

ABHANDLUNGEN

„Verbund“, „Verband“ oder „Verkehr“?

Zur Außenhaftung von Franchising-Systemen

Von Professor Dr. Gunther Teubner, M.A., Bremen/Florenz

ZHR 154 (1990) 295–324

Franchise-Systeme als privatautonom verfasste formale Organisationen sind nicht auf gesellschaftsrechtlicher, sondern auf vertraglicher Basis begründet. Das wirft das Problem auf: Wie kann das Haftungsrecht ihrem Organisationscharakter gerecht werden? Der Beitrag geht besonders der Frage nach, unter welchen Bedingungen der Franchisor als Organisationsspitze in die Außenhaftung einbezogen werden muß, und ob es Konstellationen gibt (etwa Beschluß eines Franchising-Beirats), in der andere Franchisesees mithafteten. Hierzu wird die These entwickelt, daß Franchise-Systeme als „Netzwerke“ eigenständige Risiko- und Interessenstrukturen besitzen, die eine Anpassung der überkommenen Haftungsformen an die spezifischen Risiken dieser Vertriebsform verlangen.

Inhalt

I. Haftungsdurchgriff im Franchise-System?	295
II. Vertrag oder Gesellschaft?	300
III. Netzwerk	305
IV. Doppelzurechnung im Netzwerk	309
V. Deliktische Verkehrshaftung	311
VI. Organisationsrechtliche Verbandshaftung	316
VII. Vertragliche Verbundhaftung	319
VIII. Grundsätze netzwerkadäquater Haftung	324

I. Haftungsdurchgriff im Franchise-System?

Als hybride Gebilde zwischen „Markt und Hierarchie“¹ werfen Franchise-Systeme nicht nur schwierige Probleme ihrer inneren Machtbalance auf, die das Privatrecht mithilfe der ihrerseits hybriden Kategorie einer Vertragsorganisation – vom „personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis“ über das Dauerschuldverhältnis bis zum relational contract – zu lösen sucht². Auch die bisher wenig

1 Der Titel des Buches von *Oliver Williamson*, *Markets and Hierarchies*, 1975, ist zu einem vielzitierten Ausgangspunkt für zahlreiche Untersuchungen geworden, die sich des Zwischenbereichs zwischen Vertrag und Organisation annehmen.

2 Hierzu die Einzelanalysen von *Daintith*, *Dnes*, *Macaulay*, *Sciarra* und *Schanze* und der rechts-, policy- und theorievergleichende Generalbericht von *Joerges*, die zur Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung in Würzburg 1989 diskutiert wurden. Sie werden in einem von *Joerges* herausgegebenen Sammelband (auf Englisch) bei Nomos erscheinen.

untersuchte externe Verantwortlichkeit von Franchise-Systemen ist wegen des irritierenden Oszillierens zwischen Vertrag und Organisation juristisch nicht einfach zu bewältigen. Denn einerseits operieren Franchise-Netze als hochorganisierte Vertriebssysteme – sowohl mit straff koordinierter Binnenorganisation als auch mit ausgeprägter „corporate identity“³ –, andererseits aber konstituieren sie sich nur in Form harmloser Einzelverträge zwischen einer Vielzahl von Vertriebsstellen (Franchisees) und einer Vertriebszentrale (Franchisor). Diese „Selbstauflösung“ der Organisation in eine Vielzahl von Einzelverträgen hat quasi automatisch zur Folge, daß auch das Haftungsrecht die Haftung der Gesamtorganisation in die Individualhaftung der Systemmitglieder und zwar im Regelfall der einzelnen Franchisees „auflöst“. Und dies, obwohl Franchising-Systeme sämtliche Externalitätenprobleme formaler Organisationen – polemisch formuliert: Probleme der organisierten Verantwortungslosigkeit⁴ – aufweisen: interne Einigungen zulasten Dritter, Handlungskollektivierung ohne gleichzeitige Kollektivierung der Verantwortlichkeiten, Risikosteigerungen und Risikoverschiebungen, ohne daß zugleich Vorkehrungen zu ihrer Absorption getroffen werden⁵.

Das wird in verschiedenen Bereichen der „Außenbeziehungen“ von Franchise-Systemen deutlich. In erster Linie sind Verbraucherinteressen betroffen⁶. Hier können die im Franchise-Paket enthaltenen technischen Anweisungen des Franchisors an die Franchisees solche „systemischen“ Fehler aufweisen, daß auch bei genauester Sorgfalt des Franchisees erhebliche Schäden nicht zu vermeiden sind. Dies

3 Vorzügliche Auswertung betriebswirtschaftlicher Forschungen bei *Martinek*, Franchising: Grundlagen der zivil- und wettbewerbsrechtlichen Behandlung der vertikalen Gruppenkooperation beim Absatz von Waren und Dienstleistungen, 1987, 75 ff.

4 Dazu *Teubner*, AK-BGB, 1980, § 242, 58. Als konkretes Beispiel organisierter Unverantwortlichkeit beim Aufbau eines Vertriebsnetzes für japanische Importwagen: OLG Karlsruhe NZV 1989, 434.

5 Zur sozialen (Un-)Verantwortlichkeit von formalen Organisationen *Coleman*, Power and the Structure of Society, 1974; *ders.*, The Asymmetric Society, 1982, 79 ff.; *ders.*, Responsibility in Corporate Action: A Sociologist's View, in: K. Hopt/G. Teubner, Corporate Governance and Directors' Liabilities: Legal, Economic and Sociological Analyses on Corporate Social Responsibility, 1985, 69, 75 ff.; *ders.*, Foundations of Social Theory, 1989, Kap. 16; *Beck*, Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Moderne, 1987, 35, 76 ff.; *ders.*, Gegengifte: Die organisierte Unverantwortlichkeit, 1988, 96 ff.; *French*, Collective and Corporate Responsibility, 1984; *Röhl*, Die strukturelle Differenz zwischen Individuum und Organisation, FS Stiefel, 1987, 573 ff.

6 Zu Konstellationen der Haftung von Franchise-Systemen gegenüber Verbrauchern *Körner*, Die Produzentenhaftung des Lizenzgebers bei der Lizenz über gewerbliche Schutzrechte und Know-how, NJW 38 (1985), 3047–3052; *Joerges*, Franchise-Verträge und Europäisches Wettbewerbsrecht: Eine Kritik der Pronuptia – Entscheidungen des EuGH und der Kommission, ZHR 151 (1987), 195, 210; *Bauder*, Der Franchise-Vertrag: Eine systematische Darstellung von Rechtstatsachen, 1988, 10. Die in Franchise-Systemen enthaltenen Gefahren für den Verbraucherschutz haben die Europäische Kommission veranlaßt, in die Garantieregelungen der Franchise-Systeme einzugreifen. Vgl. VO 4087/88 30. Nov. 1988 über die Anwendung von Art. 85 Abs. 3 des Vertrages auf Gruppen von Franchisevereinbarungen, ABl. Nr. L 359 vom 28. 12. 1988, S. 46–52, auch in: WuW 1989, 306 ff.

betrifft insbesondere den Dienstleistungsbereich, in dem die Vertriebsform des Franchising besonders verbreitet ist. Kann hier die Vertragshaftung des einzelnen Franchisees ausreichenden Verbraucherschutz gewährleisten, wenn doch der Fehler nicht in der individuellen Leistungserbringung des Franchisees, sondern „im System“ liegt? Ähnliche Probleme des Verbraucherschutzes stellen sich, wenn wie im Hotelfranchising mit teilweise zentralisiertem Service oder im Gütertransportfranchising mit zentraler Logistik manche Kundenleistungen von der Franchise-Zentrale selbst organisiert werden. Bedarf es hier eines Haftungsdurchgriffs?

Weiterhin sind Wettbewerbsinteressen berührt. Die vom Franchisor gesteuerte Marketing- und Werbestrategie kann gegenüber Konkurrenzunternehmen geschäftsschädigende Äußerungen enthalten, die bei der Umsetzung durch den Franchisee gravierende Geschäftseinbußen verursachen. Inwieweit muß die Franchise-Organisation für das wettbewerbswidrige Verhalten ihres Systemmitgliedes einstehen? Wie ist die Haftungslage, wenn die Werbestrategie nicht einseitig-hierarchisch vom Franchisor angeordnet ist, sondern von einem egalitär organisierten „Werbebeirat“, der über die Grundkonzeption für Werbe- und Verkaufsmaßnahmen entschieden und in dem die Vertreter der Franchise-Nehmer Sitz und Stimme haben?

Auch (Kredit-)Gläubigerinteressen sind betroffen. Wird die Buchführung und die Erstellung der Bilanzen der Franchisees, wie es häufig geschieht, zentral vom Franchisor durchgeführt, wirken sich Fehler auf die Entscheidungsgrundlage von (potentiellen) Kreditgebern des Franchisees aus, so daß Darlehen, deren Vergabe unter den tatsächlichen wirtschaftlichen Umständen nicht erfolgt wäre, mit der möglichen Folge, daß die Kredite vom Franchisee nicht zurückgezahlt werden. Muß hier die Zentrale in die Haftung einbezogen werden?

Schließlich sind Allgemeininteressen berührt, wenn das Franchise-Paket solche Verfahren vorsieht, daß öffentliche Güter, etwa die Umwelt aufgrund umweltgefährdender Systemanweisungen, beeinträchtigt werden. Auch hier sind Konstellationen der arbeitsteiligen Vertriebsorganisation möglich, bei denen sich die Frage aufdrängt, ob eine individuelle Haftung des Franchisees genügt, um dem Steuerungszweck des Umwelthaftungsrechts⁸ gerecht zu werden?

In allen diesen Fällen ist zu fragen, ob neben dem Franchisee nicht auch der Franchisor in die Haftung mit einbezogen werden soll, insbesondere um einer begrenzten Haftung der Franchisees (etwa bei einer GmbH-Rechtsform) oder einem Ausfall ihrer Haftung (bei Insolvenz- und Konkursgefahren) entgegenzuwirken. Verschärft wird die Problematik immer dann, wenn die fehlerhafte Tätigkeit des Franchisees auf einen Beschluß eines Franchise-Beirates (Produktausschuß, Werbungsausschuß)⁹, d.h. unter Beteiligung aller Franchisees zustande kommt. Hier stellt

7 Eine ähnliche Konstellation im Falle eines Handelsvertreternetzes behandelt BGH NJW 1980, 941.

8 Zur Verhaltenssteuerung durch Umwelthaftung vgl. *Brüggemeier*, Deliktsrecht, 1986, 452 ff., m. w. N.; *ders.*, Umwelthaftungsrecht, KJ 22 (1989), 209 ff.

9 Dazu *Bauder* (Fn. 6) 214f.; *Müller-Graff*, Franchising – A Case of Long-term Contracting, *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 144 (1988), 122, 135.

sich die Frage nicht nur der Haftung des Franchisors sondern auch anderer Franchises.

Wie kann das Recht den organisatorischen Eigenheiten und Risiken solcher Vertragsnetze gerecht werden, insbesondere hinsichtlich ihrer externen Verantwortlichkeit? Eine bloße Individualhaftung der Außenstellen des Franchising-Netzes, die wegen der vertraglichen „Rechtsnatur“ des Franchising die straffe organisatorische Koordinierung des Vertriebssystems nicht berücksichtigten „darf“, setzt sich in folgenden Punkten der Kritik aus:

(1) *Pflichtintensität*: Genügt es, die gesteigerte vertragliche Pflichtbindung aus der Kundenbeziehung auf den einzelnen Franchisee als Außenstelle des Franchise-Systems zu konzentrieren und die anderen System-Mitglieder nur mit deliktischen Pflichten zu belegen? Oder muß auch der Franchisor als System-Zentrale oder gar auch andere System-Mitglieder gesteigerten Pflichtbindungen gegenüber Dritten ausgesetzt werden?

(2) *Arbeitsteilige Leistungserbringung*: Wenn die Leistung des Franchise-Systems an die Kunden teils dezentral erbracht, teils aber auch von der Franchise-Zentrale unmittelbar organisiert wird, bedarf es dann nicht einer „Drittwirkung“¹⁰ des Franchisevertrages in der Weise, daß dem Kunden Leistungsansprüche und Folgeansprüche, soweit sie die zentrale Leistungserbringung betreffen, nicht nur gegenüber dem Franchisee, sondern auch gegenüber dem Franchisor zu gewähren sind?

(3) *Organisationszurechnung*: Wird bei der Haftung des Franchisors für das Handeln der einzelnen Vertriebseinheiten § 831 BGB dem Organisationscharakter des Franchising-Netzes gerecht oder bedarf es besonderer Prinzipien einer Organisationshaftung, um die enge Handlungskoordination zwischen Zentrale und Außenstellen auch haftungsrechtlich einzufangen?

(4) *Rechtsformneutralität*: Gegenüber filialisiertem Franchising einerseits, konzerniertem Franchising andererseits, genossenschaftlich organisiertem Quasi-Franchising dritterseits¹¹, die sämtlich einer mehr oder weniger scharfen Verbandshaftung unterliegen, sind vertraglich organisierte Franchise-Systeme haftungsmäßig privilegiert. Ist dies sachlich zu rechtfertigen oder stellt dies eine nicht-legitime Transaktionskostensparnis dar, um deren Beseitigung sich das Recht durch eine haftungsrechtliche Angleichung funktionell äquivalenter Franchise-Systeme bemühen müßte?

(5) *Fehlsteuerung*: Wenn man den Präventionscharakter des Haftungsrechts ernstnimmt¹², bedeutet dann nicht die bloße Individualhaftung der Außenstellen eine Fehlsteuerung des Vertriebsgeschehens, weil die Steuerungsadressaten falsch gewählt sind? Denn die Steuerungssignale des Haftungsrechts erreichen den Fran-

10 Eine systematische Analyse der „Drittwirkungen“ von Schuldverhältnissen gibt *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis: Begründung und Änderung, Pflichten und Strukturen, Drittwirkungen, 1989, § 19 ff.

11 Zu den verschiedenen Gestaltungsformen von Franchising-Netzen und ihren Abgrenzungen ausführlich *Martinek* (Fn. 3), 33 ff., 75 ff.; *Bauder* (Fn. 6) 42 ff.

12 *Mertens*, MK-BGB vor § 823, 41 ff.; zurückhaltender *Larenz*, Schuldrecht I, 14. Aufl. 1987, 421 ff., 423; *Esser/Weyers*, Schuldrecht II, 6. Aufl. 1984, § 53 4.

chisor als Zentrum der Selbststeuerung des Franchise-Systems gar nicht oder nur indirekt; jedenfalls beeinflussen sie sein Kosten/Nutzen-Kalkül nicht unmittelbar¹³.

(6) *Risikoverlagerung*: Ist die Verlagerung des Risikos der Vertriebsorganisation von der Systemzentrale auf die peripheren Einzelvertriebsstellen ähnlich der Haftungsbeschränkung auf die juristischen Personen der abhängigen Unternehmen im Konzern akzeptabel oder bedarf es – und unter welchen Bedingungen – des „piercing of the contractual veil“, um negative externe Effekte auszuschließen?

Dies sind Fragen, die sich beim Franchising und anderen Vertriebssystemen ganz ähnlich wie in manchen Gebieten der Grauzone der „contorts“, im Konzernhaftungsrecht und im Recht der Vertragsverbände stellen. Das ist kein Zufall, handelt es sich doch bei all diesen Phänomenen um hybride Gebilde zwischen „market and hierarchy“, um die Durchdringung von Vertragsverbindungen mit organisatorischen Elementen. Und nicht umsonst richtet sich heute die Aufmerksamkeit von Ökonomen und Organisationstheoretikern gerade auf diesen Zwischenbereich von Vertrag und Organisation¹⁴. Besonders in Japan, aber auch in USA und Westeuropa sind diese „intermediate organizations“ inzwischen so wichtig geworden, daß man schon von der „third arena of resource allocation“ (neben Markt und Organisation) spricht¹⁵. Denn hier hat sich in den letzten Jahren eine bemerkenswerte wirtschaftliche und soziale Dynamik entfaltet, gegenüber der alle beteiligten Wissenschaften – Organisationswissenschaften, Ökonomie und Rechtswissenschaft – zunächst nur et was hilflos mit der institutionellen Trennung von Markt und Organisation aufwarten konnten. Erst in jüngster Zeit hat man damit begonnen, den hybriden Gebilden mit anspruchsvolleren Begriffsbildungen gerecht zu werden. Franchising ist nur ein kleiner Ausschnitt aus diesem Problembereich. Wegen seines extremen Organisationsgrades und seiner hohen wirtschaftlichen Dynamik ist das Franchising jedoch besonders geeignet, die Rechtsproblematik solcher hybriden Gebilde anschaulich zu machen.

Die Schwierigkeiten, daß wirtschaftliche Phänomen des Franchising rechtlich zu qualifizieren – als Vertragsbündel, als gesellschaftsrechtliche Organisation oder als nur deliktischer „Verkehr“ – spiegeln also reale Entwicklungstendenzen der Interpenetration von Markt und Organisation wider¹⁶. Wie die externen Effekte solcher Durchdringungen zu bewältigen sind, wird wiederum juristisch in der Frage relevant, wo man dann mit der Rechtsfortbildung einsetzen soll, um den strukturellen Besonderheiten von organisierten Vertriebssystemen gerecht zu werden: bei

13 Zu den Steuerungschancen des Haftungsrechts *Adams*, Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung, 1985, 88 ff.; *Behrens*, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts, 1986, 174 ff.; *Brüggemeier*, (Fn. 8) 1986, 47 ff.; *ders.*, Produkthaftung und Produktsicherheit, ZHR 152 (1988), 511, 512 ff.; *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 1986, 85 ff.

14 Dazu mit weiteren Nachweisen unten Abschnitt III.

15 *Imai/Itami*, Interpenetration of Organization and Market, International Journal of Industrial Organization 2 (1984), 285, 296.

16 Dazu allgemein *Teubner*, Recht als autopoietisches System, 1989, 160 ff.

einer gesellschaftsrechtlichen Verbandshaftung, bei einer vertraglichen Verbundhaftung oder bei einer deliktischen Verkehrshaftung?

II. Vertrag oder Gesellschaft?

Gegenüber einer glatten dogmatischen Qualifizierung der Vertriebssysteme als bloße Verträge haben sich deren Organisationselemente immer wieder als resistent erwiesen. Anfangs hatten das RG und Teile der Literatur durchaus dem Organisationscharakter von Vertriebssystemen Rechnung getragen und Vertragshändlernetze als „gesellschaftsähnlich“ mitsamt analoger Anwendung des Gesellschaftsrechts qualifiziert¹⁷. Doch fand dann unter verschiedenen Vorzeichen geradezu eine dogmatische Verdrängung des Organisationscharakters von Vertriebssystemen der Handelsvertreter, der Vertragshändler, der Kommissionsagenten und neuerdings der Franchisees statt. Doch wie es bei Verdrängungsmechanismen so üblich ist: Durch eine Hintertür kommen die störenden Elemente doch wieder herein!

Der Verdrängungsprozeß war im wesentlichen mit Hilfe zweier Konstruktionen abgeschlossen. Die rechtsdogmatische Betonung der Dominanz der Vertriebszentrale und der extrem einseitigen Interessenausrichtung des gesamten Vertriebsgeschehens auf die Interessen der Zentrale machten es möglich, die Vertriebssysteme aus dem Bereich der BGB-Gesellschaft, die auf Gleichheit der Gesellschafter und auf Vergemeinschaftung des Zweckes angelegt ist, herauszuhalten. Stattdessen wurden sie in der Dreiheit privatrechtlicher Koordination – „Tauschhand“, „Gesamthand“, „Treuhand“, wie es hieß¹⁸ – den interessenwahrenden Treuhandverträgen zugeordnet¹⁹. Damit war ihr Charakter als Vertrag klargestellt – paradoxerweise gerade wegen ihres Charakters als strikt hierarchischer Organisation. Die Organisationselemente wurden nur noch im Rechtsbegriff der „Eingliederung“ des Absatzmittlers in die Vertriebsorganisation berücksichtigt²⁰. Das zweite Konstruktionselement war die Betonung der residualen Autonomie der Vertriebsstellen, ihre doch letztlich selbständige Verfolgung eigener Geschäftsgewinne, was die Vertriebssysteme einerseits gegenüber Arbeitsverhältnissen, andererseits gegenüber Gesellschaftsverhältnissen abzugrenzen erlaubte²¹.

17 Z. B. RGZ 65, 37; 78, 385; 92, 201; 95, 166; vgl. auch RGZ 95, 66 (Alleinvertriebsgesellschaft); RGZ 145, 275 (Interessengemeinschaft); *Ackermann*, Eigenhändler als „Generalvertreter“, *WiuR* 1929, 31ff.; heute noch vereinzelt, etwa *Löwisch*, Die Stellung der Produzentenhändler im Wettbewerbsbeschränkungsrecht, 1961, 145f.; *Schluep*, Der Alleinvertriebsvertrag, 1966, 25.

18 *Beyerle*, Die Treuhand im Grundriß des deutschen Privatrechts, 1932, 16ff.; *Wündinger*, Gesellschaften, 1. Teil, 1937, 9ff.

19 *Ulmer*, Der Vertragshändler, 1969, 321ff.; *Stumpf*, Der Vertragshändlervertrag, 1979, 25ff.; *Ebenroth*, Absatzmittlungsverträge im Spannungsverhältnis von Kartell- und Zivilrecht, 1980, 32ff.; *K. Schmidt*, Handelsrecht, 2. Aufl. 1982, 567; *Buumbach-Duden-Hopt*, HGB, 1989, vor § 373, 5 A. St. Rspr. seit BGHZ 54, 340.

20 *Ulmer* (Fn. 19) 206.

21 *Ulmer* (Fn. 19) 322; *Mack*, Neuere Vertragssysteme in der Bundesrepublik Deutschland: Eine Studie zum Franchising, 1975, 100; *Weber*, „Franchising“ – ein neuer Vertragstyp im Handelsrecht, *Juristische Ausbildung* 1983, 347, 351.

Doch in beiden Konstruktionen sollte den Organisationselementen bald wieder eine Hintertür geöffnet werden. Beidesmal ist es gerade das Franchising, in dem sich der hybride Charakter von Vertriebssystemen auch wieder rechtlich störend bemerkbar macht. Kein Wunder. Denn: „The central feature of franchise organizations is the presence of both market-like and firm-like qualities“, oder gar: „Franchising is more like an integrated business than a set of integrated firms“²². Einerseits sind im Unterschied zu traditionellen Vertragshändlernetzen die straffgeführten Franchise-Systeme extrem zentralisiert. Diese hochorganisierte Binnenkoordination zusammen mit ihrem einheitlichen Außenaufreten als Marketing-Verband, als Imageinheit und als Wettbewerbseinheit machen es immer schwieriger, hier von bloßer vertraglicher Koordination autonomer Wirtschaftseinheiten zu sprechen²³. Andererseits gibt es anscheinend, wie im Anschluß an die amerikanischen Franchising-Systeme der „dritten Generation“, den „partners for profit“, besonders für franchisierte Hotelketten, aber auch für Franchising-Systeme im Transportwesen und in der Modeindustrie diskutiert wird, das Phänomen des „Gleichordnungs-Franchising“, bei dem von einer Machtüberlegenheit der Zentrale, von deren Interessendominanz und Leitungsmacht keine Rede ist²⁴. Hier

22 Norton, An Empirical Look at Franchising as an Organizational Form, *Journal of Business* 61 (1988), 197f.; Dnes (Fn. 2).

23 Besonders eindrücklich *Martinek* (Fn. 3) 123 ff. zum betriebswirtschaftlichen Befund und 214 ff. zur daran orientierten Kritik der rein vertraglichen Lösungen.

24 *Martinek* (Fn. 3) 378 ff. unter Berufung auf die amerikanischen Franchise-Systeme der dritten Generation („partners for profit“) 60 ff. und die deutsche betriebswirtschaftliche Literatur 159 ff. Aufgrund rechtstatsächlicher Untersuchungen bestreitet *Bauder* (Fn. 6) 97 ff. energisch die Existenz partnerschaftlich organisierter Franchising-Systeme. In der Praxis gebe es ausschließlich „Subordinationsfranchising“ mit weisungsgebundener Absatzförderungs pflicht. Auf dieser Basis baut auch *Joerges* (Fn. 2) seine Überlegungen zur generellen Notwendigkeit eines Sozialschutzes für Franchisces auf.

Problematisch an *Bauders* empirischer Beweisführung scheint, daß er sich ausschließlich auf den formalen Wortlaut von Verträgen stützt, die über die von *Martinek* behauptete Interessen- und Machtstrukturen relativ wenig aussagen. Hier dürften *Martineks* empirische Belege, nämlich die Machtverhältnisse in konkreten Teilmärkten im Verhältnis von Industrie und Handel, aussagekräftiger sein. Ob freilich das Phänomen des partnerschaftlichen Franchising eine gesellschaftsrechtliche Deutung erzwingt, wie *Martinek* nahelegt, ist wiederum eine andere Frage. Für eine am Netzwerkcharakter orientierte Alternative der Vertragsorganisation vgl. unten Abschnitt III. und V.

Inzwischen scheint auch das Bundeskartellamt die Möglichkeit von Franchising auf Gleichordnungsgrundlage zu erwägen. Vgl. BKA WuW 1986, 87 – Spedition; BKA WuW 1987, 1051 – Systemgut; BKA WuW 1989, 850 – German Parcel. Für das Transportfranchising mit zentraler Logistik liegt dies auch nahe, wenn sich selbständige Transportunternehmen zum flächendeckenden Paketdienst zusammenschließen. Auch wenn die Transportunternehmen damit den „Status“ einer Franchisees erwerben, dürfte die Anwendung sozialschützender Grundsätze unangebracht sein.

kann also der Unterschied von Interessenwahrung zur Interessengemeinschaft eine gesellschaftsrechtliche Deutung nicht mehr von vornherein ausschließen.

Rechtsvergleichende Befunde können diese Deutung zu einem gewissen Grad stützen. In den USA wird für die partnerschaftlich organisierten Franchise-Systeme der dritten Generation in Gesetzgebung und Rechtsprechung häufig von einer „community of interest“ gesprochen, die dazu führt, Franchise-Systeme zwar meist nicht als „partnerships“ zu deklarieren, sie aber doch in einigen Rechtsfragen dem Recht der partnership zu unterstellen²⁵. Besonders in Frankreich neigt man dazu, die gesellschaftsrechtlichen Aspekte der Franchise-Systeme zu betonen. Nicht nur, daß man das „groupement d'intérêt économique“ für die geeignete Rechtsform hält²⁶, nein, es gab bereits gesetzgeberische Vorschläge, Franchise-Systemen selbständige juristische Persönlichkeit zu verleihen²⁷.

Den Organisationselementen mit einer gesellschaftsrechtlichen Deutung von Franchise-Systemen zu ihrem Recht zu verhelfen, hat neuerdings *Martinek* in einer sorgfältigen und materialreichen Untersuchung, die besonders auch betriebswirtschaftliche Forschungen einbezieht, gefordert. Nach *Martinek* können vertraglich verfaßte Franchising-Systeme, sofern eine bestimmte Kooperationsdichte überschritten ist, in gesellschaftsrechtliche Organisationen „umkippen“. Er unterscheidet vier Konstellationen: Subordination, Koordination, Koalition, Konföderation. Für das „Subordinationsfranchising“ soll es bei der vertraglichen Einordnung bewenden, ebenso für das relativ locker organisierte austauschvertraglich verstandene „Koordinationsfranchising“. Zwei andere Konstellationen aber könnten wegen ihrer Kooperationsdichte nur noch als gesellschaftsrechtliche Zweckgemeinschaften qualifiziert werden: das „Koalitionsfranchising“ als ein Bündel von BGB-Gesellschaften und das „Konföderationsfranchising“ als eine Zentrale und Vertriebsstellen umfassende große BGB-Gesellschaft²⁸. *Martinek* geht sogar soweit, extrem straffgeführte Formen des Franchising dem Konzernrecht zu unterstellen, Fälle des „Subordinationsfranchising“ dem Recht der Unterordnungskonzerne und solche des „Konföderationsfranchising“ dem Recht der Gleichordnungskonzerne²⁹.

Diese verbandsrechtliche Deutung von eng koordinierten Franchise-Netzen hat neben gesellschaftsrechtlichen und kartellrechtlichen Folgen natürlich auch Konsequenzen für die Außenhaftung von Vertriebssystemen. Für das als BGB-Gesellschaft verstandene Koalitionsfranchising und mehr noch für das Konföderationsfranchising als große BGB-Gesellschaft oder gar als Gleichordnungskonzern tritt

25 Vgl. dazu die Darstellungen der Rechtslage in USA bei *Behr*, Der Franchise-Vertrag, Eine Untersuchung zum Recht der USA mit vergleichenden Hinweisen zum deutschen Recht, 1976, 52f.; *Martinek* (Fn. 3) 60ff., 178ff.

26 *Guyenot/Valetta*, Les contrats de concession commerciale, 1968, 304ff.

27 Dazu *Pirou*, Selektiver Vertrieb und Wettbewerbsregeln der Europäischen Gemeinschaft, GRUR Int. 1980, 321ff., 327.

28 *Martinek* (Fn. 3) 231ff. Sympathien für eine gesellschaftsrechtliche Qualifizierung mancher Franchise-Systeme äußert *Müller-Graff* (Fn. 9) 141.

29 *Martinek* (Fn. 3) 633ff.

eine analoge Anwendung des § 31 BGB ins Blickfeld³⁰. Für das enggeführte – fast ist man versucht zu sagen: für das „qualifizierte“ – Subordinationsfranchising ist eine Außenhaftung nach den Grundsätzen des „qualifizierten“ Konzerns à la Autokran und Tiefbau³¹ eigentlich unausweichlich, von der Analogie zum Konzerndurchgriff ganz zu schweigen³².

So bestechend diese Konstruktion auf den ersten Blick erscheint, auf den zweiten Blick stellt sich die Frage: Kann tatsächlich ein solches dichotomisches Denken – entweder Vertrag oder Organisation – dem durchgängig hybriden Charakter der Vertriebsnetze gerecht werden? Das „Umkippen“ von der einen Form in die andere vermeidet die Verdrängung nicht. Im Gegenteil: es verdoppelt sie! Sagt *Martinek* Organisation, so verdrängt er den Vertrag, sagt er Vertrag, so verdrängt er die Organisation.

Wenn *Martinek* eher locker koordinierte Franchise-Systeme als Verträge qualifiziert – sei es als Interessenwahrnehmungsverträge oder als Austauschverträge – dann setzt er sich in Widerspruch zu der von ihm selbst zusammen mit der Betriebswirtschaft gegen die Rechtswissenschaft engagiert vorgetragene Kritik. Denn er tut genau das, was er der herrschenden Lehre vorwirft: Ausblendung der Organisationselemente³³. Der gemeinsame Zweck der Absatzförderung, also der von *Martinek* selbst so deutlich herausgestellte Systemzweck der Vertriebsorganisation, sei nur ein „wirtschaftlicher“, rechtlich gebe es nur die Einzelzwecke der Vertragspartner; eine Pflicht der Systemmitglieder zur Absatzförderung bestehe nicht, es gebe nur eine einseitige Interessenwahrnehmungspflicht zugunsten des Vertriebszentrums³⁴. Verwunderlich ist besonders die Konstruktion im Fall des „Koordinationsfranchising“, also etwa in den Fällen der franchisierten Hotelketten oder des Transportfranchising mit zentraler Logistik. Das Vertriebssystem als solches sei kein eigenständiges Rechtsgebilde; es bestünden keine Förderpflichten der Systemmitglieder in Bezug auf den einheitlichen Systemzweck, sondern nur die üblichen Rücksichtspflichten auf austauschvertraglicher Grundlage³⁵.

Wenn er andererseits enger koordinierte Systeme in BGB-Gesellschaften „umkippen“ läßt, macht er das Gleiche, aber unter umgekehrten Vorzeichen. Jetzt blendet er auf einmal die Einzelzwecke der Vertragspartner, die doch in der Abschöpfung

30 Zum Diskussionsstand zur Haftung von BGB-Gesellschaften nach § 31 BGB vgl. *Ulmer*, MK-BGB, § 705, 189 ff. Die analoge Anwendung des § 31 BGB auf Vertriebssysteme (Direkthändlervertrag) erwägt *H. Roth*, Anmerkung zu OLG Karlsruhe NZV 1989, 435.

31 BGHZ 95, 330 – Autokran; BGH ZIP 1989, 440 – Tiefbau.

32 Dazu *Teubner*, Die ‚Politik des Gesetzes‘ im Recht der Konzernhaftung – Plädoyer für einen sektoralen Konzerndurchgriff, FS Steindorff, 1990, S. 261 ff.

33 Einerseits *Martinek* (Fn. 3) 196, 214 ff. (Kritik der individualvertraglich orientierten Rechtslehre), andererseits 147 und 251 (gemeinsames Interesse im Subordinationsfranchising und im Koordinationsfranchising ist nur wirtschaftlich, nicht rechtlich relevant (!)) und 256 ff., 378 ff.

34 *Martinek* (Fn. 3) 280 ff.

35 *Martinek* (Fn. 3) 378 ff., bes. 386.

des Residualertrags auch bei enger Koordination weiterbestehen, rechtlich aus. Jetzt soll der einheitliche Systemzweck nicht mehr bloß wirtschaftlich, sondern als gemeinsamer Zweck nach § 705 BGB auch rechtlich relevant sein; hingegen sei das Eigeninteresse der Beteiligten rechtlich nicht mehr relevant, sei ein bloßes wirtschaftliches Motiv³⁶.

Es scheint, als könne dem hybriden Charakter des Franchising weder die rein vertragliche Qualifizierung noch ein dichotomisches „Umkipf“-Denken von Vertrag in Organisation gerecht werden. Also sollte man es mit der Typenvermischung versuchen³⁷. Die verhältnismäßig einfache Denkfigur der Typenverbindung³⁸, die ein einheitliches Arrangement nach Sachbereichen in einen vertragsrechtlichen Teil und einen gesellschaftsrechtlichen Teil trennen kann, führt aber gerade beim Franchising nicht weiter. Denn hier sind die Handlungsbereiche so verwoben, hier durchdringt das Interesse an Absatzsteigerung sämtliche Handlungsbereiche im Vertriebssystem derart, daß man eine Teilung nach synallagmatischen und kooperativen Sachbereichen nicht vornehmen kann. Und gegenüber dem dann verbleibenden Ausweg eines echten Mischvertrags, in dem austauschvertragliche und gesellschaftsrechtliche Elemente untrennbar verwoben sind³⁹, verspürt man in der einschlägigen Literatur ein merkwürdiges Zögern: meist werden diese Verträge als „sui generis“ oder allenfalls als „gesellschaftsähnlich“ qualifiziert, ohne daß es – über die bei Dauerschuldverhältnissen bekannten gesteigerten Treuepflichten hinaus – zur Einbeziehung gesellschaftsspezifischer Regelungen kommt⁴⁰.

Sofern es um Vertriebssysteme geht, lehnt man gar jegliche gesellschaftsrechtlichen Elemente ab⁴¹. Zwar hätten beide Parteien ein Interesse am Absatz, dies mache dieses Interesse jedoch nicht zum gemeinsamen. Es ergibt sich auch hier das eigentümliche Bild: Sobald der gemeinsame Zweck bejaht wird, pflegt man vertragliche Elemente herunterzuspielen, sobald man tauschvertragliche Elemente bejaht, neigt man dazu, den gemeinsamen Zweck zu verneinen. Es drängt sich die Frage auf: Ist die gleichzeitige Orientierung von Handlungen an einem vergemeinschafteten Zweck und an einem vertraglich fixierten Individualzweck überhaupt rechtstat-sächlich aufweisbar und juristisch konstruierbar?

Schaut man sich die deliktsrechtliche Behandlung von Vertriebsnetzen an, so trifft man auf eine ähnliche Unsicherheit. Für die Qualifizierung der Vertriebsaußenstellen als „Verrichtungsgehilfen“ der Vertriebszentrale kann man auch hier ein merkwürdiges Oszillieren zwischen Abhängigkeit und Unabhängigkeit beobachten. Einerseits wird die Weisungsgebundenheit herausgestellt, die auch Ver-

36 *Martinek* (Fn. 3) 251 f., 391 ff., 412, 420 ff.

37 Dazu *Ulmer*, MK-BGB, vor § 705, 70 ff.; *Soergel-Hadding*, BGB, vor § 705, 17 ff.; allgemein *Soergel-Wolf*, BGB, § 305, 27 ff.

38 RGZ 69, 127, 129 f.; BGHZ 60, 362.

39 *Soergel-Wolf*, BGB, § 305, 32 f.

40 *Staudinger-Löwisch*, BGB, § 305, 22.

41 *Ulmer* (Fn. 19) 321 ff.; *Köhler*, Über die Anwendbarkeit von Gesellschaftsrecht auf die sog. gesellschaftsähnlichen Rechtsverhältnisse, 1974, 134 ff.

triebsmittler als eigentlich selbständige Gewerbetreibende zu Verrichtungsgehilfen mache⁴². Andererseits betont man die Selbstverantwortung von Unternehmern mit ausgeprägter Eigenposition, um § 831 auszuschließen⁴³. So schlägt selbst in der deliktsrechtlichen Beurteilung der hybride Charakter der Vertriebsorganisationen durch.

III. Netzwerk

Sollte man es auch hier mit den Paradoxien der *unitas in multiplex* zu tun haben, die bei den Vertriebssystemen nicht anders auftreten als bei den Konzernen⁴⁴? Sollten die juristischen Verdrängungen entweder der organisatorischen Elemente oder aber der vertraglichen Elemente, das Zögern bei den Mischverträgen, das Oszillieren bei der deliktsrechtlichen Behandlung von Vertriebsnetzen nicht bloß auf die üblichen juristischen Abgrenzungsschwierigkeiten zurückzuführen sein, sondern in den Realwidersprüchen des organisierten Warenvertriebs selbst begründet sein? Sollte privatautonome Gestaltung hier organisatorische Arrangements erfunden haben, die als buchstäbliche *coincidentia oppositorum* mit den bisherigen rechtlichen Begriffsmitteln nicht recht greifbar sind? Ich möchte in der Tat im folgenden die These vertreten, daß im Franchising als einer besonders extremen Ausprägung eng koordinierter Vertriebssysteme Formen einer neuartigen „Netzwerkorganisation“ gefunden worden sind, die ihre rechtliche Behandlung von der juristischen Qualifizierung bis hin zu Fragen ihrer Außenhaftung in einem neuen Licht erscheinen lassen.

„Netzwerke“ üben derzeit in vielen Disziplinen eine eigentümliche Faszination aus. Zunächst beschäftigte sich damit die Organisationssoziologie bei der Untersuchung von Inter-Organisationsbeziehungen, dem „organization set“. Man erfaßte damit Beziehungen zwischen Organisationen, die nicht primär auf Konkurrenz, sondern auf Kooperation beruhen⁴⁵. In die Gruppensoziologie fand der Begriff Eingang über „personelle Netzwerke“, die lose Zusammenarbeitsformen kennzeichnen, welche nicht die Intensität, aber auch nicht die bürokratischen Nach-

42 BGH NJW 1980, 941 äußert sich in diesem Sinne, aber nur für den Fall, daß ein Absatzvermittler (hier: selbständiger Handelsvertreter) Aufgaben im unmittelbaren Geschäftsbereich der Zentrale (hier: Betreuung eines Messestandes) übernommen hatte. Anders wiederum OLG Karlsruhe NZV 1989, 434, 435, das wegen der Selbständigkeit des Vertragshändlers § 831 ablehnt, was wiederum von H. Roth in der Anmerkung zum Urteil des OLG kritisiert wird. Vgl. auch Schulze zur Wiesche, GRUR 1980, 117; Schröder, Recht der Handelsvertreter, 5. Aufl. 1973, § 86, 50 m. w. N.

43 Soergel-Zeuner, BGB, § 831 21; OLG Karlsruhe NZV 1989, 434, 435.

44 Dazu Teubner (Fn. 16) 149 ff., 172 ff.

45 Evan, The Organization Set, in: J. Thompson, Approaches to Organizational Design, 1966; Aldrich/Whetten, Organization-sets, Action-sets, and Networks, in: Nistrom/Starbuck, Handbook of Organizational Design, 1981.

teile formaler Organisation aufweisen⁴⁶. „Policy-networks“ bezeichnen in der Politikwissenschaft eine dezentral regulierte Ordnung von politischen Akteuren, die besonders in der Analyse von neokorporatistischen Phänomenen eine Rolle spielen⁴⁷.

Juristisch wurde der Begriff benutzt, im öffentlichen Recht bei der Frage der Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen und der Versammlungsfreiheit⁴⁸, im Vertragsrecht zur Kennzeichnung von Vertragsverbänden im Zahlungsverkehr der Banken⁴⁹, im Gesellschafts- und Arbeitsrecht bei Haftungs- und Verfassungsfragen dezentral organisierter Konzerne⁵⁰. Und neuerdings macht der Begriff in der Ökonomie Furore. Nachdem lange Zeit die Dichotomie von Markt und Hierarchie eine angemessene Analyse verhindert hatte, können sich heute Ökonomen der Faszination von japanischen Zuliefernetzen und ähnlichen Gebilden nicht länger entziehen. Die neue Lösung heißt: „Strategie networks“ haben unter bestimmten Bedingungen sowohl gegenüber Vertragsbeziehungen als auch gegenüber integrierten Organisationen einen deutlichen „competitive advantage“ (Vorteile von firmeninterner Spezialisierung und gleichzeitiger firmenexterner Produktion anderer Bestandteile bei niedrigen Transaktionskosten und ständigem Kostendruck wegen bestehender Ausweichalternativen auf dem Markt)⁵¹.

Will man über einen bloß metaphorischen Gebrauch der Vorstellung von „Netz“ und „Knoten“ hinausgelangen, so stößt man auf folgenden theoretischen Gehalt. Unter Netzwerk versteht man gemeinhin eine dezentral regulierte Ordnung der Zusammenarbeit autonomer Akteure⁵². Es handelt sich um lose Kooperationsfor-

46 *Tichy*, Networks in Organization, in: Nistrom and Starbuck, Handbook for Organizational Design, 1981; *Mueller*, Corporate Networking, 1986; *Kaneko/Imai*, A Network View of the Firm, First Hitotsubashi-Stanford Conference, 1987.

47 *Hantj/Scharpf*, Interorganizational Policy-Making, 1977; *Trasher*, Exchange Networks and Implementation, Policy and Politics 11 (1983) 375; *Lubmbruch*, Concertation and the Structure of Neo-Corporatist Networks, in: J. H. Goldthorpe, Order and Conflict in Contemporary Capitalism, 1985, 60; *Sharpe*, Central Coordination and the Policy Network, Political Studies 1985, 361; *Schneider*, Politiknetzwerke der Chemikalienkontrolle: Eine Analyse der transnationalen Politikentwicklung, 1988, 9, 42ff.

48 *Ladeur*, Ein Vorschlag zur dogmatischen Neukonstruktion des Grundrechts aus Art. 8 GG als Recht auf „Ordnungsstörung“, KJ 20 (1987), 150; dazu kritisch *Blanke*, Kritik der systemfunktionalen Interpretation der Demonstrationfreiheit, KJ 20 (1987), 157; vgl. auch *Ladeur*, Zu einer Grundrechtstheorie der Selbstorganisation des Unternehmens, FS Ridder, 1989, 179.

49 *Möschel*, Dogmatische Strukturen des bargeldlosen Zahlungsverkehrs, AcP 186 (1986), 211ff.

50 *Teubner* (Fn. 16) 168ff., 176; *ders.*, Unitas Multiplex, ZGR 1990 (im Erscheinen); *ders.* (Fn. 32); *Vardaro*, Before and Beyond the Legal Person: Group Enterprises and Industrial Relations, sowie *Sciaria*, A Labour Law Perspective on Group Enterprises in Italy: Networks versus Hierarchies, beide in: D. Sugarman/G. Teubner, Regulating Corporate Groups in Europe, 1990.

51 *Macmillan/Farner*, Redefining the Boundaries of the Firm, The Journal of Industrial Economics 27 (1979), 277; *Kaneko/Imai* (Fn. 46); *Jarrillo*, On Strategic Networks, Strategic Management Review 9 (1988); *Lorenzoni*, Le organizzazioni a rete, 1989.

52 *Schneider* (Fn. 47) 9.

men, die noch nicht die Kooperationsdichte formaler Organisation aufweisen. Ökonomen benutzen gern suggestive Formeln wie „something between markets and hierarchies“⁵³, „managed economic systems“⁵⁴, „complex arrays of relationships among firms“⁵⁵. Repräsentativ dürfte die Theorie hybrider Arrangements von *Oliver Williamson* sein. *Williamson* stellt sich eine gleitende Skala der „Economic Institutions of Capitalism“ vor, von spot-market transactions über Langfristverträge bis hin zu integrierten Einheitsunternehmen, die sich nur durch die Intensität ihrer „governance structure“ unterscheiden. Franchising und andere hybride Arrangements siedeln sich dann auf dieser Skala auf einem Punkt zwischen Markt und Organisation an, der sich konkret aus Transaktionskostenüberlegungen der beteiligten Ressourcenträger ergibt⁵⁶.

Wenn auch diese Vorstellungen in die richtige Richtung weisen – hinter den „Witz“ der real operierenden Netzwerke ist man damit noch nicht gekommen. Ihre Eigenlogik erschließt sich erst, wenn man *Netzwerke nicht als Übergangsformen in einer Grauzone sieht, die die klare Unterscheidung zwischen Vertrag und Organisation grundsätzlich in Frage stellen, sondern im Gegenteil als deren Steigerungsformen*. Steigerungsformen sind erst möglich, wenn die ihnen zugrundeliegende Unterscheidung fest institutionalisiert ist und dann zum Ordnungsaufbau der Steigerungsformen benutzt werden kann.

Im Fall von Netzwerken besteht ein fest institutionalisierter Unterschied von Marktmechanismen und Organisationsmechanismen. Ausgangspunkt ist eine Form des „Marktversagens“ und des „Organisationsversagens“⁵⁷ im Hinblick auf das prekäre Verhältnis von Varietät und Redundanz⁵⁸. Rein marktlich vermittelte Vertragsbeziehungen sind zwar außerordentlich flexibel, veränderbar, innovativ, weisen aber andererseits wenig Langfristorientierung, Durchschlagskraft, Kohärenz, Durchhaltevermögen und akkumulierte Erfahrung auf. Die Erfindung der formalen Organisation konnte zwar solche Probleme der Redundanz lösen, aber dies gelang nur recht einseitig auf Kosten der Varietät. Rigidität, Bürokratismus, Motivationsprobleme, Innovationsmangel, hohe Informationskosten sind nicht nur ein Problem von Staatsorganisationen, sondern speziell auch von Privatunternehmen. „Verpaßte Gelegenheiten“ – dies ist der treibende Motor für ein neues

53 *Thorelli*, Networks: Between Markets and Hierarchies, *Strategic Management Journal* 7 (1986), 37.

54 *Macmillan/Farmer* (Fn. 51) 284.

55 *Johanson/Mattson*, Interorganizational Relations in Industrial Systems: A Network Approach Compared with the Transactional Approach, *International Journal of Management and Organization* 1988.

56 *Williamson*, *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*, 1985.

57 *Imai/Itami* (Fn. 15) 298 ff. liefern einen Katalog von Gründen des Marktversagens und des Organisationsversagens mit Rezepten der Interpenetration.

58 *Luhmann*, Die Differenzierung von Politik und Wirtschaft und ihre gesellschaftlichen Grundlagen, in: *ders.*, *Soziologische Aufklärung* 4, 1987, 32, 47 ff.

Experimentieren mit institutionellen Arrangements, die sich als „re-entry“ einer Unterscheidung in das durch sie Unterschiedene beschreiben lassen⁵⁹. Netzwerke resultieren aus einem re-entry der Unterscheidung von Markt und Hierarchie in diese selbst. In der Formulierung der japanischen Lehrmeister *Imai/Itami*:

„Market principles penetrate into the firm's resource allocation and organization principles creep into the market allocation. Interpenetration occurs to remedy the failure of pure principles either in the market or in the organization“⁶².

Entsprechend lassen sich zwei Typen von Netzwerken unterscheiden, je nach der Seite der Ausgangsunterscheidung, Markt oder Organisation. „Organisationsnetzwerke“ entstehen, wenn Organisationen in sich die Binnendifferenzierung der Wirtschaft in einen formal organisierten Bereich und einen spontanen Bereich innerhalb der eigenen Systemgrenzen wiederholen. Dezentrale Konzerne in der berühmten „multidivisional form“ sind die bedeutsamste Neuerung in diesem Bereich. „Marktnetzwerke“ hingegen entstehen im marktlich organisierten Bereich. Vertragsbeziehungen wiederholen in ihren Systemgrenzen die Differenzierung von Markt und Hierarchie, indem sie organisatorische Elemente in den Vertrag einbauen. Selten können sich solche Netzwerke spontan organisieren. Regelmäßig spielt eine „hub firm“, eine „focal firm“, eine „impresa guida“ die führende Rolle beim Aufbau und der laufenden Koordination. Diese Spezialisierung eines der beteiligten Unternehmen auf Strategie und Koordination kann, muß aber nicht, auf einem vorausgesetzten Marktstärkegefälle (etwa zwischen Marktstufen: Industrie-Handel oder Industrie-Vorlieferanten) beruhen; ebenso verbreitet sind Netzwerk-Zentren auf der Grundlage gleichgeordneter Arbeitsteilung⁶¹.

Das Resultat dieses re-entry der Organisation in den Vertrag sind:

„Strategic Networks'. In them, a ‚hub' firm has a special relationship with the other members of the network. Those relationships have most of the characteristics of a ‚hierarchical' relationship: relatively unstructured tasks, long-term point of view, relatively unspecified contracts. These relationships have all the characteristics of ‚investments', since there is always a certain ‚asset specificity' to the know how of, say, dealing with a given supplier instead of a new one. And yet, the ‚contracting parties' remain as independent organizations, with few or no points of contact along many of their dimensions“⁶².

Vertrags-Netzwerke machen sich damit das Zusammenspiel von varietätssteigernden und redundanzsteigernden Mechanismen zunutze. Also kein prekärer Kompromiß, kein Ausgleich zwischen beiden Prinzipien, sondern ein Steigerungs-

59 *Spencer-Brown*, *Laws of Form*, 1972.

60 *Imai/Itami* (Fn. 15) 285.

61 *Jarrillo* (Fn. 51); *Lorenzoni* (Fn. 51). Diese Vorstellung einer nicht-hierarchischen Zentralisierung scheint solchen Juristen im Bereich des Franchising Schwierigkeiten zu bereiten, die das Franchising begrifflich auf hierarchische Subordination festlegen wollen. Vgl. *Bauder* (Fn. 6) und *Joerges* (Fn. 2 und 6). Erfahrungen aus anderen Netzwerkbeziehungen sollten zu denken geben.

62 *Jarrillo* (Fn. 51) 6.

zusammenhang! Darin dürfte ihr fernöstliches Erfolgsgeheimnis bestehen, das Ökonomen in ihrer reichen Weltsicht allerdings nur als Transaktionskostensparnis wahrnehmen können.

IV. Doppelzurechnung im Netzwerk

Dieser Steigerungszusammenhang liefert zugleich den Schlüssel für eine netzwerkadäquate juristische Begriffsfassung. Denn Markt-Netzwerke wie das Franchising sind nicht „Zwischenformen“ zwischen Vertrag und Hierarchie, zwischen Austauschvertrag und BGB-Gesellschaft. Sie schließen keinen prekären Kompromiß zwischen Tausch und Kooperation, sondern sind eine Steigerungsform beider. Sie „kippen“ nicht vom Vertrag in die BGB-Gesellschaft um, sondern sind und bleiben dezentrale Vertragsbeziehungen, die aber aus sich hierarchische Organisationsformen heraustreiben.

Damit wird die gleichzeitige Stärkung von vertraglichen und organisatorischen Elementen möglich. Wir sind es gewöhnt, das Verhältnis von vertraglichen und gesellschaftsrechtlichen Elementen als „Nullsummenspiel“, in dem stets der eine Teil auf Kosten des anderen gewinnt, zu sehen. Im Übergang vom kurzfristigen Austauschvertrag, über das Dauerschuldverhältnis, über die bürgerlichrechtliche Innengesellschaft, über Gesamthand und Außengesellschaft bis hin zu den privatrechtlichen Korporationen beobachten wir regelmäßig, daß kollektive Elemente genau in dem Maße an Gewicht gewinnen, als individuelle Elemente an Gewicht verlieren⁶³. Netzwerke lassen sich in dieser Skala nicht unterbringen, weil individuelle und kollektive Elemente gleichzeitig an Bedeutung gewinnen können. Wie das Beispiel des Franchising gut zeigt, können in Netzwerken sowohl der Kollektivcharakter (Systemcharakter, Marketingverbund, Image-Einheit, Wettbewerbs-einheit als auch der Individualcharakter (Profitorientierung der Vertriebsstellen, interne Verteilung der Verantwortlichkeiten) gleichzeitig ins Extrem gesteigert werden⁶⁴. Die „vielköpfige Hydra“ ist keine schlechte Metapher für diese Konstellation⁶⁵.

Resultat dieser Steigerung gegenläufiger Prinzipien ist eine merkwürdige Selbststeuerung des Netzwerks, die auf einer Doppelorientierung des Handelns beruht. Wirtschaftlich betrachtet werden alle Transaktionen gleichzeitig auf den Profit des Netzwerks und auf den Profit des individuellen Akteurs ausgerichtet („profit sharing“). Diese Doppelorientierung wirkt als „constraint“, insofern alle Transaktionen dem doppelten Test genügen müssen und zugleich als „incentive“, insofern

63 Vgl. etwa die Formulierungen bei *Soergel-Hadding*, BGB, vor § 705, 7 ff., 17 ff.

64 Dazu vorzüglich *Martinek* (Fn. 3) 121 ff.

65 Als „Drachen mit vielen Häuptern“ bezeichnet *Wiedemann*, Die Unternehmensgruppe im Privatrecht, 1988, 10 die Konzerne. Vertriebssysteme können ähnliche Horrorvisionen auslösen.

Netzwerkvorteile mit Einzelvorteilen verknüpft sind⁶⁶. In juristischer Sicht muß man entsprechend von der gleichberechtigten Ko-Existenz von vergemeinschafteten Zwecken und Individualzwecken ausgehen. Das steht im deutlichen Gegensatz zu der verbreiteten Vorstellung, daß die Interessen entweder gegenläufig sind (dann Austauschvertrag) oder aber gleichgerichtet (dann Gesellschaft)⁶⁷. Auch in der juristischen Bewertung ist das Handeln der Systemmitglieder gleichzeitig „gesellschaftsrechtlich“ am gemeinsamen Zweck und „vertragsrechtlich“ an den Individualzwecken der Systemmitglieder orientiert, ohne daß man vom normativen Vorrang der einen oder der anderen Orientierung ausgehen dürfte. Hier liegt der entscheidende Unterschied zum „normalen“ Dauerschuldverhältnis mit seinem Vorrang der Verfolgung von Individualzwecken gegenüber gemeinsamen Zwecken einerseits und der BGB-Gesellschaft mit dem Vorrang der vergemeinschafteten Zwecke gegenüber individuellen andererseits.

Was für die Zweckorientierung gesagt wurde, gilt auch für die Handlungszurechnung. *Simultane Doppelzurechnung des Handelns auf Kollektiv und Individuum unterscheidet das Netzwerk vom Verband einerseits, vom Vertrag andererseits*. Auch wenn das Recht weit davon entfernt ist, Vertragssysteme als Rechtssubjekte zu behandeln, in der „Praxis“, also in der Selbststeuerung durch die Organisation und in der Fremdsteuerung durch den Markt werden straff organisierte Vertriebssysteme als Handlungseinheit und zugleich als Handlungsvielfalt „beobachtet“⁶⁸. Die Praxis macht ohne weiteres möglich, was im Recht als Widerspruch erscheint, die Verantwortung für ein und dieselbe Handlung gleichzeitig der Organisation und der Individualeinheit zuzurechnen.

Und diese Doppelzurechnung der „Praxis“, mit der organisatorische Selbststeuerung und marktliche Fremdsteuerung kombiniert wird, sollte auch das Modell für eine „netzwerkadäquate Haftung“ im Recht abgeben. Indirekte Verhaltenssteuerung durch Haftungsrecht kann das Selbststeuerungszentrum im Netzwerk nur dann „treffen“, wenn sie die Doppelorientierung des Netzwerkhandelns „irritie-

66 Der ökonomische Witz des Franchising im Vergleich zu firmeneigenen Vertriebsnetzen (selbst solchen mit firmeninternen Anreizprogrammen) liegt im „residual claim“ für den Franchisee. Vgl. als besonders klare, empirisch gestützte Studie *Norton* (Fn. 22). Der „residual claim“ ist wegen der Ersparnis von „monitoring costs“ regelmäßig höher als vergleichbare Anreize im firmeneigenen Vertrieb. Dazu *Rubin*, *The Theory of the Firm and the Structure of Franchise Contracts*, *Journal of Law and Economics* 21 (1978) 223. Die im Text herausgearbeitete Doppelorientierung, die als „constraint“ und „incentive“ wirkt, wird dort ähnlich in ökonomischer Sprache als „principal-agent incentives“ und als „information incentives“ analysiert (S. 202 ff.). Vgl. auch *Klein/Saft*, *The Law and Economics of Franchise Tying Contracts*, *Journal of Law and Economics* 28 (1985) 345; *Mathewson/Winter*, *The Economics of Franchise Contracts*, *Journal of Law and Economics* 28 (1985) 503; *Dnes*, *The Business Function of Franchising*, *Business Studies* 1 (1988) 33.

67 Etwa *Soergel-Hadding*, BGB, vor § 705, 8; § 705, 44 ff.; *Larenz*, *Schuldrecht II*, 13. Aufl. 1986, § 60 I b; *Staudinger-Kessler*, BGB, § 705, 6 ff.

68 Dazu informativ *Martinek* (Fn. 3) 121.

ren“ kann⁶⁹. Erst die gleichzeitige Beeinflussung der Kosten-Nutzen-Kalküle von „Netz“ und „Knoten“ gibt dem Haftungsrecht gewisse Chancen, das Verhalten des Netzwerks zu beeinflussen. Gleichsam „jenseits“ der individualistischen Gesamtschuld und der kollektivistischen Gesamthandsschuld müßte ein Haftungstyp der gleichzeitigen Kollektiv- und Individualhaftung etabliert werden, der eine dezentrale Haftung des gesamten Netzwerks ermöglicht⁷⁰.

Als Zwischenergebnis dieser Strukturüberlegungen sollte festgehalten werden, daß man Franchise-Systeme nicht einseitig als Vertrag oder als Organisation qualifizieren kann, ohne wesentliche Strukturmerkmale zu vernachlässigen. Auch eine Differenzierung, wonach vertragliche Franchise-Systeme an einem bestimmten Punkt in gesellschaftsrechtliche Franchise-Systeme „umkippen“, ist wenig hilfreich. Ebenso wenig die Vorstellung einer gleitenden Skala, wonach kollektive Elemente auf Kosten individueller wachsen und umgekehrt. Ertragreich erscheint hingegen die Vorstellung eines „Steigerungsverhältnisses“ von vertraglichen und organisatorischen Elementen, von individueller und kollektiver Handlungsorientierung, von Austauschzweck und gemeinschaftlichem Zweck. Dies legt ein Haftungsmodell von gleichzeitiger Kollektiv- und Individualhaftung als „Netzwerkhaftung“ nahe.

V. Deliktische Verkehrshaftung

Nun können wir der Frage nachgehen, ob und inwieweit das geltende Haftungsrecht netzwerkadäquate Strukturen aufweist und gegebenenfalls Modifikationen angezeigt sind. Ist eher das Deliktsrecht, das Vertragsrecht oder das Verbandsrecht geeignet, eine netzwerkadäquate Haftung in Franchising-Systemen zu gewährleisten? Und an welchen Stellen empfiehlt sich eine Rechtsfortbildung?

Als besonders flexibles Instrument bietet sich natürlich zuerst das Deliktsrecht an. Am einfachsten gestaltet sich der Umgang mit § 831. Nach all den Überlegungen zu den strukturellen Eigenheiten von „Netzwerken“ dürfte die Anwendung des § 831 hinsichtlich des „Oszillierens“ der Stellung der Franchisees keine Schwierigkeiten mehr bereiten. Die Betonung der Eigeninteressiertheit der Franchisees, ihrer Selbständigkeit im System, ihrer Professionalität ist jetzt kein Grund mehr, ihre Eigenschaft als „Verrichtungsgehilfen“ des Franchisors in Frage zu stellen. Denn entsprechend dem hybriden Charakter des Franchising-Netztes sollte eine gesteigerte Autonomie der Systemmitglieder nicht zu einem „Umkippen“ ihrer rechtlichen Qualifizierung führen, vielmehr bleiben sie trotz oder vielleicht gar wegen

⁶⁹ Zum Modell „indirekter“ Steuerung von Systemen vgl. *Lubmann*, Die Wirtschaft der Gesellschaft, 1988, 345 ff.; zur Problematik der Netzwerksteuerung vgl. *Teubner* (Fn. 32) 265 ff. *ders.*, Die vielköpfige Hydra: Netzwerke als kollektive Akteure, in: *Krohn/Küppers*, Emergenz und Selbstorganisation, 1990.

⁷⁰ Am nächsten kommt diesem Haftungsmodell die Konstruktion der Gesamthandsschuld mit gleichzeitiger Haftung der Gesellschafter. Problematisch daran aber ist der Aspekt des „overshooting“ einerseits und das Verhältnis der beiden Verbindlichkeiten zueinander. Vgl. nur *Flume*, Die Personengesellschaft. Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. Bd. 1.1, 1977, 282 ff. Genaueres dazu unter VI. ff.

ihrer hohen Eigenautonomie in die Organisation eingegliedert. Die Rechtsprechung des BGH, die auf selbständige Handelsvertreter § 831 in klaren Fällen der Weisungsunterworfenheit anwendet⁷¹, kann also auf Franchise-Netze dann übertragen werden, wenn der Franchisee im Rahmen einer Strategie des Franchisors tätig wird. Der Selbständigkeit ihres Handelns wiederum wird deliktsrechtlich mit ihrer rollenspezifischen Eigenhaftung neben der Geschäftsherrnhaftung Rechnung getragen. Anders als bei total in die Betriebshierarchie eingegliederten Arbeitnehmern macht in Franchising-Systemen die Eigenhaftung der Systemmitglieder wirklich Sinn⁷². In dem eingangs erwähnten Fall eines „systembedingten“ Wettbewerbsverstoßes eines Franchisees wird man entsprechend eine Haftung sowohl des Franchisors als auch des Franchisees annehmen müssen.

Wie aber löst man die über § 831 hinausgehenden Probleme des Einbezugs des Franchisors als Organisationsspitze in die Schutzpflichten, die sich wegen der dichten Handlungsverflechtung in Franchising-Organisationen besonders dringlich stellen? Für einen Teil der Haftungskonstellationen bietet die Produkthaftung und zwar sowohl die nach §§ 823 ff. wie die nach dem Produkthaftungsgesetz schon heute – und vielleicht in Zukunft auch für weitere Konstellationen – ein flexibles und wirkungsvolles Instrument. Ohne daß es aufwendiger vertragsrechtlicher oder gar verbandsrechtlicher „Durchgriffs“-Konstruktionen bedarf, wird danach der Franchisor unmittelbar mit gesteigerten Pflichten, den typischen Herstellerpflichten, belastet⁷³. Dabei kommt es nicht darauf an, ob das Franchise-Verhältnis nach außen offengelegt ist oder nicht. Es entscheidet allein die „Verkehrspflicht“ des Produzenten⁷⁴.

Auch in den Franchise-Gestaltungen, in denen nicht der Franchisor, sondern der Franchisee das Produkt („Hamburger“!) herstellt, haftet der Franchisor unmittelbar nach den Grundsätzen der Produkthaftung, insofern der Herstellungsvorgang seinen generellen und speziellen Anweisungen unterliegt. Im Unterschied zu reinen Herstellerlizenzen hat der Franchisor regelmäßig derart weitgehende Einflußmöglichkeiten, daß die Ausdehnung der Produkthaftung auf am Produktionsprozeß beteiligte „weitere Personen“ unter den drei einschlägigen Gesichtspunkten – Kontrolle, Mitverursachung, Identifizierung – im Umfang der erteilten Instruktionen ohne weiteres den Franchisor treffen muß⁷⁵. Im neuen Produkthaftungsge-

71 BGH NJW 1980, 941; *Schröder* (Fn. 42) § 86. Dabei sollte klargestellt werden, daß es nicht auf „soziale Abhängigkeit“, sondern auf organisatorische Eingliederung ankommt, vgl. *Sellert*, Zur Anwendung der §§ 831, 31 BGB auf die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, AcP 175 (1975), 77 ff.; *H. Roth* (Fn. 30) 436. Dies hat Konsequenzen für das Partnerschaftsfranchising.

72 Vgl. *Brüggemeier* (Fn. 8) 1986, 887, der zutreffend differenziert zwischen in die Hierarchie eingegliederten Arbeitnehmern einerseits und „Professionellen“ andererseits. Nur bei letzteren mache die deliktische Eigenhaftung neben der Geschäftsherrnhaftung Sinn.

73 *Körner* (Fn. 6) 3056; *Joerges* (Fn. 6).

74 *Joerges* (Fn. 6) 210.

75 *Körner* (Fn. 6); vgl. auch *Lüderitz*, Produzieren in und unter fremdem Namen – Zurechnungskriterien in der deutschen und US-amerikanischen Produkthaftpflicht, FS Pleyer, 1986, S. 553.

setz kommt man zu dem gleichen Ergebnis über den extrem weiten Herstellerbegriff des § 4, der jeden Franchisor in die Haftung einbezieht, „der sich durch das Anbringen von . . . unterscheidungskräftigen Kennzeichen als Hersteller aus gibt“⁷⁶.

Den Franchisee wiederum treffen, je nachdem wie er konkret in den Produktions- und Vertriebsprozeß eingeschaltet ist, in Anwendung der Grundsätze, welche die Rechtsprechung inzwischen für verschiedene Vertriebskonstellationen aufgestellt hat, situationsabhängige Produktionspflichten, Prüfpflichten bzw. Informationspflichten⁷⁷.

Insgesamt weist die Produkthaftung viele „netzwerkadäquate“ Eigenschaften auf. Sie ergreift die Organisationsspitze mit gesteigerten Pflichtbindungen und begründet ihre Einstandshaftung für den gesamten Organisationsbereich, insofern er ihren Kontrollmöglichkeiten unterliegt. Sie ist aber zugleich dezentral, indem sie „Netz“ und „Knoten“ jeweils entsprechend der internen Aufgabenverteilung mit komplementären Verhaltenspflichten belegt. Durch die Aufteilung deliktischer „Verkehrspflichten“ spiegelt sie exakt die vertraglich arrangierte Arbeitsteilung im Netzwerk wieder und verteilt die Verantwortlichkeiten entsprechend. Damit dürfte sie mit hinreichender Präzision die Selbststeuerung im Netzwerk „treffen“. Sie ist schließlich rechtsformneutral, indem sie unabhängig von einer vertragsrechtlichen, gesellschaftsrechtlichen oder konzernrechtlichen Einkleidung des Franchising-Vertriebs die Akteure mit Verhaltenspflichten entsprechend ihrer faktischen Handlungskompetenz belegt und auf diesem Wege negative externe Effekte internalisiert.

Dies alles darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß die Produkthaftung nur einen Teil der Haftungskonstellationen im Franchising abdeckt. Es bleiben reichlich Fälle, in denen sich die Mängel des Deliktsrechts empfindlich bemerkbar machen, in denen von der Franchising-Organisation kein Ersatz zu haben ist. Solche Fälle haben die EG-Kommission dazu veranlaßt, bei Freistellungsentscheidungen darauf zu achten, daß ausreichend Verbraucherschutz gewährleistet ist, etwa über eine Pflichtversicherung für Franchisees oder über ausreichende Garantien im Franchise-System⁷⁸. Heute muß nach der neuen Gruppenfreistellungsverordnung die Garantieleistung überall im System erbracht werden – eine bemerkenswerte Innovation, die eine Art hoheitlich erzwungene vertragliche „Netzwerkhaftung“ darstellt⁷⁹.

76 Palandt-Thomas, ProdHaftG, § 4, 3; Joerges (Fn. 6) 210.

77 Mertens, MK-BGB, §§ 823, 289f.; Soergel-Zeuner, BGB, § 823, 151; Brüggemeier (Fn. 8) 1986, 361ff.; Joerges (Fn. 6), 210.

78 Vgl. EG-Komm. „Yves Rocher“ ABIEG L 8/49 v. 10. 1. 1987, Ziff. 17, 62.

79 Art. 4b der Verordnung Nr. 4087/88 der Kommission vom 30. November 1988 über die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Franchisevereinbarungen, ABl L 359 vom 28. 12. 1988, S. 46–52, WuW 1989, 306ff. Dazu *Schultz-Schäfer*, Franchising im Lichte der neuen EG-Gruppenfreistellungsverordnung, GRUR Int. 1989, 515. Vgl. dagegen zur allgemeinen Rechtslage BGH, BB 1985, 1226, der bei Vertragshändlern die Herstellergarantie nur gegenüber dem Verkäufer für durchsetzbar hält, da ansonsten ein Vertrag zu Lasten Dritter entstünde, dazu *Soergel-Huber*, BGB, § 459, 149.

Der ganze Bereich des Dienstleistungsfranchising wird von der auf industrielle Waren begrenzten Produkthaftung, die Dienst- und Werkleistungen ausschließt, nicht erfaßt⁸⁰. Ebenso wenig die nicht produkt-bezogenen Schutzpflichten und sonstigen Nebenpflichten. Abgesehen von dem positivrechtlich geregelten Sonderfall der §§ 14 III, 13 III UWG, der eine Haftung für Beauftragte wegen Wettbewerbsverstößen – und auch dies nur in Grenzen – anordnet⁸¹, bleibt es bei einer deliktsrechtlichen Haftung der Franchise-Systeme, die als Individualhaftung der Außenstellen ihrem hochorganisierten Charakter nicht ausreichend Rechnung trägt. So kommt eine sittenwidrige Schädigung, für die der Franchisor oder die Gesamtorganisation nach § 826 eintreten müßten, nur in Betracht, wenn die Geschäftsschädigung beabsichtigt war, also vorsätzlich erfolgte. Die spezifische wettbewerbliche Haftung gilt dagegen nur für denjenigen, der die beeinträchtigende Handlung vorgenommen hat (§§ 1, 14 UWG).

Abhilfe böte erst eine Weiterentwicklung der „Verkehrspflichten“⁸². Der Grundgedanke, daß, wer einen risikoträchtigen „Verkehr“ eröffnet, mit Sonderpflichten zur Risikovermeidung belegt wird, wäre über den bisher anerkannten Geltungsbereich⁸³ hinaus auch auf die Eröffnung einer Vertriebsorganisation wie dem Franchising anzuwenden. Die Vertriebsorganisation von Waren und insbesondere die von Dienstleistungen wäre dann als „Verkehr“ im Sinne des Deliktsrechts anzusehen, für dessen fehlerfreies Funktionieren der Franchisor – über gesteigerte Verhaltenspflichten und ohne Entlastungsmöglichkeit – unmittelbar verantwortlich wäre⁸⁴. Damit wäre die unterschiedliche Behandlung der Produkthaftung

80 Vgl. *Schmidt-Salzer*, Kommentar zu EG-RiL ProdHaftG Art. 2, 9.

81 Die Beauftragtenhaftung gilt nur für den Abwehranspruch, nicht für den Ersatzanspruch, BGH NJW 1980, 941; Anmerkung *Schulze zur Wiesche*, GRUR 1980, 117.

82 Dazu eindringlich *Brüggemeier* (Fn. 8) 313 ff.

83 Dazu etwa *Soergel-Zeuner*, BGB, § 823, 182.

84 In diese Richtung weisen die Formulierungen des OLG Karlsruhe NZV 1989, 435; „Mit dem Aufbau einer so gekennzeichneten Vertriebsorganisation schuf die Kl., jedenfalls in Einzelfällen, Gefahren für den gerade durch das Organisationsnetz zu gewinnenden Kundenstamm.“ Konsequenz dieser Verkehrseröffnung durch Aufbau eines Vertriebsnetzes seien „Organisations- und Aufsichtspflichten“. Ebenso leitet *H. Roth* in der Urteilsanmerkung (436) eine „Verkehrspflicht“ aus der „Errichtung eines gefahrträchtigen Vertriebsnetzes“ ab (allerdings mit gleichzeitiger Absage an vermögensbezogene Verkehrspflichten!).

Für die deliktische Erfassung einer anderen „Vertriebsorganisation“, nämlich des Vertriebs von Kapitalanteilen über die Prospekthaftung *MK-Mertens*, BGB, § 826, 196; *Bar*, Vertrauenshaftung ohne Vertrauen, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 12 (1983), 476, 504 ff.; *Assmann*, Prospekthaftung, 1985, 252 ff., 273 ff. Zur generellen Haftung von Banken für Kreditvermittler beim Vertrieb von Konsumentendarlehen in England *Schwartz*, Die Vermittlung von Konsumentenkrediten, in: Magoulas & Simon, Recht und Ökonomie beim Konsumentenschutz und Konsumentenkredit, 1985, 172.

Zur deliktischen Erfassung der „Vertragsnetze“ der Reiseveranstalter über Verkehrspflichten BGHZ 103, 298, 303 ff.

vergleichbaren Fälle, insbesondere des Dienstleistungsfranchising, beseitigt. Sollte man vielleicht sogar soweit gehen, nicht auf den technischen „Vertrieb“ abzustellen, sondern den Aufbau und die Koordination eines Vertragsnetzwerkes als solchen mit deliktischen „Verkehrspflichten“ zu belegen?

Freilich begibt man sich damit in spannungsreiche Zonen. Es droht die Konkurrenz der „Organisationspflichten“ des § 31 BGB zu denen des § 823⁸⁵. Und es dräut die ungelöste Frage der Gebietsansprüche der „Contorts“: Wie grenzten sich solche „Vertriebspflichten“ als deliktische Verkehrspflichten von quasi-vertraglichen Schutzpflichten (Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte, gesetzliches Schutzpflichtverhältnis etc.) ab⁸⁶? Ohne daß ich die Diskussion hier vertiefen kann, möchte ich folgende Abgrenzung meinen weiteren Überlegungen zugrundelegen: Angeregt von der Unterscheidung zwischen Produktionskosten und Transaktionskosten möchte ich zwischen der haftungsrechtlichen Bewältigung von Produktionsrisiken einerseits und von Transaktionsrisiken andererseits unterscheiden. Deliktische Verkehrspflichten sollten darauf konzentriert werden, die Produktionsrisiken im weiteren Sinne, also die technischen Risiken, die betrieblichen Gefahren des „Verkehrs“ von Produktion und Vertrieb unabhängig von der gewählten Rechtsform zu kompensieren. Transaktionsrisiken hingegen, also solche, die gerade aus der gewählten Rechtsform der Transaktion – Vertrag, Personengesellschaft, Kapitalgesellschaft, Konzern – herrühren, lassen sich nicht rechtsformneutral behandeln. Vielmehr sollten sie im Sachzusammenhang des jeweiligen Rechtsgebietes unter Berücksichtigung der spezifischen Vorteile und Nachteile der Beteiligten behandelt werden. Der deliktsrechtliche Imperialismus findet also dort seine Grenze, wo es um rechtsformspezifische Risiken – z. B. Risikoabschottung durch juristische Personifizierung von Teileinheiten – geht. Hier muß rechtsformspezifisches Haftungsrecht einsetzen, also etwa im Konzern der konzernspezifische Durchgriff und das Recht des Autokrans.

Für unsere Haftungsproblematik beim Franchising würde dies bedeuten, daß die „technischen“ Risiken des Vertriebssystems (Transport, Lagerung, Information, Entwicklung) grundsätzlich über deliktische Verkehrspflichten aufgefangen werden, die rechtsformspezifischen Probleme aus der Transaktion selbst, also etwa die Verschiebung von Haftungsrisiken von einem Akteur auf den anderen, Risikoabschottung durch Konzernierung oder isolierte vertragliche Gestaltung, Risikoveränderungen durch vertragsspezifische Abmachungen, rechtsformspezifisch, also daneben über gesellschaftsrechtliche Verbandshaftung oder über vertragliche Verbundhaftung zu lösen sind. Im Überschneidungsbereich von Produktionsrisiken und Transaktionsrisiken wäre von einer Anspruchskonkurrenz auszugehen. Eine

85 Dazu *Palandt-Heinrichs*, BGB, § 31, 2; *Soergel-Zeuner*, BGB, § 823, 184.

86 Etwa *Mertens*, Deliktsrecht und Sonderprivatrecht – Zur Rechtsfortbildung des deliktischen Schutzes von Vermögensinteressen, AcP 178 (1978), 227–262, 227; *Bar*, Verkehrspflichten: Richterliche Gefahrsteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht, 1980, 220 ff.; 312 ff.; *Hopt*, Nichtvertragliche Haftung außerhalb von Schadens- und Bereicherungsrecht, AcP 183 (1983), 608; *Brügemeier* (Fn. 8) 70 ff.

derartige Konkurrenz der Anspruchsgrundlagen ist möglich⁸⁷ und würde sowohl den – nicht nur bei Franchise-Systemen auftretenden – technischen Vertriebsrisiken als auch den spezifischen Organisationsrisiken gerecht werden.

VI. Organisationsrechtliche Verbandshaftung

Vertrag oder Organisation? Da es sich bei den Franchise-Systemen trotz ihres formal vertraglichen Charakters in Wahrheit um straff koordinierte Organisationen handelt, würde eine funktionale Sicht, eine „wirtschaftliche Betrachtungsweise“ weitgehend Gesellschaftsrecht heranziehen und auch die Haftung der Franchise-Systeme als solcher nach Verbandsrecht ausgestalten. Wie schon oben erwähnt, hatten in der Tat das RG und Teile der älteren Literatur auf „gesellschaftsähnliche“ Vertriebssysteme Gesellschaftsrechtsnormen angewandt und nach einer längeren Phase der dogmatischen Verdrängung ihrer organisationsrechtlichen Elemente hat in neuerer Zeit besonders *Martinek* für eine differenzierte Anwendung des Gesellschaftsrechts plädiert. Wohin führt uns hier die strukturelle Analyse der Franchising-Systeme als „Netzwerke“?

Im Vordergrund einer verbandsrechtlich ausgestalteten Haftung steht das Rechtsprinzip des § 31 BGB⁸⁸. Das Franchising-System als solches wird danach als eine Verbandseinheit betrachtet, der die Handlungen der Systemmitglieder und das heißt die Handlungen von „Netz“ und „Knoten“, von Franchisor und Franchisees, haftungsrechtlich zugerechnet werden. Unterschiedliche dogmatische Konstruktionen führen zu diesem Ergebnis. Sollte man mit *Martinek* extrem enggeführte Systeme des Gleichordnungsfranchising als Gleichordnungskonzern qualifizieren⁸⁹, so kommt eine Haftung der Mitglieder der untergelegten BGB-Gesellschaft aus § 31 in Betracht. Akzeptiert man weiterhin *Martineks* Konstruktion des Koalitionsfranchising als Bündel von BGB-Gesellschaften zwischen Franchisor und Franchisee⁹⁰, bzw. die des Konföderationsfranchising als eine große BGB-Gesellschaft unter allen Systemmitgliedern⁹¹, so rückt wiederum § 31 BGB in den Blick. Freilich müßte man noch beträchtliche konstruktive Bedenken überwinden, ehe eine tatsächliche Haftung einträte: zunächst die analoge Anwendung des § 31 auf BGB-Gesellschaften, was heute in der Literatur allgemein anerkannt ist⁹², dann aber die Anwendung des § 31 auch auf Innengesellschaften und auf Gesellschaften

87 Vgl. *Soergel-Hadding*, BGB, 1986, Anh. § 328, 25.

88 Entsprechend erwägt auch *H. Roth* (Fn. 30) 436 in einem Fall, der die Haftung eines Direktändler-Vertriebsnetzes betrifft, die analoge Anwendung des § 31 BGB, lehnt sie aber letztlich mit dem Argument ab, damit würde die „verbandsrechtliche Verankerung des § 31 BGB konturenlos“.

89 *Martinek* (Fn. 3) 648.

90 *Martinek* (Fn. 3) 389 ff.

91 *Martinek* (Fn. 3) 410 ff.

92 Vgl. *Ulmer*, MK-BGB, § 705, 190 m. w. N.

ohne Gesamthandsvermögen, was schon sehr viel problematischer ist⁹³. Immerhin läßt die konkrete Binnenordnung von Franchising-Systemen erkennen, daß es letztlich entscheidend nicht auf das Bestehen von Gesamthandsvermögen ankommen sollte, auch nicht auf eine korporative Struktur, sondern auf enge Handlungsverflechtung im System, wonach die Zurechnung des Handelns auf Individualanteile schwierig und künstlich erscheint.

Aber auch unabhängig von einer Qualifizierung des einzelnen Franchise-Systems als BGB-Gesellschaft ist an § 31 zu denken. Zum einen wäre zu prüfen, ob die berühmten „Organisationspflichten“ aus §§ 31, 823 nicht auch auf organisierte Vertriebssysteme Geltung beanspruchen. Dafür spricht insbesondere die faktische und interessenmäßige Ähnlichkeit einer „Vertriebsstelle“ des Franchising und anderer Vertriebsnetze mit einer „Filiale“ eines Einheitsunternehmens⁹⁴. Wenn ja, müßte man sich mit der Frage auseinandersetzen, ob es gerechtfertigt ist, einen Unterschied zu machen, je nachdem ob das Franchisor-Unternehmen selbst gesellschaftsrechtlich organisiert oder einzelkaufmännisches Unternehmen ist⁹⁵. Zum anderen wäre der Frage nachzugehen, ob die ständige Ausdehnung des Rechtsprinzips des § 31 über den nichtrechtsfähigen Verein, die Personenhandelsgesellschaften, die BGB-Gesellschaft, ja bis hin zu den verselbständigten Sondervermögen wie Konkursmasse und Erbmasse vor organisierten Vertragsverbänden Halt machen darf⁹⁶. Das läge besonders nahe, wenn man Vertriebssysteme zwar nicht als BGB-Gesellschaften, aber als „gemischte Verträge“ (Tauschverträge mit starken gesellschaftsrechtlichen Elementen) qualifiziert und für diese – um eine heute verpönte Formel zu benutzen – „gesellschaftsähnlichen Rechtsverhältnisse“ die Frage der analogen Anwendung des § 31 stellt.

Nicht zu vergessen: Konzernrecht. Die Analogie von Vertriebssystemen zu den Konzernen wird ja immer wieder gezogen. Und dies zu Recht. Denn in beiden Fällen steht man vor dem Phänomen einer dezentralen Organisation mit quasi-autonomen Untereinheiten und einer Koordinationszentrale, vor den Paradoxien der *unitas multiplex* und der Durchdringung von Markt und Organisation. Im Zentrum steht die Auslegung des § 17 AktG. Ist die gesellschaftsrechtliche Verflechtung notwendige Voraussetzung der Konzernierung oder genügen auch andere, ins-

93 An vorderster Front *Assmann*, Zur Haftung von Konsortien für das rechtsgeschäftliche Handeln ihrer Vertreter, ZHR 152 (1988), 371, 379, der für eine Entbehrlichkeit des Gesellschaftsvermögens als Anwendungsvoraussetzung des § 31 bei Bankkonsortien plädiert.

94 Ebenso die Erwägungen des OLG Karlsruhe NZV 1989, 434, 435 und *H. Roth* in der Urteilsanmerkung (Fn. 30).

95 *Reuter*, MK-BGB, § 31, 13; *Palandt-Heinrichs*, BGB, § 31, 2.

96 Die gleiche Frage stellt *H. Roth* (Fn. 30) in Bezug auf Direkthändler-Vertriebssysteme. Allgemein zur Ausdehnung des § 31 auf nicht-körperschaftliche Gebilde *Reuter*, MK-BGB, § 31, 9 ff.; *Palandt-Heinrichs*, BGB, § 31, 1; *Soergel-Schultze-von-Lasaulx*, BGB, § 31, 12.

besondere vertragliche Formen der Begründung der Abhängigkeit⁹⁷? Wenn man wie *Martinek* – jedenfalls für extrem zentralisierte Formen des Franchising – die Konzerneigenschaft bejaht⁹⁸, wird man nicht umhinkönnen, auch Konzernhaftungsrecht anzuwenden. Dies würde für Konstellationen des „qualifizierten“ Franchise-Konzerns nach den Grundsätzen des Autokran-Urteils im Ergebnis eine allgemeine Einstandspflicht des Franchisors für sämtliche Schulden der Franchisees bedeuten⁹⁹ und für weniger krasse Fälle eine punktuelle Haftung nach den Grundsätzen des Konzerndurchgriffs¹⁰⁰.

Doch wie netzwerkadäquat ist das Recht der Organisationshaftung, insbesondere § 31 BGB? „Modell“ des § 31 ist eine integrierte Organisation mit den Elementen des einheitlichen Zweckes, der Handlungseinheit, der Rechtsperson und damit auch der Verantwortungseinheit für das Handeln der Organe¹⁰¹. Verfehlt dies Modell aber nicht gerade wesentliche Merkmale des „Netzwerks“, die wir oben herausgearbeitet haben: die Dezentralität, die Autonomie der Untereinheiten, die Doppelzurechnung des Handelns auf Organisation und verantwortliche Akteure? Sicherlich, § 31 löst die Probleme, die eine bloß deliktsrechtliche Haftung dem Franchising stellt. Der Franchisor als Organisationsspitze wird der verstärkten Pflichtbindung, sämtlichen Schutzpflichten, ja sämtlichen Vertragspflichten unterworfen. Gehaftet wird zudem für sämtliche Verfehlungen innerhalb der Franchising-Organisation. Etwaige Risikoverschiebungen bedingt durch das allgemeine Relativitätsprinzip und durch spezielle vertragliche Abmachungen zwischen Franchisor und Franchisees, die zu Lasten Dritter gehen, werden haftungsmäßig kompensiert. Aber wenn es gegen dezentrale Netzwerke eingesetzt wird, bewirkt das Haftungsinstrumente des § 31 BGB ein „overshooting“. Indem es alles Handeln auf die Zentrale zurechnet, wird es den realen dezentral koordinierten Handlungs- und Verantwortungskompetenzen nicht gerecht. Seine Steuerungswirkung ist nicht präzise genug, da es pauschal auf den Gesamtverband und nicht zugleich auf das konkrete Handlungszentrum zielt.

Eine Netzwerk-Betrachtung macht auf den „Kategorienfehler“ einer Verbandschaftung in solchen Konstellationen aufmerksam. Franchising-Netze sind eben

97 Rspr. und h.L. verlangen gesellschaftsrechtliche Verpflechtung: LG Düsseldorf, ZIP 1981, 601 ff.; Großkommentar-*Würdinger*, AktG, § 17, 3; *Scholz/Emmerich*, GmbHG, 1986, Anh. 45; *Sura*, Fremdeinfluß und Abhängigkeit im Aktiengesetz, 1978, 54 ff.; *K. Schmidt*, „Unternehmen“ und „Abhängigkeit“, ZGR 1980, 227 ff., 284 f. Dagegen lassen eine bloße wirtschaftliche Abhängigkeit genügen: *Godin/Wilhelmi*, AktG, § 17, 2; *Dierdorf*, Herrschaft und Abhängigkeit einer Aktiengesellschaft auf schuldvertraglicher und tatsächlicher Grundlage, 1978.

98 *Martinek* (Fn. 3) 644 f.; vgl. auch *Nagel*, Der faktische Just-in-Time-Konzern – Unternehmensübergreifende Rationalisierungskonzepte und Konzernrecht am Beispiel der Automobilindustrie, DB 1989, 1505, der für die Parallelkonstellation der Zuliefernetze in Fällen enger Verknüpfung nach dem „Just in Time“-Konzept einen faktischen Konzern annimmt.

99 BGHZ 95, 330 – Autokran; BGH ZIP 1989, 440 – Tiefbau.

100 Dazu *Teubner* (Fn. 32).

101 Vgl. *Reuter*, MK-BGB, § 31, 7 ff.

nicht bloße in Vertragsform eingekleidete Organisationen, denen man mit einem Durchgriff auf die wirtschaftlichen Tatsachen schon beikommen wird. Als „Markt-Netzwerke“ im oben eingeführten Sinne wiederholen sie in ihren Systemgrenzen die Differenzierung von Vertrag und Organisation, ohne daß sie damit aber ihre Vertragseigenschaften verlören. Sie sind und bleiben Verträge und ihre Besonderheit besteht geradezu darin, daß sie auf ihren Vertragseigenschaften aufbauen, um eine formale Organisation zu konstituieren. Auf dieser Doppelstruktur muß auch das Haftungsrecht aufbauen. Die Systemmitglieder sind in der Tat „Organe“ der Franchising-Organisation; sie bleiben aber zugleich „Akteure“ als Handlungs-, Interesse- und Verantwortungseinheiten im Vertragsverbund.

Ähnliches gilt für das Konzernhaftungsrecht. Sollte man in Fällen des „qualifizierten“ Franchising das Instrumentarium des Autokrans anwenden, so wäre dies auch hier eine recht grobe Behandlung diffiziler Verantwortungslagen: ein undifferenziertes Einstehenmüssen des Franchisors für sämtliche Haftungsverbindlichkeiten des Franchisees.

VII. Vertragliche Verbundhaftung

Deswegen also ist letztlich doch das Vertragsrecht und nicht das Verbandsrecht der richtige systematische Ort, die Eigenheiten, Risiken und Gefahren von „Markt-Netzwerken“ wie dem Franchising rechtlich zu bewältigen. Deswegen also macht es Sinn, dem Organisationscharakter von Vertragsverbänden nicht mit gesellschaftsrechtlichen Denkmitteln – mit dem „Umkippen“ der Verträge in Verbände – zu begegnen, sondern mit den Denkmitteln eines heute nur in Ansätzen vorhandenen „Vertragsorganisationsrechts“¹⁰².

Dessen Defizite sind allerdings nicht zu übersehen. Im wesentlichen gibt es nur drei dogmatische Figuren, Organisationselemente im Vertragsrecht auch rechtlich zu berücksichtigen: Dauerschuldverhältnisse, „gesellschaftsähnliche Rechtsverhältnisse“ und Vertragsverbindungen. Dauerschuldverhältnisse sind rechtlicher Ausdruck von formalen Organisationen auf vertraglicher Basis¹⁰³. Sie betonen allerdings einseitig nur das Moment der Zeit, die langfristige Bindung, die Anpassung an veränderte Umstände, die Probleme des jederzeitigen Lösungsrechtes aus wichtigem Grunde. Notwendig wäre ihre Weiterentwicklung zu einer Dogmatik der „relational contracts“, in der ihr Organisationscharakter nicht nur in der zeitlichen Dimension, sondern besonders auch in ihrer sachlichen und sozialen Dimen-

102 Vgl. etwa die organisationsrechtlichen Ansätze in der grundsätzlich vertragsrechtlich angelegten Konzeption von *Ulmer* (Fn. 19). Zur Dogmengeschichte und der heutigen Problematik von „Vertragsorganisation“ *Schanze* (Fn. 2).

103 Zur Dogmatik des Dauerschuldverhältnisses *Gernhuber* (Fn. 10) 377 ff. m. w. N.

sion betont würde¹⁰⁴. An dieser Stelle müßte die dogmatische Brücke von den Dauerschuldverhältnissen zu den „gesellschaftsähnlichen Rechtsverhältnissen“ geschlagen werden, die ja sachlich durch die Verdichtung des Austauschzwecks zu einem gesellschaftsähnlichen Kooperationszweck ausgezeichnet sind¹⁰⁵. Im Begriff der Vertragsverbindungen wiederum findet sich in der Sozialdimension eine andere schwach ausgeprägte Berücksichtigung des Organisationscharakters von Vertragssystemen, die besonders an der künstlichen Aufsplitterung einer einheitlichen Organisation in voneinander getrennte Einzelverträge ihr Ausgangsproblem haben¹⁰⁶. Mit Hilfe der ergänzenden Vertragsauslegung, der Begründung von Nebenpflichten aus dem übergreifenden Organisationszweck und der Verklammerung über die Geschäftsgrundlage hat man bisher versucht, die übergreifende Organisation in die Einzelverträge hineinzübersetzen. Wenn es richtig ist, daß hybride Vertragsorganisationen zunehmend an wirtschaftlicher Bedeutung gewinnen, dann wird es darauf ankommen, die bisherigen Ansätze auf den drei genannten Gebieten – Dauerschuldverhältnisse, „gesellschaftsähnliche Rechtsverhältnisse“ und Vertragsverbindungen – systematisch zu einem Vertragsorganisationsrecht auszubauen. Ein Vertragsorganisationsrecht unterscheidet sich vom gesellschaftsrechtlichen Organisationsrecht dadurch, daß sowohl der gemeinsame Zweck als auch die Einzelzwecke der Mitglieder/Vertragspartner rechtlich anerkannt sind und keines von beiden zum bloßen wirtschaftlichen Motiv degradiert wird, daß die Systemmitglieder nicht nur „Organe“ der Organisation, sondern zugleich auch autonome „Akteure“ sind, daß die Handlungs- und Verantwortungszurechnung zugleich zentral und dezentral stattfindet, kurz: daß das Recht der relationalen Verträge dem Netzwerkecharakter der Vertragsorganisationen Rechnung trägt.

In gewisser Weise ist das Haftungsrecht ein Testfall für solche Bemühungen. Die haftungsrechtliche Erfassung der Netzwerke als solcher, die aber zugleich eine dezentrale Haftung bedeuten muß, dürfte mit den bisherigen Mitteln, der Zurechnung über §§ 273, 831 nicht ausreichend spezifisch erreicht sein. Den mutigsten Vorstoß, dem Netzwerkecharakter solcher Vertragsverbände nicht nur punktuell, sondern umfassend gerecht zu werden, hat bisher *Möschel* mit seinem Vorschlag eines „Netzvertrages“ im Bereich des Zahlungsverkehrs der Banken gewagt¹⁰⁷. Hier muß man weiter bauen.

104 Zum relational contract vgl. *Macneil*, *The New Social Contract. An Inquiry into Modern Contractual Relations*, 1980; *Köndgen*, *Selbstbindung ohne Vertrag. Zur Haftung aus geschäftsbezogenem Handeln*, 1981; *Schmid*, *Zur sozialen Wirklichkeit des Vertrages*, 1983; *Daintith*, *The Design and Performance of Long-Term Contracts*, in: T. C. Daintith/G. Teubner, *Contract and Organisation*, 1986, 164; *Joerges* (Fn. 6).

105 Dazu die Angaben in Fn. 17.

106 *Gernhuber* (Fn. 10) § 31. Zu einer organisationsrechtlichen Deutung der Vertragsverbindungen vgl. *Teubner*, *AK-BGB*, 1980, § 242, 92.

107 *Möschel* (Fn. 49) 217 ff.; skeptisch *Köndgen*, *Bankhaftung – Strukturen und Tendenzen*, in: J. Köndgen, *Neue Entwicklungen im Bankhaftungsgesetz*, 1987, 133, 144 ff.; *Koller*, *Grundstrukturen des Bankhaftungsrechts unter besonderer Berücksichtigung des Zahlungsverkehrs*, in: J. Köndgen, *Neue Entwicklungen im Bankhaftungsrecht*, 1987, 21, 25; *Hüffer*, *Die Haftung gegenüber dem ersten Auftraggeber im mehrgliedrigen Zah-*

In der Sache handelt es sich dabei um eine Spielart, wenn nicht gar um eine Fallgruppe des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte. Die „Sozialwirkungen der Schuldverhältnisse“ für andere als die Vertragspartner sind der gemeinsame Grund für die haftungsmäßige „Drittwirkung“ des Vertrages¹⁰⁸. Der Unterschied zu anderen Fallgruppen des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte besteht jedoch darin, daß bei einem Netzwerk die typischen *Drittgefährdungen nicht bloß von der Leistung selbst ausgehen, sondern von der Art der Organisation der Leistungsbeziehungen*. „Innerer Grund“ der Drittwirkung ist im Falle der Banküberweisungen wie im Falle des Franchising, daß eine komplexe Dienstleistung zwar eng koordiniert erbracht wird, diese zugleich aber mit Hilfe vertraglicher Arrangements so dezentral und arbeitsteilig organisiert ist, daß nur ein Teil des Koordinationssystems (Kundenbank bzw. Franchisee) mit den Kunden vertragliche Beziehungen unterhält. Resultat sind negative Externalitäten, die vom vertraglich organisierten Koordinationssystem ausgehen. Das rechtfertigt es, den das Koordinationssystem konstituierenden Verträgen (Zwischen-Bank-Beziehungen bzw. Franchise-Netz) auch rechtliche Drittwirkungen zuzuschreiben, die solche Externalitäten zu internalisieren vermögen.

Verantwortungsprinzip muß sein, daß nicht nur das Mitglied des Franchise-Systems, das „zufällig“ in Vertragsbeziehungen zu Dritten steht, sondern alle die Systemmitglieder, die nach der internen Aufgabenverteilung handlungsmäßig in den Außenkontakt verflochten sind, den verschärften Verhaltenspflichten aussetzen sind.

Ob man zur sachgerechten Bewältigung zahlreicher dabei auftretender Einzelfragen auf das anerkannte Rechtsinstitut des Vertrages mit Drittschutz zurückgreifen kann oder ob man konstruktiv neue Wege beschreiten muß, hängt u. a. davon ab, wie extensiv man den Vertrag mit Drittschutz selbst interpretiert. Netzwerkadäquat erscheinen folgende Grundsätze: Haftungsgrund einer Drittwirkung des Franchising-Vertragsnetzes kann nur das objektive Kriterium der „Leistungsnahe“ sein, also die Gefährdungen, die von der Franchise-Beziehung auf Dritte ausgehen¹⁰⁹ und nicht etwa eine „stillschweigende“ Vereinbarung der Franchise-Partner zugunsten Dritter oder auch nur ergänzende Vertragsauslegung¹¹⁰. Die typische Gefährdung liegt nicht wie in anderen Fällen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, etwa den Transportfällen oder den Werkvertragsfällen, in der

lungsverkehr, ZHR 151 (1987), 93, 106 ff.; *Schröter*, Bankenhaftung im mehrgliedrigen Zahlungsverkehr, ZHR 151 (1987), 118; *Canaris*, Bankvertragsrecht, 1988, Rz. 393.

108 *Gernhuber* (Fn. 10) 529.

109 Für eine solche institutionelle Sicht der Drittwirkung im allgemeinen *Gernhuber*, Drittwirkungen im Schuldverhältnis kraft Leistungsnahe, FS Nikisch, 1958, 249, 270; *ders.*, Gläubiger, Schuldner, Dritte, JZ 1962, 553, 55; *ders.* (Fn. 10) § 21 II 6; *Canaris*, Ansprüche wegen „positiver Vertragsverletzung“ und „Schutzwirkung für Dritte bei nichtigen Verträgen“, JZ 1965, 477 f.; *Winterfeld*, Drittschadensliquidation und Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, 1983, 87 ff.; *Esser/Schmidt*, Schuldrecht, 6. Aufl., 1984, § 34 IV. Zu einer institutionellen Sicht im Bankverkehr BGHZ 69, 82, 86; *Möschel* (Fn. 49) 217 ff.

110 So immer noch die st. Rspr. zum Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte.

spezifischen Gefährlichkeit der Leistung selbst, sondern in der künstlichen vertraglichen Aufspaltung einer eng koordiniert erbrachten arbeitsteiligen Leistung¹¹¹. Auf das Kriterium der Verantwortlichkeit des Anschlußgläubigers für das „Wohl und Wehe“ des Dritten in einer personenrechtlichen Beziehung¹¹² wird man wie in anderen Konstellationen auch hier als nicht sachgerecht verzichten müssen¹¹³. Auch dürfte man der Auffassung nicht folgen, daß der Anschlußgläubiger stets Maßstab für die Rechte des Dritten sein müßte¹¹⁴. Entscheidend kommt es auf die Gefährdung Dritter durch das Franchising-System an, wobei natürlich die interne vertragliche Verantwortungsverteilung von Bedeutung ist. Deswegen kommt auch die generelle Zurechnung eines Mitverschuldens des Franchisees nach § 254 II 2 nicht in Betracht¹¹⁵.

Für Haftungsfreizeichnungen schließlich muß folgendes gelten: Wegen des institutionellen Charakters der Drittwirkung des Franchise-Systems ist ein vertraglicher Ausschluß der Dritthaftung als solcher schlicht unzulässig¹¹⁶. Schwieriger schon zu beurteilen ist die Frage, ob Haftungseinschränkungen im Verhältnis Franchisor-Franchisee auch dem Dritten gegenüber Wirkungen haben. Obwohl Rechtsprechung und h.L. bei Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte dies bejahen¹¹⁷, dürfte einer Differenzierung zu folgen sein, die auch bei positiver Vertragsverletzung benutzt wird¹¹⁸. Sofern die Integritätseinbuße aus dem Leistungsrisiko stammt, so muß der Dritte interne Haftungsbeschränkungen auch gegen sich gelten lassen. Keine Freizeichnung ist jedoch gegenüber Schutzpflichtverletzungen möglich. Letztlich wird sich also an der Ausgestaltung solcher Einzelfragen entscheiden, ob man die Drittwirkung von Vertragsnetzen noch mit der traditionellen

111 Der Verbundcharakter oder Systemcharakter des bargeldlosen Zahlungsverkehrs ist für *Möschel* (Fn. 49) 211 ff., 217 ff. das ausschlaggebende Kriterium für die Drittwirkung der Haftung.

112 BGHZ 51, 91, 96; BGHZ 56, 273; BGH NJW 1970, 40; *Esser/Schmidt* (Fn. 109) § 34 IV 2 b; *Larenz* (Fn. 12) § 17 II; *Soergel-Hadding*, BGB, § 328, Anh. 15; *Gottwald*, MK-BGB, § 328, 69.

113 Skeptisch zu diesem Kriterium *Gernhuber* (Fn. 10) § 21 II 6 h; *Hopt*, Dritthaftung für Testate, NJW 1987, 1746. Der Differenzierungsvorschlag von *Hopt*, wonach dieses Kriterium für manche Fallgruppen beibehalten werden sollte, für andere aber nicht, könnte dazu beitragen, die Einheitlichkeit der Rechtsfigur „Vertrag mit Drittschutz“ aufrechtzuerhalten.

114 Zu diesem Rechtsprechungsgrundsatz kritisch *Gernhuber* (Fn. 10) 532 ff.; *Esser/Schmidt* (Fn. 109) 568.

115 Ebenso allgemein für Verträge mit Drittschutz *Esser/Schmidt* (Fn. 109) § 34 IV 2 c; *Assmann*, Grundfälle zum Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte, JuS 1986, 885, 888; *Gernhuber* (Fn. 10) § 21 II 7.

116 Zum gleichen Ergebnis kommen für den Vertrag mit Drittschutz im allgemeinen, wenn auch über unterschiedliche Begründungen *Strauch*, Verträge mit Schutzwirkung für Dritte, JuS 1982, 823, 828; *Larenz* (Fn. 12) § 17 II; *Gottwald*, MK-BGB, § 328, 78; *Soergel-Hadding*, BGB, § 328, 20; *Gernhuber* (Fn. 10) § 21 II 6 k.

117 BGHZ 56, 269, 272 ff.; *Larenz* (Fn. 12) § 17 II; *Soergel-Hadding*, BGB, § 328, Anh. 21; *RGRK-Ballhaus*, BGB, § 328, 84; *Gernhuber* (Fn. 10) § 21 II 7 d.

118 *Esser/Schmidt* (Fn. 109) § 34 IV 2 v.

Rechtsfigur des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte konstruieren kann oder ob man ein eigenständiges Rechtsinstitut à la Netzvertrag aufbauen muß.

Für eine solche Haftung aus vertraglicher Drittwirkung einschlägig sind besonders die oben unter I. angesprochenen Fallkonstellationen, in denen ein Franchising-System aufgrund fehlerhafter Dienstleistungen Schädigungen bei Verbrauchern hervorruft, für die vom Franchisee, der die Vertragsleistung erbracht hat, nicht oder nicht ausreichend Ersatz zu erlangen ist. Hier muß nach dem bisher Gesagten auch die Zentrale des Franchise-Netzes dann haften, wenn der „Fehler“ im System begründet ist, etwa wegen fehlerhafter Anweisung des Franchisors oder wegen eines fehlerhaften Regelwerks, das für das ganze System gilt. Die Haftung auch anderer Franchisees erscheint dann notwendig, wenn ein Beschluß des Franchise-Beirates den Fehler ins System einführte. Angezeigt ist auch die Haftung des Franchisors, wenn systembedingt ein Teil der Kundenleistung zentralisiert erbracht wird (Hotelfranchising, Gütertransportfranchising) und dort der Fehler zu lokalisieren ist. Denn – wie schon gesagt – eine Zurechnung über § 831 BGB versagt wegen der bekannten Probleme des § 831 BGB; Produkthaftung kommt wegen des Dienstleistungscharakters nicht in Frage; eine gesellschaftsrechtliche Zurechnung scheidet wegen der obengenannten Probleme ebenfalls aus. Also muß eine Haftung aus vertraglicher Drittwirkung einspringen.

Ähnlich ist die Lage bei einer durch den Franchisor verursachten Kreditgläubigergefährdung, die letztlich auf die Zentralisierung des Rechnungswesens bei der Vertriebszentrale zurückzuführen ist. Denn über § 826 BGB haftet der Franchisor nur, wenn er vorsätzlich gehandelt hat, das heißt, bewußt falsche Bilanzangaben vorgenommen hat¹¹⁹. Ebenso wenig dürfte hier ein Drittschutz aus den Rechtsprechungsgrundsätzen zur Sachverständigenhaftung zu erreichen sein¹²⁰. Denn der vom BGH herausgestellte Haftungsgrund, nämlich die Zugehörigkeit der Auskunftsperson zu einem bestimmten ausgezeichneten Personenkreis, ist im Falle des Franchising gerade nicht gegeben. Die Franchising-Zentrale ist nicht eine „Person, die über eine besondere, vom Staat anerkannte Sachkunde verfügt (z. B. bei öffentlich bestellten Sachverständigen, Wirtschaftsprüfern, öffentlich bestellten Vermessungsingenieuren, Steuerberatern)“¹²¹. Nicht die „Erwartung beruflicher Gewährübernahme im Geschäftsverkehr“¹²² ist in solchen Fällen Haftungsanlaß, sondern die geradezu konzernmäßige Handlungsverflechtung in der Franchise-Organisation. Kurz, haftungsmäßig relevant ist hier nicht Sachverstand, sondern Verflechtung. Auch die bilanzrechtliche Verantwortlichkeit greift nicht, da insoweit nur Organmitglieder der bilanzierenden Kapitalgesellschaft (§ 334 Abs. 1 HGB, evtl.

119 So BGH WM 1956, 1229; BGH, NJW 1973, 321; BGH NJW 1987, 1758; vgl. auch *Heesch*, Privatrechtliche Haftung für fehlerhafte Information, 1982, 21 ff.

120 Dazu BHG NJW 1982, 2431; BGH NJW 1983, 1053; BGH NJW 1984, 355; BGH NJW 1987, 1758. Dazu *Assmann* (Fn. 115) 889 f.; *Grunewald*, Die Haftung des Experten für seine Expertise gegenüber Dritten, AcP 1987 (1987), 285 ff.; *Hopt* (Fn. 113) 1746; *Hübner*, Die Berufshaftung, NJW 1989, 5, 9 f.; *Gernhuber* (Fn. 10) § 21 III 1 d.

121 BGH NJW 1987, 1759.

122 So die griffige Formel von *Hopt* (Fn. 113) 1746; vgl. auch *ders.* (Fn. 86) 680 ff.

i. V. m. § 823 Abs. 2 BGB) oder die Abschlußprüfer (§ 323 HGB i. V. m. § 823 Abs. 2 BGB) haften.

In einem nicht vernetzten Vertriebssystem, das auf der Marktautonomie der Teilnehmer beruht, kann man sich mit einer Fehlerisolierung auf den Franchisee zufriedengeben. Nicht aber in einem hochorganisierten Vertriebssystem, das auf enger Kooperation und auf Arbeitsteilung beruht! Der Grund für die Einbeziehung der Systemspitze oder (im Falle eines Beiratsbeschlusses) der anderen Systemmitglieder in die vertragliche Haftung liegt genau hier: in der engen Verflochtenheit der einzelnen Handlungsbeiträge, bei denen aber nur die Handlungen eines Akteurs in die vertragliche Außenhaftung einbezogen ist. Es müssen also auch andere Systembeteiligte den vertraglichen Schutzpflichten unterworfen werden. Ob man hier die traditionelle Konstruktion des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte benutzt oder die generalisierte Vorstellung eines „Netzvertrages“, ist für das Ergebnis nicht ausschlaggebend: Haftung auch anderer Systemmitglieder nach Maßgabe ihrer internen Handlungsverantwortlichkeit.

VIII. Grundsätze netzwerkadäquater Haftung

Ergebnis der Überlegungen ist also folgendes: Die Ausbreitung von straff organisierten Franchising-Systemen ist Anlaß, die dogmatische Verdrängung organisatorischer Elemente in vertraglichen Vertriebsnetzen und anderen Vertragsverbänden in Frage zu stellen. Ihre Strukturanalyse als „Netzwerke“ läßt es jedoch gleichzeitig als problematisch erscheinen, ob man hier sinnvoll mit den Denkmitteln des Gesellschaftsrechts weiterkommt. Es entspricht eher ihrem Charakter als dezentral organisierten, zugleich aber eng koordinierten Netzwerken, eine Weiterentwicklung der flexibleren Instrumente des Deliktsrechts und des Vertragsrechts zu versuchen. Der gezielte Ausbau von deliktischen Verkehrspflichten wie von Pflichten des vertraglichen Drittschutzes erlauben es am ehesten, eine Haftung des Netzwerks, die umfassend und zugleich dezentral ist, zu erreichen. Dazu empfiehlt es sich, zwischen „Produktionsrisiken“ und „Transaktionsrisiken“ zu unterscheiden. Den Produktionsrisiken solcher Vertriebssysteme sollte man mit einer Weiterentwicklung der Produkthaftung und der deliktischen Verkehrspflichten begegnen. Die typischen Transaktionsrisiken hingegen sollten rechtsformspezifisch, also mit einem Ausbau des Vertragsorganisationsrechtes und seiner haftungsrechtlichen Drittwirkungen bewältigt werden.