Praxis der Differenzrabatte bekannt wird, klagen die Franchisenehmer gegen Apollo auf Auszahlung der Differenzrabatte.

Nachdem verschiedene Oberlandesgerichte völlig entgegengesetzten Entscheidungen gefällt hatten, gab nun der BGH den klagenden Franchisenehmern Recht.¹ Neben verschiedenen kartellrechtlichen Fragen stellt sich das vertragsrechtliche Problem, ob Apollo als Franchisegeber den Franchisenehmern gegenüber verpflichtet ist, sämtliche Netzvorteile an die Franchisenehmer weiterzuleiten. Der BGH hatte sich in zwei ähnlichen Fällen ("Sixt", "Hertz") schon (vorsichtig) negativ geäußert.² Dort ging es darum, ob ein Autovermietung-Franchisegeber die Wer-

* Entscheidungsrezension zu BGH - Urteil vom 20. Mai 2003 - KZR 19/02 – BGH BB 2003, 2254 = DB 2003, 2434 = ZIP 2003, 2030 = WRP 2003, 1448. Dazu die Anmerkung *Laschet*, BGHReport 2003, 1345.

¹ OLG Bremen WRP 2002, 224; OLG Düsseldorf WRP 2002, 235, OLG Frankfurt 23.7.2002 – 11 U(Kart.) 55/00 (unveröff.); OLG Frankfurt 23.7.2002 – 11 U(Kart. 42/00) (unveröff.). Details im Rechtsprechungsbericht von *Haager*, NJW 2002, 1463, 1465.

² BGH NJW 1999, 2671 – "Sixt"; BGH 17.7.2001 - VIII ZR 59/01 (unveröff.) – "Hertz"; OLG Stuttgart 16.2.2001 – 2 U 218/99 (unveröff.). Dagegen in der Tendenz bejahend OLG München WiB 1997, 1109. Vgl. auch *Böhner* NJW 1998, 109ff.

bekostenzuschüsse, die er von der Automobilindustrie dann erhält, wenn tatsächlich Autos der jeweiligen Automarke vermietet wurden, an die Franchisenehmer weiterzuleiten verpflichtet war. Das Gericht argumentierte damals, dass die allgemein gehaltene Regelung der Unterstützungspflicht des Franchisegebers bei Materialbeschaffung des Franchisenehmers keinen Leistungsanspruch begründet. Jedenfalls bestehe keine Weiterleitungspflicht, wenn der Hersteller dem Franchisegeber gegenüber ausdrücklich die Weiterleitung an die Franchisenehmer ausgeschlossen hat.³ Ähnlich argumentierten auch verschiedene Oberlandesgerichte im "Differenzrabatte"-Fall, dass die aus dem Franchise-Vertrag folgende Verpflichtung der Apollo-Zentrale zur Weitergabe von Vorteilen an die Einzelgeschäfte keine Leistungspflichten begründet.⁴ Jetzt aber entschied der BGH, dass "jedenfalls" aus der kundenfreundlichsten Auslegung (§ 305 c II BGB) der Unterstützungsklausel ein Leistungsanspruch auf Weiterleitung sämtlicher Einkaufsvorteile folge.

Das Ganze erscheint zunächst nur als ein Problem der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen und in diesem Rahmen als Frage der Unklarheitenregel des § 305 c II. Der Apollo-Vertrag enthielt die folgenden Formulierungen:

Ziff. 6.3: "Apollo 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 Diskrepanzen zwischen den Gerichtsurteilen ergeben sich jedoch sicherlich nicht aus den mehr oder weniger vagen Formulierungen solcher Unterstützungsklauseln in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen, selbst wenn die Gerichte gern die Frage als ein bloßes Auslegungsproblem formulieren. Auch aus praktischen Gründen macht es wenig Sinn, die Lösung des Rechtsproblems letztlich nur auf die Auslegung einer AGB-Klausel zu stützen. Denn es ist durchaus zu erwarten, dass nach der Entscheidung des BGH gerade solche Vorteilsweiterleitungsklauseln abgeschwächt oder ganz gestrichen werden – sofern die Franchisegeber über ausreichende Verhandlungsmacht verfügen –, so dass über kurz oder lang die Rechtsprechung die Frage neu entscheiden und dann auf die objektiven Strukturen des Franchisenetzes zurückgreifen muss. Letztlich ausschlaggebend sind die funktionalen Abhängigkeiten in den Markt-, Vertrags- und Organisationsbeziehungen der Beteiligten. Auch wenn die Allgemeinen Geschäftsbedingungen in den unterschiedlichsten Formulierungen solche Klauseln enthalten, sind diese doch sinnvoll nur aus dem Kontext ihrer Markt- und Organisationsbeziehungen auszulegen.

Wenn man hier nur die Frage sieht, wie eine Unterstützungsklausel auszulegen sei, lässt man Netzeffekte, die aus der Verbindung von bilateralen Verträgen zu

³ BGH NJW 1999, 2676.

⁴ OLG Düsseldorf WRP 2002, 238; OLG Bremen WRP 2002, 224.

einem Franchisesystem entstehen, systematisch unberücksichtigt.⁵ Rekonstruiert man aus den Argumenten der Gerichte, die einen Weiterleitungsanspruch verneinen, das darin vorausgesetzte Leitbild des Franchising, dann wird die nicht mehr adäquate kaufrechtliche Vorstellung von isolierten Vertragsbeziehungen zwischen drei selbständigen Handelsstufen erkennbar (Lieferant – Franchisegeber – Franchisenehmer).⁶ Die Lieferanten treten in isolierte bilaterale Beziehungen zum Franchisegeber, der aufgrund seiner wiederum isolierten bilateralen Beziehungen zu den Franchisenehmern über eine faktische Nachfragemacht verfügt, die er im Verhältnis zum Lieferanten einsetzt, um Einkaufsvorteile zu erhalten. Die vertikale Quasi-Integration im Franchisenetz kommt in diesem Leitbild überhaupt nicht in den Blick. Im Verhältnis zu seinen Abnehmern, den Franchisenehmern, ist dann der Franchisegeber wie selbstverständlich frei in der Entscheidung, ob und inwieweit er die von ihm ausgehandelten Rabatte an diese weiterleitet. Selbst wenn im bilateralen Franchise-Vertrag Aussagen zur Unterstützung oder zur Weitergabe von Vorteilen formuliert sein sollten, können daraus schwerlich Leistungspflichten entstehen, die vom Franchisegeber ausgehandelten Vorteile weiterzuleiten.⁷

Die Frage aber ist, ob die multilateralen Verknüpfungen im Franchise-System Netzeffekte erzeugen, die einen Weiterleitungsanspruch an die Mitglieder aus dem Vertragsverbund selbst begründen. So jedenfalls argumentiert in der Sache der BGH, der sich neben der Unklarheitenregel zugleich auf den Systemcharakter des Franchising beruft. Methodisch erreicht der BGH das Ergebnis über eine Auslegung der Klausel in Ziff. 6.3. der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Ein expliziter Rekurs auf die funktionalen Abhängigkeiten in den Markt- und Organisationsbeziehungen des F-Netzes war dabei nicht notwendig zu erwarten. Dennoch stellt der BGH bei der Auslegung zuerst auf legitime Erwartungen des Franchisenehmer ab, die sich aus "seiner Zugehörigkeit zu einem nachfragestarken Franchisesystem" ergeben. Damit wird deutlich das "System" selbst zum Bezugspunkt gemacht und entsprechend auf "Systemerwartungen" abgestellt. Jedenfalls der Tendenz nach zieht der BGH in seiner objektiven Auslegung die vertragliche Bilateralität übersteigende Aspekte der Vernetzung ("Franchisesystem") mit ein und eröffnet damit eine Argumentation, die auf Netzwerklogik und Netzwerkeffekte abstellt. Und erst anschließend benutzt der BGH zur Absicherung des Ergebnisses ("jedenfalls") die Unklarheitenregel des § 305cII BGB. Im Ergebnis sieht der BGH den Franchisegeber Apollo als verpflichtet an, sämtliche mit den Warenlieferanten ausgehandelten Einkaufsvorteile, insbesondere sämtliche Preisnachlässe, auch tatsächlich an die Franchisenehmer weiterzugeben.⁸

Bei voller vertikaler Integration des Vertriebssystems wäre die Weiterleitungspflicht eine Selbstverständlichkeit. Schon in der losesten Form der gesellschafts-

⁵ Zu Netzwerkeffekten und Verbundeffekten *Teubner*, Netzwerk als Vertragsverbund, 2004, 1. Kap. III, VI und 3. Kap. IV. Zu ihren Auswirkungen auf verschiedenen Rechtsgebieten *Lemley/McGowan*, California Law Review 1998, 479.

⁶ OLG Düsseldorf, WRP 2002, 235.

⁷ Nachweise Fn. 4.

⁸ BGH WRP 2003, 1448, 1450; OLG Frankfurt (Fn. 1).

rechtlichen Integration – z.B. in der Innengesellschaft, die bei einer Sammelbestellung entsteht – besteht eine Weiterleitungspflicht aller Einkaufsvorteile dessen, der die Sammelbestellung koordiniert, an die einzelnen Besteller.⁹ Erst recht ist dies bei Personal- und Kapitalgesellschaften der Fall. Wenn eine gesellschaftsrechtliche Beziehung zwischen Apollo und den Einzelhändlern bestanden hätte, dann wären die Einkaufsvorteile, die Apollo mit Hilfe der Nachfragemacht der Gesellschaft gegenüber den Lieferanten ausgehandelt hätte, kraft rechtlicher Zurechnung "automatisch" der Gesellschaft als solcher zugeflossen und ihre Verteilung unter den Beteiligten wäre nach den Gewinnverteilungsregeln der Gesellschaft abzuwickeln. Es wäre gesellschaftswidriges Verhalten, wenn Apollo auch nur einen Teil der Einkaufsvorteile einbehalten hätte oder gar sich ohne Wissen der anderen Gesellschafter von den Lieferanten im Nachhinein hätte auszahlen lassen. In der Tat wird – jedenfalls für bestimmte Konstellationen - die Qualifikation des Franchising als BGB-Gesellschaft vertreten,¹⁰ mit der Konsequenz, dass, wie immer auch Apollo nach außen hin aufgetreten wäre, aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Treupflicht der Franchisegeber zur Weiterleitung verpflichtet wäre.

Die Schwierigkeit des Falles besteht nun darin, dass das Franchiseverhältnis weder als Vielzahl isolierter Austauschverträge noch als BGB-Gesellschaft qualifiziert werden kann, sondern eine prekäre Sonderstellung "zwischen" oder gar "jenseits" von Vertrag und Organisation einnimmt.¹¹ Nimmt man dies ernst, dann heißt die grundsätzliche Frage: Hilft die Qualifikation des Franchisingnetzes als "Vertragsverbund" hier weiter?¹² Begründet die Verbindung der bilateralen Verträge zu einem "Franchisesystem" die Verpflichtung der Zentrale, sämtliche Einkaufsvorteile, die aufgrund der Nachfragemacht des multilateralen Verbundes erzielt worden sind, an die Mitglieder des Franchisenetzes weiterzureichen?¹³

II. Strukturwiderspruch: Bilateraler Austausch versus multilateraler Verbund.

⁹ Ausführlich zu den stellvertretungsrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Problemen von Sammelbestellungen K. Schmidt, JuS 1988, 444, 445ff.

¹⁰ Für das Franchising generell Baumgarten, Das Franchising als Gesellschaftsverhältnis, 1993, S. 114ff.; Kessal-Wulf, Die Innenverbände, 1995, S. 249ff.; für bestimmte Konstellationen des Franchising Martinek, Franchising, 1987, S. 231ff.; ders., Moderne Vertragstypen II, 1992, S. 78ff.; ders., ZHR 1997, 94ff.; ders., in: Dieter Ahlert (Hrsg.) Handbuch Franchising und Cooperation, 2001, S. 327ff.; Müller-Graff, JITE 1988, 141.

¹¹ Ausführlich zu den unterschiedlichsten Vorschlägen zur rechtlichen Qualifikation von Netzwerken Teubner (Fn. 5) 2. Kap. I – III.

¹² So mit eingehender Begründung Teubner (Fn. 5) 3. Kap. IV und V. Ebenso Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. 1997, S. 470; Amstutz, FS Rey, 2003, S. 174ff.; Amstutz/Schluep, Innominatverträge, 2003, S. 888ff. In der Sache bedeutet dies, die Kategorie des Vertragsverbundes, die von Gernhuber, Das Schuldverhältnis, 1989, 710ff., entwickelt, die später in unterschiedliche Sondergesetze übernommen und die schließlich in der Schuldrechtsreform in § 358 BGB positiviert worden ist, auf Franchisingssysteme und ähnliche Vertragsnetze auszuweiten.

¹³ Ausführlich zur Frage der Verbundpflichten im Netz anhand der Weiterleitungspflicht im Apollo-Fall, Teubner (Fn.4) 4. Kap.

Der Differenzrabatte-Fall ist exemplarisch für eine Entwicklung, in der hybride Netzwerke als Reaktion auf widersprüchliche Anforderungen des Marktes auftreten. Die internen Entscheidungen im Netz sind gleichzeitig den widersprüchlichen Anforderungen von bilateralem Austausch und multilateralem Verbund ausgesetzt.¹⁴ Ein wesentlicher Grund für die Widersprüchlichkeit der Verhaltenserwartungen ist die Ungewissheit wirtschaftlicher Akteure über die zukünftige Marktentwicklung. Sie zwingt die Parteien in langfristigen Austauschverträgen trotz antagonistischer Interessenorientierung eng aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, sei es hierarchisch erzwungen, sei es heterarchisch-kooperativ, zu entwickeln.¹⁵ Diese paradoxe Situation - das Spannungsverhältnis von Systembindung und Autonomie¹⁶ - spiegelt sich rechtlich in gesteigerten Verhaltenspflichten der Beteiligten. Auch wenn im normalen Austauschvertrag Treupflichten aus § 242 BGB bestehen, gehen diese nach der Handlungslogik des Tausches doch nie so weit, dass ein Vertragspartner Vorteile, die er mit Dritten ausgehandelt hat, an den anderen weiterreichen muss. Genau umgekehrt verhält es sich in genuinen Verbandsbeziehungen. Welche Anforderung soll dann aber gelten?

Traditionell wurde eine solche Kollision von Handlungslogiken stets über eine forcierte Entscheidung im Sinne eines Entweder-Oder gelöst. Die Vorschläge in der Literatur, Franchising entweder als Austauschvertrag oder aber als BGB-Gesellschaft zu qualifizieren, folgen dieser Tradition. Wie in unserem Fall die einander diametral widersprechenden Entscheidungen der Obergerichte zeigen, ist das Ergebnis die wohlbekannteste rigide Trennung zwischen Markt und Organisation, die von den gleichermaßen rigiden Vorschriften des Vertrags- und Gesellschaftsrechts abgestützt wurde. Jedoch unterdrückt die forcierte Dichotomie von Markt / Organisation, Vertrag / Gesellschaft eine angemessene Lösung. Sie zwingt dazu, ausschließlich auf die eine der einander widersprechenden Orientierungen zu setzen, während sie die andere in die Dunkelheit des Informalen abdrängt.

Ökonomische und soziologische Analysen haben immer wieder diesen Grundwiderspruch der Netzwerke herausgearbeitet.¹⁷ Sogar in Konstellationen wie dem Apollo-Fall, die die Außenbeziehungen eines Netzwerks betreffen, zeigt sich der Konflikt zwischen bilateralem Tausch und multilateralem Verbund. Einen Ausweg weist die komplizierte Handlungslogik der Netzwerke.

¹⁴ Zur Widersprüchlichkeit von Umwelтанforderungen als Ausgangspunkt der Netzwerkbildung Cameron/Quinn, in: Quinn/Cameron (Hrsg.) *Paradox and Transformation*, 1988, S. 1ff.; Buxbaum, *JITE* 1993, 701; Messner, *Die Netzwerkgesellschaft*, 1995; Reiß, *Zeitschrift Führung und Organisation* 1998, 224; Funder, *Paradoxien der Reorganisation*, 1999; Sauer/Lang, *Paradoxien der Innovation*, 1999; Luhmann, *Organisation und Entscheidung*, 2000, S. 375, 407ff.; Sydow/Windeler, in: Sydow/Windeler (Hrsg.), *Steuerung von Netzwerken*, 2000, S. 6ff.; Hirsch-Kreinsen, *Zeitschrift für Soziologie* 2002, 107.

¹⁵ Kulms, *Schuldrechtliche Organisationsverträge in der Unternehmenskooperation*, 2000, S. 227ff.

¹⁶ Böhner (Fn. 2), 109.

¹⁷ Eingehende Darstellung und Diskussion bei Teubner (Fn. 5) 2. Kap. III.

"'Kooperation' muss, wenn sie die funktionale Lücke zwischen ‚Markt‘ und ‚Hierarchie‘ schließen soll, die hochwirksamen Anreize des Marktmodells, die Produktions- und Kommunikationskostenvorteile transaktionsspezifischer Investitionen, die Zuverlässigkeit hierarchischer Transaktion und die Anpassungsvorteile lose geknüpfter Netzwerke miteinander verbinden. Diese Aufgabenbeschreibung scheint nun vordergründig nichts anderes zu sein als eine transaktionstheoretische Quadratur des Kreises. Grundlegend dafür ist die Widersprüchlichkeit der Anforderung, verschiedene Teilsysteme/Akteure in einem Interdependenzgefüge verlässlich zu koordinieren, ihnen dabei aber gleichzeitig die Möglichkeit zu eigenständigen Entscheidungen zu belassen bzw. sogar einzuräumen, d.h. Unsicherheit zuzulassen oder gar zusätzliche Risiken hinzunehmen".¹⁸

In der Organisationstheorie heißt der einschlägige Begriff "Enttotalisierung". Als Reaktion auf externe Paradoxien muss das Netzwerk enttotalisiert werden und "in seinen eigenen Institutionen und Funktionen die externe Diversität abbilden, um sie behandeln zu können". Damit wird verdeutlicht, dass mit ein und demselben Partner "antagonistische Beziehungen (hier: bilateraler Austausch versus multilateraler Kooperation, G.T.) gepflegt werden - was nur dann ein Paradox ist, wenn man sektorale und zeitliche Differenzierungen außer acht lässt und totalisiert".¹⁹ Empirische Untersuchungen konnten nun zeigen, dass eine Differenzierung, die auf interne Trennung und Rekombination von Tauschlogik und Kooperationslogik setzt, durchaus realisierbar ist. In erfolgreichen Unternehmensnetzwerken konnten die gleichen Akteure simultan die Logik des formalen Tausches in den "Austauschsektoren" Logistik, Qualität, Menge, Preis durchhalten und mit der Logik der vertrauensbasierten Zusammenarbeit in den "Verbundsektoren" Forschung und Entwicklung und gemeinsame Planung und Konstruktion kombinieren.²⁰ Strategien der "Enttotalisierung" zielen also darauf, auf die Totalität einer durchgängigen Handlungslogik zu verzichten und im Unternehmen neue interne Differenzen zu institutionalisieren. Netzwerkakteure werden damit gleichzeitig der Individualorientierung der Netzknoten und der Kollektivorientierung des Netzes ausgesetzt und mit der belastenden und entlastenden Anforderung versehen, situativ einen Ausgleich zu finden. Um den hier auftretenden Paradoxien zu entgehen, muss das Unternehmen "enttotalisiert", d.h. einer das Ganze umfassenden einheitlichen Handlungslogik entzogen, und *uno actu* als operative Einheit und als Vielheit autonomer Akteure institutionalisiert werden.²¹ Anders als Verträge oder Organisationen, die entweder die einfache Individualorientierung oder die einfache Kollektivorientierung aufweisen, entwickeln sich Netzwerke als neuartige Handlungssysteme, indem sie die soziale Doppelorientierung von Handlungen konstituieren. Vernetzung als Enttotalisierung heißt dann, externe Widersprüche zu internalisieren, sie als

¹⁸ *Semlinger*, in: Staehle/Sydow (Hrsg.), *Managementforschung* 3, 1993, S. 332.

¹⁹ *Neuberger*, in: Schreyögg (Hrsg.), *Funktionswandel im Management*, 2000, S. 207ff.

²⁰ *Bieber*, *Technikentwicklung und Industriearbeit*, 1997, besonders S. 124f.

²¹ In diesem Sinne *Neuberger* (Fn. 19), 209. Zur Entparadoxierung der *unitas multiplex* der Organisation *Luhmann* (Fn. 14), 30ff.

bloße Spannungen zu legitimieren, und schließlich zu ihrer situativen Auflösung durch innere Differenzierungen beizutragen.

III. Netzzweck als Maßstab von Verbundpflichten

Im Recht der Vertragsverbindungen wird hierfür der Zweckbegriff relevant, der, wie stets, nicht einfach Verhaltenspflichten auf ein konsentiertes Ziel hin instrumentell ausrichtet, sondern aus der Binnenperspektive des Unternehmens die innere Handlungslogik mit den Umweltaforderungen verknüpft.²² Gerade Netzwerke sind für ihre schwierigen internen Koordinationsprobleme auf solche System und Umwelt verbindenden "Leitbilder" angewiesen.²³ Die geeignete juristische Kategorie, die eine solche Handlungslogik der Netze aufzunehmen, sie institutionell abzustützen und ihre negativen Folgewirkungen abzuschwächen in der Lage ist, dürfte der eigenständige "Verbundzweck" oder "Netzzweck" sein, der sich vom "Vertragszweck" des Austauschvertrages wie von "Gesellschaftszweck" der privatrechtlichen Verbände markant unterscheidet. Hier zeigt sich, dass die von vielen Autoren geforderte deutliche Abgrenzung des Verbund- oder Netzzweckes vom Gesellschaftszweck tatsächlich ungemein praktische Bedeutung hat.²⁴ Allerdings ist es vergeblich, eine Unterscheidung zwischen einem "gemeinsamen" (Gesellschafts-) Zweck und einem bloß "einheitlichen" (Verbund-)Zweck vorzunehmen. Was den Verbundzweck vom Gesellschaftszweck unterscheidet, ist nicht das Kriterium gemeinsam/einheitlich, sondern seine Doppelorientierung an Verbund und an Vertrag in der einheitlichen Zweckformel. Die verbindliche Orientierung der Binnenkoordination an einem rechtlich fixierten Verbund- oder Netzzweck verbietet es, den Konflikt einseitig austauschvertragsrechtlich, aber auch ebenso einseitig gesellschaftsrechtlich zu "totalisieren". Als Rechtskategorie nimmt der Verbundzweck also explizit die Widersprüchlichkeit zwischen individuellen und kollektiven Elementen der Netzwerke auf.

Die zentrale Leistung des Verbundzwecks besteht danach darin, dass der unauflösbare Widerspruch, der von der Umwelt an das Netzwerk herangetragen wird, im Inneren des Netzwerkes in ein tragbares Gegeneinander von verschiedenen Ebenen und Subsystemen, von Netzwerkknoten, Netzwerkrelationen, Netzwerkzentrale und Gesamtvernetzung übersetzt wird.²⁵ Eine genauere Faktorisierung des Verbundzweckes muss genau diese Aufgabe erfüllen: *über interne Differenzierung*

²² Den Zusammenhang von externen Marktrisiken und internen Organisationsrisiken in komplexen Schuldverträgen stellt *Kulms* (Fn. 15), S. 193ff., 227ff. explizit über den Zweckbegriff her.

²³ Eine aufschlussreiche Analyse zu ihrer Integrationswirkung in Netzwerken bietet *Abel*, in: *Weyer* (Hrsg.), *Soziale Netzwerke*, 2000, S. 163ff.

²⁴ Von einem eigenständigen Netzzweck oder Verbundzweck gehen aus *Larenz/Wolf* (Fn. 12), S. 470; *Rohe*, *Netzverträge*, 1998, S. 358ff., 407ff., 437ff.; *Krebs*, *Sonderverbindung und außerdeliktsche Schutzpflichten*, 2000, S. 315; *Bayreuther*, *Wirtschaftlich-existential abhängige Unternehmen im Konzern-, Kartell- und Arbeitsrecht*, 2001, S. 289; *Lange*, *Virtuelle Unternehmen*, 2001, S. 81ff.; *Schimansky*, *Der Franchisevertrag nach deutschem und niederländischem Recht*, 2003, S. 113, 125, 167.

²⁵ *Semlinger*, (Fn. 18), S. 332.

gen von zeitlichen, sozialen oder sachlichen Handlungssektoren ursprünglich widersprüchliche Anforderungen in situationsabhängig eindeutige Verhaltenserwartungen zu übersetzen. Das bedeutet für unsere Fragestellung, dass innerhalb des Netzwerkes Handlungsbereiche zu unterscheiden sind, in denen der Zweckbegriff entweder die Dominanz der Handlungslogik des Vertrages oder die des Verbundes diktiert. Aber damit ist keine rigide Abschottung rein "individualistischer" Vertragsbereiche und rein "kollektivistischer" Verbundbereiche gemeint. Das wäre nur das Ergebnis der Kombinationstheorie bei gemischten Verträgen, das Netzwerken nicht gerecht wird.²⁶ Diese Theorie, die gemischte Verträge streng nach Sachbereichen trennt und dann je nach Sachbereich eine unterschiedliche Qualifikation vornimmt,²⁷ versagt bei Netzwerken. Sie müsste innerhalb des Netzes strikt zwischen vertragsrechtlich verfassten und gesellschaftsrechtlich verfassten Sachbereichen unterscheiden. Zwar lassen sich beim Franchising Individualaktivitäten (Verkauf) von Kollektivaktivitäten (Werbung, Strategie, Ausstattung, gemeinsame Regeln) trennen. Aber dann würde man nicht der Besonderheit des Franchising gerecht, der gerade auch die Individualaktivitäten an das Netzinteresse bindet und die Kollektivaktivitäten auf die Einzelinteressen der Franchisees bezieht. Beide stehen, auch wenn sie sich trennen lassen, je unter der typischen Doppelbindung von Eigenzweckverfolgung und Vergemeinschaftung.²⁸ Trotz der Primärorientierung in einem Bereich ist jeweils ein Wiedereintritt der Sekundärorientierung nötig. In den Vertragsbereichen ist auf den Verbund in einer Sekundärorientierung Rücksicht zu nehmen. In den Verbundbereichen ist die vertragliche Sekundärorientierung zu berücksichtigen. Konkret: auch wenn Situationen von individueller oder kollektiver Primärorientierung zu identifizieren sind, sind die Akteure dennoch gehalten, in Bezug auf die gleiche Handlung individuelle Geschäftszwecke zu verfolgen und zugleich das kollektive Netzinteresse zu verwirklichen.

Die juristische Formel heißt also: Eine situative Konkretisierung des Verbundzweckes im Netzwerk wird Situationen, in denen gesteigerte Treupflichten des Verbundes ("Verbundpflichten") bestehen, von solchen unterscheiden, in denen nur die üblichen Treupflichten des Austauschvertrags bestehen, wobei zugleich beide Pflichten jeweils mit Rücksicht auf die anderen zu modifizieren sind. Die Aufgabe besteht darin, Treupflichten im Vertragsbereich von den gesteigerten Treupflichten im Verbundbereich zu trennen. Dabei ist zu beachten, dass die Verbundpflichten nicht einfach mit gesellschaftsrechtlichen Treupflichten gleichzusetzen sind, vielmehr ihrerseits einen "dezentralen" Bias aufweisen. Diese Differenzierung von Verbundbereich und Vertragsbereich ist verwandt, aber nicht identisch mit der gesellschaftsrechtlichen Unterscheidung von "eigennützigem" und "fremdnützigem" Gesellschafterpflichten, die einen Bereich strikt kollektiver Orientierung von einem Bereich primärer Individualorientierung mit sekundärer Kollektivorientierung

²⁶ Dazu genauer *Teubner* (Fn. 5) 2. Kap. IV.

²⁷ Dazu *Gernhuber* (Fn. 12), S. 162f.

²⁸ Dazu ausführlich *Baumgarten* (Fn. 10), S. 170ff.

trennt.²⁹ Im Gesellschaftsrecht sind als eigennützige Rechte nur das Stimmrecht, das Informationsrecht und das Kündigungsrecht anerkannt, niemals jedoch das Recht zu Geschäftsführung und Vertretung. Im Recht der Netzwerke jedoch ist das Äquivalent zur Geschäftsführung und zur Vertretung im Vertragsbereich als eigeninteressierte Handlungen der Netzmitglieder eindeutig legitimiert. Die Unterschiede ergeben sich klar aus der oben angesprochenen Differenz des Netzes zum Kollektiv: der durchgängigen Kombination von Autonomie und Verbund. Dieser Kombination gerecht zu werden, ist das Ressourcen-Pooling über Gesamthand oder Juristische Person weniger geeignet als die vertragliche, gesetzliche und richterrechtliche Statuierung von Verbundpflichten, die situationsabhängig die Feinsteuerung von Autonomie und Verbund übernehmen. Die Verbundpflichten sichern den Netzzweck, ermöglichen richterliche Korrekturen des Vertrages und eröffnen erweiterte Abbruchmöglichkeiten.³⁰

Der Verbundzweck wird damit zum übergreifenden Maßstab für die Konstituierung von gesteigerten Treupflichten im Innenverhältnis, die aus der multilateralen Vernetzung von bilateralen Austauschverträgen entstehen. Hier sind wiederum zwei Dimensionen deutlich zu trennen: Dauerschuldverhältnis und Vernetzung.³¹ Sofern schon im bilateralen Vertrag antagonistische Austauschbeziehungen von Kooperation überlagert wird, entstehen gesteigerte Treupflichten, die in der Dogmatik des Dauerschuldverhältnisses abgebildet werden. Dies soll, da im Prinzip unbestritten, hier im Einzelnen nicht vertieft werden. Hier interessiert der eher kontroverse Aspekt der multilateralen Vernetzung. Welche gesteigerten Treupflichten entstehen dadurch, dass im Netzwerk Vertragsbereiche von Verbundbereichen überlagert werden? Gehen sie gar so weit, dass Netzvorteile von der Zentrale an die Mitglieder weitergeleitet werden müssen? An dieser Stelle tritt die Kategorie des Verbundzwecks oder Netzzwecks in seine eigentliche Funktion. Der Verbundzweck ist die Rechtskategorie für das Einzelinteressen übergreifende Fortsetzungsinteresse des Netzwerks und seiner Synergien.³²

IV. Verbundpflichten als intensivierete Treupflichten

Der genaue Umfang solcher netzspezifischer Loyalitätspflichten ist nur situativ zu bestimmen.³³ Ihre Besonderheit besteht darin, dass die Vernetzung im Verbund-

²⁹ Zur Unterscheidung eigennütziger/fremdnütziger Gesellschafterrechte *Ulmer*, Münchener Kommentar, 4. Aufl. 2004, § 705, Rn. 196, 226, 231ff.; OLG Frankfurt NJW-RR 1995, 421, 422.

³⁰ In diese Richtung einer gleichsam kompensatorischen Äquivalenz der Treupflichten im Verhältnis zu genuin verbandsrechtlichen Organisationsregelungen argumentiert auch *Kulms* (Fn. 15), S. 231, 261.

³¹ *Rohe* (Fn. 24), S. 438f. und öfter unterscheidet ähnlich zwischen "netzwirksamen" und "bipolaren" Pflichtenlagen.

³² In systemtheoretischer Sicht hat dies *Amstutz* (Fn. 12) S. 174ff., der für eine juristische Übersetzung über "netzfunktionale Kriterien" plädiert, deutlich herausgearbeitet.

³³ Ausführlich zu den gesteigerten Treupflichten in Netzwerken *Bayreuther* (Fn. 24), S. 176ff.; *Stofels*, Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge, 2001, S. 262ff.; siehe besonders den Verhaltenskodex für Franchising vom 1.1.1992, der der Gruppenfreistellungsverordnung beigefügt ist, VO Nr.

bereich die üblichen Treupflichten wie sie im normalen Austauschvertrag, aber auch die gesteigerten Treupflichten, die im Dauerschuldverhältnis entstehen, qualitativ verändert. Diese Besonderheit macht sich nicht nur für die im Apollo-Fall relevanten Weiterleitungspflichten bemerkbar, sondern ist für eine ganze Reihe von Treupflichten typisch, die in Netzwerken eine eigenartige Intensivierung durchmachen.

So erfahren Informationspflichten der Netzzentrale, die im bipolaren Dauerschuldverhältnis gegenüber dem normalen Austauschvertrag schon deutlich intensiviert werden, in multilateralen Netzwerken nochmals eine Steigerung. Es geht in der Sache darum, den Informationsstand innerhalb des Verbundbereichs auf ein hohes Niveau zu bringen und die einmal erreichte Standardisierung auch aufrechtzuerhalten, um die Funktionsfähigkeit des Leistungsverbundes zu gewährleisten. Das gilt für Franchising in besonderem Maße, da es hier entscheidend darauf ankommt, einen einheitlichen Leistungsstandard im Gesamtsystem, das die lokalen Besonderheiten übergreift, aufrechtzuerhalten.³⁴ Das ist nicht nur eine Frage der Außenwerbung für ein einheitliches Image, wie es meist dargestellt wird, sondern eine interne Anforderung an Standardisierung, weil positive Netzwerkeffekte, also die Erreichbarkeit aller Knoten zu gleichen Bedingungen, erzielt werden sollen.³⁵ Das kann im Ergebnis sogar dazu führen, dass die Zentrale sozusagen kompensatorisch auf einen nochmals gesteigerten Standard der Information verpflichtet ist, wenn ein einzelnes Netzmitglied erkennbar nicht den für den Netzbetrieb notwendigen Informationsstand aufweist. Maßstab für das Ausmaß der Informationspflichten ist der zu erreichende einheitliche Leistungsstandard, der das Ausmaß der Informationspflichten gegenüber bloßen bipolaren Dauerschuldverhältnissen deutlich ansteigen lässt.³⁶ Korrelat von Informationspflichten sind Geheimhaltungspflichten gegenüber Dritten.³⁷ Eine netzwerktypische Risikosteigerung besteht darin, dass aufgrund der engen Verflechtung der Handlungsbereiche von Zentrum und Knoten den Beteiligten zwangsläufig Informationen zugänglich werden, an deren Geheimhaltung gegenüber Dritten ein dringendes Interesse besteht.

Die Pflicht zur Gleichbehandlung, die im Privatrecht unter Voraussetzungen einer Gruppenstruktur, also insbesondere im Arbeitsrecht, Verbandsrecht und Gesell-

4087/88 vom 30.11.1988, abgelöst durch VO Nr. 2790/1999 Nr. L 336/21; *Rohe* (Fn. 24), S. 437ff.; *Möller*, AcP 2003, 319.

³⁴ Zu einzelnen Informationspflichten in Netzwerken OLG München BB 1988, 865; OLG München NJW 1994, 776; OLG Hamm NJW-RR 1994, 243, 244. Dazu allgemeiner *Martinek* (1987) (Fn. 10), S. 314; *ders.*, (1992) (Fn. 10), S. 87; *Böhner*, NJW 1994, 635ff.; *Braun*, NJW 1995, 504ff.; *Vom Dorp*, Wirtschaftsrechtliche Beratung, 1995, S. 285ff.; *Emmerich*, JuS 1995, 761ff., 763; *Rohe* (Fn. 24), S. 424, 438f.; *Stoffels* (Fn. 33), S. 264.

³⁵ Zum Zusammenhang von Netzwerkeffekten und Standardisierung *Lemley/McGowan* (Fn. 5), S. 55ff.

³⁶ *Rohe* (Fn. 24), S. 438f.

³⁷ Dazu *Zirkel*, NJW 1990, 349; *Steinmann*, BB 1993, 873ff.; *Lange*, Das Recht der Netzwerke, 1998, S. 104, 215, 378; *Rohe* (Fn. 24), S. 406; *Wellenhofer-Klein*, Zulieferverträge im Privat- und Wirtschaftsrecht, 1999, S. 164f., 183.

schaftsrecht, über die Maßstäbe des wettbewerbsrechtlichen Diskriminierungsverbot hinaus gilt,³⁸ muss auch im Verhältnis von Netzzentrum zu den Netzteilnehmer gelten.³⁹ Der Umfang der Umstände, die in das Gebot positiver Gleichbehandlung einbezogen werden, ist umso größer, je größer der eigentliche Verbundbereich ist, in dem die Mitglieder integriert sind.⁴⁰ Während gegenüber einfachen Handelsvertretern kein Gleichbehandlungsgebot gilt,⁴¹ ist dies schon anders, wenn der Hersteller ein eigenes Vertriebsnetz aufbaut und darin seine Handelsvertreter straff einbezogen hat.⁴² Erst recht gilt dann das Gleichbehandlungsgebot in Vertragshändler- und Franchising-Netzen.⁴³

Die Vernetzung fügt den Gleichbehandlungspflichten wieder eine besondere Qualität hinzu. Denn die Einheitlichkeit des Leistungsniveaus im Gesamtnetz, welche die allseitige Relationierung als Netzwerkeffekt ermöglichen soll, erfordert die Gleichbehandlung der verschiedenen Netzknoten. Der rechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz als Gegenstück zum Weisungsrecht der Zentrale kompensiert im Verbundbereich die zentrifugalen Tendenzen, die durch die Autonomie der Knoten bedingt sind. Insbesondere gilt der Gleichbehandlungsgrundsatz bei unvorhersehbar eingetretenen Leistungsengepässen der Zentrale. Hier müssen alle Systembeteiligten anteilige Bezugsrechte erhalten.⁴⁴ Der Gleichbehandlungsgrundsatz dürfte in bestimmten Konstellationen sogar gegenüber unterschiedlichen Gruppen im dualen System, also im Verhältnis der Franchisenehmer zu den eigenen Vertriebsstellen des Franchisegebers, gelten, jedenfalls soweit es zur Erzielung von Netzwerkeffekten in den Außenbeziehungen zu den Kunden erforderlich ist.

Eine ähnliche Intensivierung erfahren die Treupflichten der Netzteilnehmer gegenüber dem Zentrum. Denn diese wandeln sich unter den Einfluss von Netzwerkeffekten zu Loyalitätspflichten gegenüber dem Gesamtnetz.⁴⁵ Dies bedingt eine weitgehende Unterwerfung unter Weisungen und Maßnahmen der Netzzentrale im Verbundbereich, die freilich mit der prinzipiellen Autonomie der Knoten in Bezug

³⁸ Dazu die Klassiker *Raiser*, ZHR 1948, 75ff.; *Hueck*, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, 1958; zur heutigen Rechtslage *Ulmer*, Münchener Kommentar, 4. Aufl. 2004, § 705, Rn. 244ff.

³⁹ *Ulmer*, Der Vertragshändler, 1969, S. 380ff., 437; *Rohe* (Fn. 24), S. 478f.; *Lange* (Fn.37), S. 322, 612; *Kulms* (Fn. 15), S. 253; *Rohe* (Fn. 24), S. 441.

⁴⁰ *Lange* (Fn.37), S. 322.

⁴¹ BGH BB 1971, 584. Allerdings hatte schon das RG eine Pflicht zur "verhältnismäßigen" Berücksichtigung der Aufträge aller Handelsvertreter bei eingeschränkten Liefermöglichkeiten angenommen, RG JW 1914, 403, 404.

⁴² *Hopt*, ZIP 1996, 1533ff., 1538f.

⁴³ Vgl. *Martinek* (Fn. 10), S. 99, der die individualrechtliche Orientierung des Absatzmittlungsrechts kritisiert.

⁴⁴ So mit Recht *Rohe* (Fn. 24), S. 441, 478, der aber sonst eine (zu) restriktive Geltung des Gleichbehandlungsgebots für "pathologische Fälle der Vertragsabwicklung" vertritt.

⁴⁵ Zu den intensivierten Treupflichten in Kooperationsverträgen *Lange* (Fn. 37), S. 425f.; *ders.*, (Fn. 24), S. 180f.; *Wiedemann/Schultz* ZIP 1999, 1, 4; *Kulms* (Fn. 15), S. 231ff.

auf Eigentum, Verlustrisiken und Gewinnchancen nur schwer zu vereinbaren ist. Die Unterwerfung ist immer dann zu rechtfertigen, wenn die Erzielung von Netzwerkeffekten dies verlangt. Im Franchising bedingt dies ein ungewöhnlich hohes Ausmaß an Standardisierung.⁴⁶ Erst dadurch wird verständlich, dass, wie im bekannten MacDonald-Fall geschehen, schon eine minimale Abweichung von den Einheitsstandards der Zentrale, sofern sie wiederholt erfolgt (Unterschreitung der Grilltemperatur in vier entdeckten Fällen), eine Kündigung des Franchiseverhältnisses rechtfertigt.⁴⁷ In normalen Austauschverträgen, aber auch in gesellschaftsrechtlichen Verhältnissen wäre eine solche Rigidität nicht zu rechtfertigen, weil hier kein solcher multilateraler Standardisierungszwang besteht.

Netzwerkeffekte bringen schließlich auch eine Modifizierung an sich gegebener Kündigungsrechte der Netzteilnehmer wie auch der Zentrale mit sich.⁴⁸ Ein Netzteilnehmer ist danach verpflichtet, eine längere Kündigungsfrist einzuhalten, nicht nur wie in Dauerschuldverhältnissen, wenn die normale Frist dem Vertragsgegner unzumutbar ist, sondern gerade unter dem Aspekt der Multilateralität, wenn sie das Gesamtnetz, also auch die anderen Teilnehmer, unzumutbar belasten würde. Positivrechtliche Grundlage für solche Kündigungsschranken sind die §§ 627II, 671II, 723II BGB, die eine ordentliche Kündigung zur Unzeit ausschließen. Gegenüber sehr viel schärferen Maßnahmen gegen opportunistisches Verhalten der Franchisenehmer, etwa dem vertraglich auferlegten Zwang zu beziehungspezifischen Investitionen stellt dies eine Verpflichtung dar, die in Bezug auf den Netzzweck den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes entspricht.⁴⁹ Der Netzzweck dient freilich zugleich als Grenze der Loyalitätsanforderungen gegenüber der Zentrale. In der Rechtsprechung zur Schockwerbung von Bennetton wurde deutlich, dass trotz der extremen Zentralisierungstendenzen im Franchising die Franchisenehmer einheitliche Werbemaßnahmen der Zentrale dann nicht zu dulden brauchen, wenn sie die Absatzchancen im Gesamtverbund schädigen.⁵⁰

V. Profit sharing als Verbundpflicht?

Diese kurze Übersicht hat deutlich gemacht, wie die Vernetzung von bilateralen Verträgen die Loyalitätspflichten der Partner gegenüber den üblichen Treupflichten qualitativ und quantitativ steigert. In diesem größeren Zusammenhang muß der Apollo-Fall gesehen werden. Er stellt eine der schwierigsten Fragen zu den ge-

⁴⁶ Rohe (Fn. 24), S. 415, 444f.; Bayreuther (Fn. 24), S. 378ff.

⁴⁷ BGH NJW 1985, 1894. Im Ergebnis war aber das Kündigungsrecht verwirkt. Dazu Böhner NJW 1985, 2811ff.

⁴⁸ Dazu Ulmer, FS Möhring, 1975, S. 295ff., 307; Oetker, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, 1994, S. 314; Jickeli, Der langfristige Vertrag, 1996, S. 320; Lange (Fn. 37), S. 600f.; Kulms (Fn. 15), S. 243f.; Schimansky (Fn. 24), S. 187ff.

⁴⁹ Zu beziehungspezifischen Investitionen Klein/Saft, Journal of Law and Economics Contracts 1985, 352.

⁵⁰ BGHZ 130, 196; BGH NJW 1995, 2490, 2492. Freilich sind hier die Kausalitätsprobleme kaum zu bewältigen.

steigerten Loyalitätspflichten im Netz. Verlangt der Netzzweck in Differenz-Rabatte-Fällen von der Zentrale, dass sie die erzielten Einkaufsrabatte an alle Franchisenehmer weiterreichen muss? Allgemeiner: Bedingt der Netzzweck eine Pflicht der Zentrale zur Weitergabe aller Netzvorteile an die Netzteilnehmer? Diese Frage stellt sich, wie oben schon erörtert, nicht nur als Problem der Auslegung von Unterstützungsklauseln in den Franchiseverträgen, sondern als generelles Strukturproblem von Netzwerken.

Wie gesagt ist es mit einer quasi-gesellschaftsrechtlichen Zurechnung der Vorteile auf den Verbund nicht getan. Denn mit der Kategorie des Netzzwecks wird nicht nur der Unterschied zum Austauschzweck, sondern auch der Unterschied zum Gesellschaftszweck institutionalisiert. In Netzwerken gilt nicht einfach der Vorrang des Kollektivinteresses vor den Einzelinteressen wie im Gesellschaftsrecht, sondern das Prinzip des "profit sharing", das aus ökonomischer Sicht die Sonderstellung der Netzwerke gegenüber Vertrag und Organisation ausmacht.⁵¹ Während im Gesellschaftsrecht die Pflicht zur Orientierung am Verbandsnutzen besteht, gibt es im Netz geradezu eine Rechtspflicht zur Ausnutzung der Kombination dezentraler und zentraler Komponenten der Nutzenorientierung. Dies Prinzip ist schon in der Dezentralität der Netzwerkorganisation selbst institutionalisiert und spiegelt sich auch in seiner Rechtsform als eine Vielzahl von bilateralen Verträgen. Darüber hinaus aber ist es die Sonderfunktion des Netzzwecks, dass sie besonders die Netzzentrale dazu verpflichtet, die Kombination von zentralen und dezentralen Nutzenorientierungen aufrechtzuerhalten. In hohem Maße wird damit eine Rücksichtnahme des Zentrums auf Einzelinteressen der Knoten verlangt, eine Förderpflicht zugunsten der Knoten, die durchaus nicht immer den Interessen des Zentrums selbst, wohl aber dem Interesse des gesamten Netzes entspricht.

Hier hilft ein Seitenblick auf das Recht der Just-in-time-Lieferbeziehungen weiter. Denn eine Pflicht zum profit sharing wird nicht nur im Franchising, sondern auch - und besonders ausgeprägt - in Just-in-time virulent. Die ganze Institution verliert ihre spezifischen Produktivitätsvorteile, wenn sie als bloße Preisstrategie des fokalen Unternehmens verstanden wird, das nur seine Kosten zu Lasten der Zulieferer minimieren sucht.⁵² Die am japanischen Vorbild orientierten Just-in-time-Systeme lassen sich von der idée directrice einer situationsabhängigen Gewinnteilung zwischen Zulieferern und Herstellern führen: Das fokale Unternehmen steuert im gesamten Prozess des Netzwerks die stoffliche Seite (Forschung und Entwicklung, Konstruktion, Qualitätssicherung, Logistik) und die wertmäßige Seite (Lieferbedingungen, Preise). Zugleich sorgt es für eine faire Aufteilung der gemeinsam produzierten Werte, die sich nicht a priori festlegen lässt, sondern je si-

⁵¹ Zum netztypischen profit sharing aus ökonomischer Sicht *Brickley/Dark*, *Journal of Financial Economics* 1987, 411ff.; *Norton*, *The Journal of Business* 1988, 202ff.; *Dnes*, in: Joerges (Hrsg.), *Franchising and the Law*, 1991, S. 134ff.

⁵² Eine ausführliche institutionelle Analyse der intensiven Kooperationserfordernisse bei Just-in-time bis hin zu Fragen der Gewinnteilung findet sich bei *Lange* (Fn. 37), S. 43ff. Gute Beobachtungen der Verrechtlichung dieser Kooperationsbeziehungen aus sozialwissenschaftlicher Sicht bei *Casper*, in: *Hall/Soskice* (Hrsg.), *Varieties of Capitalism*, 2001, S. 397ff.

tuativ zu entscheiden ist.⁵³ "Die Systemzulieferer müssen so autonom arbeiten können, dass sie ihre Organisation optimal gestalten, und gleichzeitig muss die Gewinnverteilung unkompliziert und ‚gerecht‘ abgewickelt werden."⁵⁴ Dieser Aspekt einer flexiblen und zugleich "gerechten" Verteilung von Kosten und Erträgen wird besonders in der organisationswissenschaftlichen Literatur geradezu als Funktionsvoraussetzung von Just-in-time-Systemen herausgestellt.⁵⁵ In der Realität beeinflussen freilich Machtpotentiale den Prozess des profit sharing. Gerade deshalb muss Kooperation als eigene Produktivkraft aufrechterhalten werden, die über Anreiz oder Oktroi die gemeinsame Produktivität steigert. Entsprechend ist die Aneignung der Gewinne, die aus gemeinsam erzeugten Produktivitätssteigerungen stammen, ein permanent sich verändernder konfliktreicher und antagonistischer Prozess.⁵⁶ Um die schwierigen Vermittlungen des Paradoxes antagonistischer Kooperation und asymmetrischer Dependenzbeziehungen zu ermöglichen, sind entsprechend rechtliche Institutionalisierungen erforderlich. Sie haben in den in Just-in-time regelmäßig vereinbarten und situativ praktizierten gemeinsamen Preis- und Gewinnermittlungsgrundsätzen ihre privatautonome Grundlage.⁵⁷ Im Unterschied zu partiarischen Rechtsverhältnissen wird häufig der Systemlieferant bzw. andere Netzbeteiligte als nicht am Umsatz, sondern als am Gewinn beteiligter Vertragspartner juristisch qualifiziert.⁵⁸ Die rechtliche Fixierung von netzweckorientierten Gewinnteilungspflichten dürfte in Just-in-time-Netzen wesentlich dazu beitragen, dass die Produktivität von stabilen Kooperationsbeziehungen bei der unternehmensübergreifenden Organisation aufrechterhalten wird.⁵⁹ Damit ist gewährleistet, dass die Hersteller ihr Absatzrisiko nicht einseitig auf die Zulieferer abwälzen können. Zugleich sind damit aber auch bei ungünstiger Marktlage Anpassungen des "Gewinnanteils" des Zulieferers nach unten möglich.⁶⁰

Zurück zu Franchise-Systemen: Hier taucht die Gewinnverteilungsproblematik, wie der Apollo-Fall deutlich macht, besonders dann auf, wenn die Zentrale in bestimmten Außenbeziehungen des Netzes den Verbundvorteil gegenüber dem externen Vertragspartner ausspielen kann und es ihr gelingt, für das Netz als Ganzes bessere Bedingungen auszuhandeln, die dann in den Einzelverträgen mit den Fran-

⁵³ *Bieber* (Fn. 20), S. 122ff.

⁵⁴ *Lange* (Fn. 37), S. 51.

⁵⁵ *Sydow/Windeler/Krebs/Loose/von Well*, Organisation von Netzwerken, 1995, S. 80ff.

⁵⁶ *Bieber/Sauer*, in: *Mendius/Wendeling-Schröder* (Hrsg.), *Zulieferer im Netz*, 1991, S. 228ff.; *Bieber*, in: *Malsch/Mill* (Hrsg.) *ArBYTE: Modernisierung der Industriesoziologie?*, 1992, S. 271ff.; *ders.*, (Fn. 20), S. 121ff.; *Pohlmann/Apelt/Buroh/Martens*, *Industrielle Netzwerke*, 1995.

⁵⁷ Dazu *Kulms* (Fn. 15), S. 129, 248 m.w.N.

⁵⁸ *Mack*, *Neuere Vertragssysteme in der Bundesrepublik Deutschland*, 1975, S. 143; *Kulms* (Fn. 15), S. 248.

⁵⁹ Dass dies nicht nur ein Desiderat ist, sondern ein zu beobachtender Trend der Rechtsprechung, zeigen besonders die Analysen von *Casper* (Fn. 20), S. 397ff., welche die Orientierung der Gerichte an der Produktivität von branchenweiten innovativen Vertragsregimes, besonders Just-in-time, herausstellen.

⁶⁰ *Kulms* (Fn. 15), S. 249.

chisenehmern realisiert werden. Das sind im Wesentlichen, wie in den Differenzrabatte-Fällen, günstige Einkaufsbedingungen, etwa in Form von Mengenrabatten. Aber häufig werden Franchise-Systemen auch günstigere Kredite von Finanzinstituten aufgrund der Finanzlage des Gesamtnetzes eingeräumt. Auch Lieferantenkredite werden großzügiger gegeben, wenn die Erwartung besteht, dass sich der Erfolg des Systems beim einzelnen Franchisenehmer realisiert.⁶¹ Häufig werden auch Werbezuschüsse von Produzenten an die Franchisezentrale gezahlt, deren Waren von der Gesamtheit der Franchisenehmer erfolgreich vermarktet worden sind. Auch hier stellt sich die Frage, ob diese Zuschüsse vollständig an die Franchisenehmer weitergeleitet werden müssen.⁶²

Was bedeutet dies für den Verbundvorteil im Differenzrabatte-Fall? Hier nur auf die Auslegung von einschlägigen AGB-Klauseln abzustellen, macht, wie oben schon gesagt, nur für eine Übergangszeit Sinn. Spätestens dann, wenn die AGBs an die neue Rechtsprechung des BGH dadurch "angepasst" werden, dass Weiterleitungspflichten abgeschwächt, ganz gestrichen oder ausgeschlossen werden, ist die Rechtsprechung gezwungen, die Frage aufgrund von objektiven Vertriebsstrukturen zu entscheiden. Eine Änderung der AGBs ist freilich in solchen Dauerbeziehungen wie Franchising immer nur mit Zustimmung der Gegenseite möglich. Sofern jedoch asymmetrische Machtbeziehungen bestehen, kann die Franchise-Zentrale ihre Änderungswünsche leichter durchsetzen. In der Tat sind gerade im Apollo-Fall die Weiterleitungsklauseln sofort nach Prozesseröffnung zuungunsten der Franchisenehmer abgeändert worden. Sollten in Zukunft Weiterleitungspflichten schlicht gestrichen werden, dann ist aufgrund objektiven Rechts zu entscheiden, ob die Treupflichten des Franchisegebers eine Weiterleitungspflicht für Rabatte einschließen. Spätestens dann wird der Netzwerkcharakter von Franchising-Systemen rechtlich relevant. Sollte die Formularpraxis gar dazu übergehen, die Weiterleitung von Rabatten explizit auszuschließen, dann stellte sich das Problem der richterlichen AGB-Kontrolle nach § 307 BGB. Eine unangemessene Benachteiligung wird man jedenfalls dann annehmen müssen, wenn der Franchisegeber die Franchisenehmer mit einer Bezugspflicht belegt hat und dennoch die Einkaufsrabatte nicht vollständig weiterleitet. Wie oben schon gesagt, hat der BGH im Apollo-Urteil zwar das Urteil auf die Unklarheitenregel bei der Auslegung der Förderungsklausel gestützt, aber dennoch die Argumentation in Richtung auf objektive Netzwerkstrukturen geöffnet. Entscheidend sind nach dem BGH die legitimen Erwartungen des Franchisenehmers, die sich aus "seiner Zugehörigkeit zu einem nachfragestarken Franchisesystem" ergeben.

Damit wird der Netzzweck auch hier zum ausschlaggebenden Kriterium. Wie oben gezeigt stellt der Netzzweck die Zentrale situationsabhängig unter die gesteigerte Verpflichtung zur Förderung des Gesamtnetzes, soweit sie nicht bloß im austauschvertraglichen Bereich, sondern im Verbundbereich handelt. Im Apollo-Fall ist

⁶¹ Weber JA 1983, 349; Bayreuther (Fn. 24), S. 380.

⁶² Siehe OLG München WiB 1997, 1109; OLG Stuttgart 16.2.2001 – 2 U 218/99; BGH 17.7.2001 - VIII ZR 59/01. Dazu allgemein Böhner (Fn. 2), 109ff.

der Verbundbereich in den Einkaufsverhandlungen der Zentrale gleich doppelt tangiert. Erstens: Die Bestellung erfolgt nicht für den Eigenbedarf der Zentrale und ihrer Vertriebsstellen, sondern für den Gesamtverbund, also auch für den Beschaffungsbedarf der einzelnen Franchisenehmer. Zwar tritt die Zentrale nicht als unmittelbarer Stellvertreter für die Franchisenehmer auf. Diese schließen ihre Kaufverträge selbständig und im eigenen Namen mit den Lieferanten. Aber die Zentrale vereinbart (im eigenen Namen) einen Rahmenvertrag mit den Lieferanten für das Franchisesystem. Der BGH hat in der Apollo-Entscheidung deutlich gemacht, dass die "Differenzrabatte Teile der Preisnachlässe sind, die die Beklagte mit den Lieferanten auch für die Einkäufe ihrer Franchisenehmer ausgehandelt, aber nicht an diese weitergegeben hat."⁶³ Die Konstellation rückt damit in die Nähe der mittelbaren Stellvertretung. Als Treuhänder der Franchisenehmer schließt die Zentrale im eigenen Namen, aber im Interesse und auf Rechnung der Franchisenehmer diesen Rahmenvertrag ab.⁶⁴ Zweitens: die Zentrale bedient sich des eigentlichen Verbundeffektes - der gebündelten Nachfragemacht -, die überhaupt erst durch die Vernetzung der Franchisenehmer mit den Filialen der Zentrale entsteht. In den Worten des BGH: Es geht um "Einkaufsvorteile..., die er aufgrund seiner Zugehörigkeit zu einem nachfragestarken Franchisesystem erwarten darf."⁶⁵ Damit fallen die Verhandlungen der Zentrale mit den vorgelagerten Handelsstufen eindeutig in den Verbundbereich im Netzwerk. Dann - und nur im Hinblick auf die Vereinbarung mit den Lieferanten - ist sie, wie das OLG Frankfurt zugespitzt formuliert, "weisungsabhängiger Treuhänder" der Franchisenehmer.⁶⁶ Eine solche "umgekehrte" Weisungsabhängigkeit ist durchaus kein Widerspruch zum ansonsten bestehenden Weisungsrecht der Zentrale gegenüber den Franchisenehmern. Wie besonders im Konzept der "symbiotischen Verträge" herausgearbeitet wird, bestehen in Vernetzungen häufig solche wechselseitig asymmetrischen Interessenwahrungsverhältnisse, die bereichsspezifisch Weisungsrechte gleichzeitig in der einen und in der anderen Richtung begründen können.⁶⁷

Im Prinzip kann man eine Pflichtverletzung der Zentrale schon darin sehen, dass sie die Rabattdifferenzen gegenüber den Franchisenehmern nicht offen gelegt hat,⁶⁸ sondern ganz wie in der anrühigen Praxis der "kick-backs" sich von den Lieferanten erst nachträglich und ohne Wissen der Franchisenehmer die Differenz hat auszahlen lassen. Dies macht der BGH auch im Apollo-Urteil deutlich, wenn er der Zentrale eine Informationspflicht über die vereinbarten Rabatte auferlegt.⁶⁹ Da

⁶³ BGH WRP 2003, 1448, 1451.

⁶⁴ Allgemein zur mittelbaren Stellvertretung eines Treuhänders *Heinrichs*, Palandt, 62. Aufl. 2003, vor § 104, Rn. 25; vor § 164, Rn. 6.

⁶⁵ BGH WRP2003, 1448, .1451.

⁶⁶ OLG Frankfurt 11 U (Kart.) 55/00, 24 (unveröff.)

⁶⁷ *Schanze*, in: Joerges (Hrsg.), *Franchising and the Law*, 1991, S. 69; *ders.*, JITE 1993, 691ff.; *Zwecker JA* 1999, 164.

⁶⁸ In einem parallel gelagerten Fall, der von Werbekostenzuschüssen der Kfz-Hersteller gegenüber einem franchisierten Autovermietungsunternehmen handelte, hat das OLG München WiB 1997,1109 die Franchisezentrale zur Auskunft über die Werbekostenzuschüsse verurteilt.

⁶⁹ BGH WRP 2003, 1448, 1450.

sie innerhalb des Verbundbereiches handelt, unterliegt sie hier Informationspflichten, die im Vergleich mit einem bilateralen Vertrag deutlich intensiviert sind. Doch gehen die Anforderungen des Netzzweckes über bloße Offenlegungspflichten hinaus.

Im Einzelnen verlangt der Netzzweck hier, dass mögliche Effizienzsteigerungen durch Netzwerkeffekte auch tatsächlich bei den Mitgliedern realisiert werden. Denn es gehört zum wirtschaftlichen Sinn eines Franchise-Systems, dass sich Verbundvorteile im Einkaufsbereich beim Verkauf der Waren durch die Franchisenehmer auswirken. In den Worten des BGH: "...es liegt auf der Hand, dass für die Erreichbarkeit ‚optimaler Geschäftserfolge‘ im Wettbewerb mit konkurrierenden Anbietern auch und insbesondere günstige Einkaufsbedingungen von ausschlaggebender Bedeutung sind."⁷⁰ Gerade in solchen Einkaufsvorteilen realisieren sich die Chancen des Verbundes, die den Mitgliedern des Franchise-Systems Wettbewerbsvorteile gegenüber nicht-franchisierten Einzelhändlern verschaffen. Die Effizienzsteigerungen im Gesamtnetz werden aber wirksam nur dann, wenn Franchisenehmer aufgrund der Mengenrabatte beim Einkauf ihrerseits tatsächlich billiger anbieten können. Hier können zusätzlich die oben diskutierten Grundsätze des profit sharing bei Just-in-time herangezogen werden, die dafür sprechen, dass in Netzwerken generell eine Verpflichtung besteht, die aus der Vernetzung stammenden Vorteile auf die Netzteilnehmer zu verteilen. Gegen diese Verpflichtung aus dem Netzzweck auf Effizienz des Gesamtsystems verstößt die Zentrale, wenn sie einen Großteil der Rabatte selbst kassiert.

In dieser Regelung realisiert sich die oben skizzierte eigenartige Doppelzurechnung als typische Rechtsfolge des Vertragsverbunds.⁷¹ Wem werden Handlungen, Risiken, Schäden und Gewinne im Netz zugerechnet? Dem individuellen Mitglied, der Zentrale oder dem Netz als ganzem mit anschließender anteiliger Verteilung? Anders als ein Gesellschaftsvertrag, der generell eine kollektive Zurechnung vorsieht, ordnet der Franchising-Vertrag im Prinzip eine Verteilung der Zurechnung auf Zentrale einerseits und Mitglied andererseits an. Demgegenüber verändert der Netzzweck – als regulatives Prinzip der "Vertragskollision"⁷² – diese "automatische" Zurechnung, wenn der Vertragsbereich überschritten und der Verbundbereich erreicht ist. Wie oben gezeigt, fällt der Mengenrabatt in den Verbundbereich. Damit kommt die netzspezifische Doppelzurechnung ins Spiel. Der Rabatt ist deshalb letztlich nicht automatisch der Zentrale, sondern zunächst als "Netzvorteil" dem Verbund als Ganzem zuzurechnen und dann unter den Mitgliedern nach dem Gleichbehandlungsprinzip und zwischen ihnen und der Zentrale nach Fairnessgesichtspunkten zu verteilen.

Im Ergebnis besteht also eine Weiterleitungspflicht der Franchise-Zentrale gegenüber den Franchisenehmern für sämtliche Rabatte, die sie für das Franchise-System gegenüber den Zulieferern des Franchise-Systems ausgehandelt hat.

⁷⁰ BGH WRP 2003, 1448, 1451.

⁷¹ Teubner (Fn. 5) 3. Kap. V.

⁷² Dazu aufschlussreich Amstutz (Fn. 12) 174ff.

Dies ergibt sich nicht bloß aus den unterschiedlichen Unterstützungsklauseln, die die AGB enthalten. Die Weiterleitungspflicht ist vielmehr eine Verbundpflicht des Franchisegebers, die ihre Grundlage in der über bloße Einzelverträge hinausgehenden Vernetzung der Franchise-Mitglieder hat.