

Handbuch des Vertriebsrechts

National - international

Bearbeitet von

Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. mult. Michael Martinek, Prof. Dr. Franz-Jörg Semler, Prof. Dr. Eckhard Flohr, Dr. Florian Amereller, Lilyane Anstett, Prof. Dr. Michael Anton, Prof. Dr. Bernhard R. Becker, Ulrich Berscheid, Hans Helmut Bischof, David Braun, Jens Bredow, Dr. Robert Budde, Prof. Dr. Peter Chrocziel, Dr. Philipp Feldmann, Dr. Kai Christian Fischer, Javier Fontcuberta Llanes, Dr. Ulrike Glück, Dr. Jürgen Gödde, Gunther Hess, Dr. Gerhard Hochedlinger, Dr. Bernhard Huber, Richard Jacobsson, Gregor Kleinknecht, Dr. Stefan Krüger, Dr. Fabienne Kutscher-Puis, PD Dr. Panajotta Lakkis, Paul Lefebvre, Prof. Dr. Hanns Ludyga, Bilgeis Mamedova, Dr. Thomas Manderla, Dr. Stefan Meßmer, Ulrich Nastold, Prof. Dr. Sebastian Omlor, Dr. Malte Passarge, Stefan Peintinger, Dr. habil. Mateusz Pilich, Dr. Jörg Podehl, Dr. Amelie Pohl, Dr. Dietmar Rahlmeyer, Frans Rossen, Tobias Somary, Dr. Thomas Summerer, Mikio Tanaka, Falk Tischendorf, Miseki Tsukamoto, Roderik B. Hees, Mark Moolen, Dr. Jens Wagner, Dr. Konrad Walter, Prof. Dr. Rolf Wank, Dr. Hans Wille

4., neubearbeitete und erweiterte Auflage 2016. Buch. XXII, 2357 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 64261 6

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

Gewicht: 1985 g

[Recht > Handelsrecht, Wirtschaftsrecht > Handels- und Vertriebsrecht > Handelsrecht, HGB, Handelsvertreterrecht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'i' in 'shop' are three red dots of increasing size. Below the main text, 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' is written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Mitglieder zu verständigen, die Sortiments- und Akquisitionspolitik festzusetzen, kurz: die zwischenbetriebliche Zusammenarbeit in allen absatzrelevanten Bereichen zum gemeinsamen Nutzen aller zu optimieren (Absatzoptimierung). Bei den anderen Franchisetypen (Subordinations-, Koordinations- und Koalitions-Franchising) bleibt das Gruppeninteresse ein bloß wirtschaftliches Phänomen; rechtlich ist die Interessenübereinstimmung aller Systembeteiligten an der Systemoptimierung dort ohne fassbares Substrat, weil die Teilhabe am System als Kooperationsgebilde juristisch nicht mediatisiert ist. Allenfalls in Nebenpflichten der Parteien kommt die Zugehörigkeit zu einem Gesamtsystem zum Ausdruck. Beim Konföderations-Franchising dagegen ist das Gruppeninteresse zum gemeinsamen Zweck verfestigt, den zu fördern sich sämtliche Systembeteiligten gegenseitig versprechen.

Bei den bisherigen Franchiseverträgen, dem Subordinations-Franchising einerseits und dem Koordinations- und dem Koalitions-Franchising als Unterformen des Partnerschafts-Franchising andererseits stellt sich das Vertriebssystem immer als ein Verbund im Wesentlichen gleichförmiger bilateraler Vertriebsverträge zwischen der auf einer konsumferneren Wirtschaftsstufe angesiedelten Systemzentrale und den einzelnen Franchisenehmern an der Absatzfront dar. Dabei wird das System als solches, d. h. die Gesamtheit der beteiligten Unternehmen nicht als eigenständiges Rechtsgebilde begriffen. Vertragsrechtlich fassbar sind hier immer nur die einzelnen Individualverträge. Insbesondere lässt sich in all diesen Fällen keine BGB-Innengesellschaft sämtlicher Systembeteiligter konstruieren. Das Streben der Systempartner nach einem möglichst kostengünstigen gemeinsamen Absatz allein kann für die BGB-Innengesellschaft i. S. der §§ 705 ff. BGB nicht ausreichend sein. Das allen Systembeteiligten gemeinsame wirtschaftliche Interesse wird durch eine Vielzahl von individuell-zweiseitigen Vertikalverträgen ohne horizontale Bindungen durchgesetzt, und zwar beim Subordinations-Franchising durch Typenkombinationsverträge mit dominant geschäftsbesorgungsvertraglichem Element, beim Koordinations-Franchising durch rein austauschvertragliche Typenkombinationsverträge ohne geschäftsbesorgungsvertragliches Element und beim Koalitions-Franchising durch BGB-Innengesellschaftsverträge zwischen jeweils der Zentrale und den einzelnen Franchisenehmern.

Das ist beim Konföderations-Franchising anders. Natürlich ist es wirtschaftlich und rechtlich möglich, dass zwischen allen an einem Franchisesystem beteiligten Unternehmen eine Innengesellschaft bürgerlichen Rechts zustande kommt.¹²⁹ Wenn ein Franchisesystem partnerschaftlich-partizipativ strukturiert und in größerem Umfang mit horizontal organisierten Entscheidungsmechanismen ausgestattet ist, wird der Gedanke, dass alle Systembeteiligten einen „gemeinsamen Zweck“ im Rechtssinne verfolgen, nahe liegen. Dafür reichen „Beiräte“ von Franchisenehmern als solche freilich noch nicht aus; sie können reine Beratungsfunktion haben oder in ein autokratisch gesteuertes System nur als Alibi implantiert sein, um den Franchisenehmern Entscheidungsteilhabe vorzugaukeln. Beim Konföderations-Franchising stehen aber neben den Leistungsbeziehungen nach Maßgabe der einzelnen Franchiseverträge die Beiträge zur Zweckverfolgung im Rahmen der gemeinsamen Marketingkonzeption aller Systembeteiligten. Ausnahmslos sind bei den Konföderations-Franchisesystemen bestimmte Organe geschaffen, die für die Systemsteuerung und die Weiterentwicklung der Marketingkonzeption zuständig sind. Das reicht möglicherweise – wie im Beispiel des OBI-Systems – bis hin zu einer „Werbekommission“, die die Werbe- und Verkaufsförderungsmaßnahmen festlegt, einer „Produktkommission“, die die Zusammensetzung des Basis-Sortiments und die Auswahl der Lieferanten bestimmt, und einer „Systemkommission“, die sich mit den Bestell- und Abrechnungsinstrumenten, mit den Kommunikationswegen und dem Erfahrungsaustausch der Systemmitglieder befasst. Die franchise-spezifische Einheitlichkeit des Images, die Marketinggemeinschaft, die Wettbewerbseinheit und die Systemkonsistenz beruhen hier auf einem Gesamtwillen. Die dynamische Systemsteuerung geschieht nicht autokratisch durch den Franchisegeber, sondern ist das Resultat eines alle Systembeteiligten einschließenden ständigen Abstimmungsprozesses. Die Gruppenkooperation ist hier vertikal-horizontal organisiert.

¹²⁹ Vgl. dazu OLG Hamm EWiR § 705 BGB 1/85, 281 (*Crezelius*) anders aber die Würdigung des Vertriebssystems in casu durch den BGH im Revisionsurteil BGH EWiR § 705 BGB 4/85, 665 (*Bunte*); vgl. dazu *Martinek*, Aktuelle Fragen des Vertriebsrechts, 2. Aufl. 1991, Rn. 46 ff.

- 76 Oft begnügt sich der gesellschaftsrechtliche Zusammenschluss beim Konföderations-Franchising auf einer sehr niedrigen Intensitätsstufe mit einer nur losen Gemeinschaftsorganisation, so dass die individualrechtlichen Beziehungen der Gesellschafter untereinander (im Verbund von Koordinations-Franchiseverträgen und einzelnen Ausführungsgeschäften) gegenüber dem sozialrechtlichen Element des übergreifenden Rechtsverhältnisses zwischen allen Gesellschaftern (dem Verband) an Bedeutung überwiegen. Auch ohne jede formelle „Gemeinschaftsorganisation“ kann aber eine vielgliedrige BGB-Innengesellschaft vorliegen. Denn schon die Zweckgemeinschaft selbst begründet unter den Beteiligten ein ausreichendes Minimum an organisatorischer Gemeinschaftlichkeit, insofern ein Zusammenschluss mehrerer Personen zur Verfolgung eines gemeinschaftlichen Ziels nicht ohne eine Verständigung darüber möglich ist, in welcher Weise das angestrebte Ziel erreicht werden soll.¹³⁰ Eines Gesellschaftsvermögens bedarf es für diese Innengesellschaft nicht, da sich der Risikoausgleich beim Konföderations-Franchising durch jenes Geflecht von Ansprüchen der Partner untereinander bewirken lässt, die auf Grund der einzelnen bilateralen Koordinations-Franchiseverträge zur Entstehung gelangen. Das Konföderations-Franchising begründet eine „Förderungsgemeinschaft“, die sich der Innengesellschaft des bürgerlichen Rechts, der schwächsten Organisationsform überhaupt, bedient, um der gemeinschaftlichen Betätigung in Verfolgung des gemeinsamen Zwecks ihren Rahmen zu geben.

7. Konsequenzen der Rechtsnaturbestimmungen

- 77 Es versteht sich, dass für die hier vertretene typologische Franchisetheorie die Unterscheidung zwischen Subordinations-Franchising einerseits und den drei Formen des Partnerschafts-Franchising (Koordinations-, Koalitions- und Konföderations-Franchising) andererseits von fundamentaler Bedeutung für die Würdigung der zivil- und kartellrechtlichen Einzelprobleme ist. Es ist vornehmlich der Subordinations-Franchisevertrag, der die Rechtsordnung vor besondere Herausforderungen stellt und besonderer Überlegungen bedarf. Die rechtlichen Ordnungsprobleme des Subordinations-Franchisings sind im Kern die der vertikalen Vorwärtsintegration, bei denen der Schutz des wirtschaftlich schwächeren, ja wirtschaftlich abhängigen Franchisenehmers vor Ausbeutung, Übervorteilung und wirtschaftlichem Existenzverlust im Mittelpunkt steht. Beim Subordinations-Franchisenehmer stellen sich diese Probleme gegenüber dem Vertragshändler freilich ungleich dringlicher und drastischer. Seine Position ist gegenüber dem Franchisegeber, von dessen Wohlwollen oder Willkür er sonst weitgehend abhinge, in ausgleichender Gerechtigkeit zu stärken. Hier bietet sich vor allem das Handelsvertreterrecht als einschlägiges Regelungsprogramm an, und zwar beim Waren- wie beim Dienstleistungs-Franchising. Das Recht des Subordinations-Franchisings ist nach diesem Ansatz von dem Gedanken geprägt, den Franchisenehmer beginnend mit dem Vertragsabschluss, fortfahrend mit der Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses und endend erst bei den letzten Abwicklungsfragen der Vertragsbeendigung als den wirtschaftlich schwächeren Partner zu schützen. Beim Subordinations-Franchising ist die Privatautonomie in Richtung auf ein Statut des Subordinations-Franchisenehmers hin, ähnlich dem Statut des Handelsvertreters, einzugrenzen.
- 78 Demgegenüber ist bei den verschiedenen Formen des Partnerschafts-Franchising der Gesichtspunkt des Franchisenehmerschutzes wegen einer „unbalanced bargaining power“ von vornherein nicht einschlägig. Für eine entsprechende Anwendung handelsvertreterrechtlicher Vorschriften fehlt bei den Formen des Partnerschafts-Franchising die „Ähnlichkeit“ von geregelter und ungeregeltem Tatbestand, die eine Analogie rechtfertigen könnte. Denn mit dem Oberbegriff des Partnerschafts-Franchising werden solche Franchise-Formen bezeichnet, die keineswegs mehr mit den überkommenen Denkweisen im Recht der vertikalen Absatzkooperation bewältigt werden können. Der Ansatz der Vorwärtsintegration verfehlt den Geist dieser Franchisesysteme, bei denen eine partnerschaftliche Kooperation zwischen den beiden Parteien des Vertikalverhältnisses, wenn nicht sogar eine verti-

¹³⁰ Vgl. dazu *Westermann*, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, 1970, S. 17; anders noch BGH Urt. v. 29.1.1951 – IV ZR 171/50 = NJW 1951, S. 308 f.

kale und horizontale Konzertierung aller Systembeteiligten in einer das Gesamtsystem umfassenden, nur formal vertriebsvertraglich strukturierten Marketinggemeinschaft stattfindet. Freilich steht im praktischen Franchiserecht bei der Behandlung der zivil- und kartellrechtlichen Einzelprobleme des Franchisings naturgemäß das Subordinations-Franchising im Vordergrund, während die Untertypen des Partnerships-Franchising nur abgrenzungsweise und beiläufig berücksichtigt zu werden brauchen.

V. Vertriebsvertragssysteme als Konzerne

1. Formen der Abhängigkeit

Wenn das Absatzmittlungsunternehmen als einzelkaufmännisches Unternehmen von einer natürlichen Person als Partner eines Vertriebsvertrags geführt wird, kann der Absatzmittler auf Grund seiner Weisungsgebundenheit und der unter Umständen filialähnlichen Eingliederung seines Betriebes in das straff organisierte Vertriebssystem einem Angestellten der Systemzentrale ähneln. Eine solche Ähnlichkeit besteht umso eher, je intensiver die Absatzkooperation zwischen Zentrale und Absatzmittlungsunternehmen ausgestaltet ist. 79

Ist der Rechts- und Unternehmensträger des Absatzmittlungsunternehmens aber keine natürliche Person, sondern eine Personengesellschaft oder eine juristische Person, kann die Frage auftreten, ob dieses Unternehmen nicht auf Grund seiner Eingliederung in das Vertriebssystem als eine Konzerntochter begriffen werden muss. Namentlich mit Bezug auf das Franchising wird in der betriebs- und rechtswissenschaftlichen Literatur, aber auch in Praktikerkreisen gelegentlich von „Konzernen“, von „Quasi-Konzernen“ oder von „Konzernen auf kooperativer Basis“ sowie von „einheitlicher Leitung“ und von „Quasi-Filialität“ gesprochen, um schlagwortartig die Art und Weise der Verhaltenskoordination und die Dichte des Zusammengehörigkeitsverhältnisses der Systembeteiligten zu kennzeichnen.¹³¹ Damit sind die §§ 15 ff. AktG angesprochen. Sie formieren mit ihren Definitionen eine Art „allgemeinen Teil“ des Konzernrechts, der für verbundene Unternehmen unabhängig von ihrer Rechtsform (insbesondere unabhängig von der Beteiligung einer Aktiengesellschaft) Maßstäbe setzt. Bei einigen Vertriebssystemen vom Typus des Vertragshandels und des Subordinations-Franchising könnte man zur Annahme eines Unterordnungskonzerns i. S. d. § 18 Abs. 1 AktG neigen, bei dem ein herrschendes (Absatzzentrale) und mehrere abhängige Unternehmen (Absatzmittler) unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefasst sind. Für die Begründung eines konzernrechtlichen Abhängigkeitsverhältnisses bedarf es bekanntlich keiner kapitalmäßigen Verflechtung zwischen abhängigem und herrschendem Unternehmen. Der Absatzmittlungsvertrag stellt sich möglicherweise als Beherrschungsvertrag nach § 18 Abs. 2 S. 2 AktG, §§ 291 ff. AktG dar. Die Konsequenzen wären kaum übersehbar, würde man ein Vertriebssystem als Unterordnungs- oder Abhängigkeitskonzern erfassen, wie der Hinweis auf die Verlustausgleichspflicht nach § 302 AktG (analog) gegenüber der Untergesellschaft zeigt; sie reichen bis in das Betriebsverfassungsrecht (Konzernbetriebsrat, § 54 BetrVG) hinein.¹³² Im Einzelnen hingen sie freilich von der Rechtsform der verbundenen Unternehmen ab. 80

Von einer „Abhängigkeit“ der Absatzmittler ist im Vertriebsrecht auch außerhalb der Diskussion um eine Arbeitnehmer-Eigenschaft von natürlichen Personen als Absatzmittlern mehrfach die Rede, etwa im Zusammenhang mit der Sittenwidrigkeitskontrolle eines Ver- 81

¹³¹ Vgl. etwa Tietz/Mathieu, Das Franchising als Kooperationsmodell für den mittelständischen Groß- und Einzelhandel, 1979, S. 141; Wienholt in *Bundesvereinigung Deutscher Einkaufsverbände* (Hrsg.), Franchising als Organisationsform freiwilliger Verbundgruppen, 1975, S. 63 ff., 79 f., 83; Schultheß, Der Franchise-Vertrag, 1975, S. 16; Gross/Skaupy, Franchising in der Praxis, 1968, S. 32.

¹³² Vgl. dazu Buschbeck-Bülow, Betriebsverfassungsrechtliche Vertretung in Franchise-Systemen, in BB 1989, S. 352 ff.; dagegen aber Skaupy, Franchise-Systeme und Betriebsräte in BB 1990, S. 134 ff.; dagegen wiederum zu Recht Buschbeck-Bülow, Franchise-Systeme und Betriebsverfassung, in BB 1990, 1061; dagegen wiederum hartnäckig, aber zu Unrecht Skaupy, Replik (zu Franchise-Systeme und Betriebsverfassung von Brigitte Buschbeck-Bülow in BB 1990, 1061) in BB 1990, 1061.

triebsvertrags wegen eines möglichen Knebelungscharakters oder im Rahmen des kartellrechtlichen Diskriminierungsverbotes (Stichwort: unternehmensbedingte Abhängigkeit). Es ist nicht zu leugnen, dass bei einzelnen Vertriebssystemen über das Maß einer bloßen funktionellen Abhängigkeit („Bezugsabhängigkeit“) hinausgehend die „Monokultur“ der Absatzmittlung zu einer zunehmenden Anbindung an das Entscheidungsverhalten der Systemzentrale führt. Das kann sich darin äußern, dass der Betrieb immer weiter überfremdet wird, und kann bis dahin reichen, dass es faktisch unmöglich wird, alternative Geschäftsbeziehungen aufzunehmen, oder gar dass die Existenz des Unternehmens von dem anderen abhängt.¹³³ Allerdings ist zu berücksichtigen, dass der Abhängigkeitsbegriff des § 17 Abs. 1 AktG ein anderer als der des § 20 Abs. 1 S. 1 GWB ist. Das Konzernrecht schützt das abhängige Unternehmen primär im Interesse seiner außen stehenden Anteilseigner und seiner Gläubiger. Für den beherrschenden Einfluss i. S. d. § 17 AktG wird deshalb zu Recht verlangt, dass er sich nicht nur auf einzelne unternehmerische Bereiche erstreckt, sondern das interne Unternehmensverhalten in toto erfassen muss. Während es beim kartellrechtlichen Diskriminierungsverbot um die Frage einer externen, marktbedingten Abhängigkeit geht, ist konzernrechtlich eine interne, verwaltungsbedingte Abhängigkeit erforderlich. Ein nur extern, marktbedingt abhängiges Unternehmen, das auf Grund fehlender Ausweichmöglichkeiten auf dem Markt der Einflussnahme seines Marktpartners ausgeliefert ist, mag zwar i. S. des kartellrechtlichen Diskriminierungsverbots „abhängig“ sein, unterliegt aber nicht konzernrechtlich einem „beherrschenden Einfluss“ i. S. des § 17 Abs. 1 AktG.¹³⁴

82 Allerdings wird diese griffige Unterscheidung in den Fällen brüchig, die gerade bei Vertriebsvertragssystemen auf dem Prüfstand stehen. Man muss nämlich berücksichtigen, dass als Beherrschungsmittel nach § 17 Abs. 1 AktG „jedes Mittel“ geeignet ist, sofern sich nur das beherrschte Unternehmen für längere Zeit nicht dem Willen des anderen zu entziehen vermag. Nach verbreiteter Meinung können auch externe Marktbeziehungen etwa bei Kredit-, Liefer- oder Lizenzverträgen in eine interne Abhängigkeit i. S. des § 17 Abs. 1 AktG umschlagen, wenn das „herrschende“ Unternehmen auf Grund dieser Marktbeziehung auch in andere Bereiche der Unternehmensführung des „abhängigen“ Unternehmens hineinregieren kann.¹³⁵ So könne bei einer Abhängigkeit von stetiger und ständiger Belieferung das belieferte Unternehmen in existentiellen Angelegenheiten dem Diktat des Lieferunternehmens ausgesetzt und bei Widerstandsmaßnahmen in seiner Lebensfähigkeit bedroht sein. Damit ist die Gefahr verbunden, dass die Einflussmöglichkeiten auf ein zunächst nur extern, marktbedingt abhängiges Unternehmen so groß werden, dass sie in eine interne, verwaltungsbedingte Abhängigkeit münden.¹³⁶ Hiergegen verspricht der Einwand nicht, dass ein Vertriebsvertrag als Beherrschungsmittel schon deshalb ausscheiden müsse, weil er ohnehin nach § 138 BGB nicht rechtswirksam sei, falls er die Unterwerfung des Vertragspartners unter den Willen der Systemzentrale begründen sollte. Dies ist schon deshalb unrichtig, weil nach der Anerkennung von Beherrschungsverträgen als rechtliches

¹³³ Vgl. zur „gradueller Abstufung der wirtschaftlichen Abhängigkeit“ *Martens*, Die existentielle Wirtschaftsabhängigkeit, 1979, S. 8 ff.; vgl. auch *Fischötter*, Zum erweiterten Diskriminierungsverbot nach § 26 Abs. 2 GWB, in *WuW* 1974, S. 379 ff., 384.

¹³⁴ Vgl. *Köhler*, Der Schutz des abhängigen Unternehmens im Schnittpunkt von Kartellrecht und Konzernrecht in *NJW* 1978, S. 2473 ff.; *Emmerich*, Die bisherige Praxis zur Fusionskontrolle (1). Eine kritische Analyse in *AG* 1978, S. 85 ff., 97; *Ebel*, Kartellrechtliche Entscheidungspraxis 1974 in *BB* 1975, S. 1133 ff., 1135; *Wündinger*, Arten und Formen der Unternehmenszusammenschlüsse i. S. der neuen §§ 23 bis 24 GWB in *WuW* 1973, S. 731 ff.; *Säcker*, „Mehrmütterklausel“ und Gemeinschaftsunternehmen. Zur Bedeutung der Brost & Funke-Entscheidung des BGH in *NJW* 1980, S. 801 ff., 805.

¹³⁵ Vgl. insbes. *Prühs*, Die tatsächliche Abhängigkeit aus aktienrechtlicher Sicht, in *DB* 1972, S. 2001 ff., 2002; *Prühs*, Grundprobleme der aktienrechtlichen Abhängigkeit im Spiegel der neueren Literatur, in *AG* 1972, S. 308 ff.; allerdings verlangt BGH Urt. v. 26.3.1984 – II ZR 171/83 = *BGHZ* Bd. 90, S. 381 ff., 395 ff. eine „gesellschaftsrechtlich vermittelte“ Abhängigkeit, doch muss man bezweifeln, dass dies das „letzte Wort“ der Rechtsprechung zum Thema „Abhängigkeit durch Austauschverträge“ ist; vgl. dazu *Hirte*, Der qualifizierte faktische Konzern, 1992, S. 18 ff. m. w. N.

¹³⁶ Vgl. *Koppensteiner* in *Kölner Komm. AktG*, § 17 AktG Rn. 24 u. 50; *Prühs*, Die tatsächliche Abhängigkeit aus aktienrechtlicher Sicht, in *DB* 1972, S. 2002 ff.; *Köhler*, Der Schutz des abhängigen Unternehmens im Schnittpunkt von Kartellrecht und Konzernrecht in *NJW* 1978, S. 2473 ff., 2478.

Gestaltungsmittel für Kooperations- und Organisationsbeziehungen zwischen Unternehmen kaum mehr automatisch eine Nichtigkeit wegen sittenwidriger Knebelung angenommen werden kann, wenn sich ein Vertragspartner dem Willen des anderen unterwirft. Es scheint danach keineswegs von vornherein ausgeschlossen, dass sich Vertriebsverträge konzernrechtlich als Beherrschungsverträge darstellen.

2. Die finanzpolitische Restautonomie des Absatzmittlers

Klärungsbedürftig bleibt die entscheidende Frage, unter welchen Voraussetzungen oder bei welcher Quantität und Qualität die schuldrechtlichen, externen, marktendogenen Einflussmöglichkeiten eines Absatzherrn auf die Steuerung des Absatzmittlungsbetriebs ein in interne Verwaltungsabhängigkeit umschlagen. Zur Beantwortung dieser Frage wird man sich auf die betriebswirtschaftliche Tatsache besinnen müssen, dass das Finanzzentrum der Mittelpunkt und die letztinstanzliche Steuerungseinheit des Unternehmens ist. So besehen, kann eine marktbedingte Abhängigkeit erst dann zu einer verwaltungsinternen werden, wenn die marktbedingte Einflussmöglichkeit auch beherrschend auf das Finanzverhalten, die Investitionstätigkeit und die Personalpolitik durchzugreifen vermag.¹³⁷ Nur wer das Finanzverhalten des Unternehmens kontrolliert, kann es „als Ganzes“ beherrschen, wie es für den beherrschenden Einfluss i. S. des § 17 AktG erforderlich ist; denn die Finanzpolitik macht den existenziell-zentralen Bereich aus, der letztlich über „das Ganze“ entscheidet.

Von diesem Ausgangspunkt her ist es einleuchtend, dass ein Vertriebsvertragssystem lediglich in seltenen Ausnahmefällen unter begründetem Konzernverdacht stehen kann. Nur wenn der beherrschende Einfluss der Systemzentrale das interne Verhalten des Absatzmittlungsunternehmens als Ganzes erfasst, insbesondere die Investitionstätigkeit, die Finanzpolitik und die Personalpolitik beherrscht werden, kann es als Konzernunternehmen aufgefasst werden. Das dürfte nur in ganz ungewöhnlichen Konstellationen einer vollständigen finanzpolitischen Entmündigung des Absatzmittlungsbetriebs durch die Systemzentrale in Betracht kommen, etwa wenn die Absatzzentrale zugleich als Kreditgeber auftritt und den Absatzmittler in seinen budgetpolitischen Maßnahmen bevormundet. In aller Regel reichen bei den Vertriebsvertragssystemen die Beherrschungsmittel der Zentrale hierfür nicht weit genug.¹³⁸ Auch ein langfristiges vertriebsvertragliches Verhältnis höchster Kooperationsintensität mit Interessenwahrungspflicht und Weisungsbindung des Absatzmittlers und mit umfangreichen Ausschließlichkeitsbindungen kann zwar in vielen Entscheidungsbereichen der Absatzzentrale einen nachhaltigen Einfluss auf das Absatzmittlungsunternehmen sichern, ja durchaus zum Verlust der wettbewerblichen Selbständigkeit des Absatzmittlers führen, doch vermag die Absatzzentrale mangels Beherrschung der Finanzpolitik nicht das gesamte unternehmensinterne Verhalten des Absatzmittlers zu bestimmen. Der Absatzmittler bleibt typischerweise Herr seiner Finanzen und hat das letzte Wort, denn die Absatzzentrale will ihm einen Anreiz für unternehmerische Entscheidungen und für Gewinnchancen bewahren, da nur auf solcher Grundlage die für das Vertriebssystem insgesamt wertvollen akquisitorischen Potentiale jedes Absatzmittlers aktiviert werden können. Der Autonomieverzicht des Absatzmittlers ist letztlich selbst bei Subordinations-Franchisesystemen klar begrenzt und geht nicht über die Erfordernisse seiner Einbindung in das arbeitsteilige Vertriebssystem hinaus. Seine finanzpolitische Restautonomie ist, wiewohl er sonst an die „kurze Leine“ genommen sein mag, jenes Moment, durch das sich die internen Leitungsstrukturen des Vertriebsvertragssystems von denen einer Konzernorganisation unterscheiden. Schon nach einer Formulierung des Reichsgerichts fehlt einem Unternehmen ein beherrschender Einfluss, „wenn es zur Durchsetzung seines Willens auf eine Mitwirkung Dritter angewiesen ist, auf die es nicht mit Bestimmtheit rechnen kann“; dann ver-

¹³⁷ Emmerich, Die bisherige Praxis zur Fusionskontrolle (1). Eine kritische Analyse, in AG 1978, S. 85 ff., 97; Ebel, Kartellrechtliche Entscheidungspraxis 1974 in BB 1975, S. 1133 ff., 1135; Würdinger, Arten und Formen der Unternehmenszusammenschlüsse i. S. der neuen §§ 23 bis 24 GWB in WuW 1973, S. 731 ff., 739.

¹³⁸ Vgl. dazu ausführlicher Martinek, Franchising, 1987, S. 633 ff., insbes. 640 ff. und Martinek, Aktuelle Fragen des Vertriebsrechts, 3. Aufl. 1991, Rn. 51.

fügt das vermeintlich herrschende Unternehmen letztlich doch nicht über die erforderlichen Mittel, „die es ihm ermöglichen, das abhängige Unternehmen seinem Willen zu unterwerfen und diesen bei ihm durchzusetzen“. ¹³⁹ Allzu weite Übergriffe in die Entscheidungsautonomie des Absatzmittlers werden im Übrigen zivil- und wettbewerbsrechtlich kontrolliert, so dass er weiterhin als prinzipiell selbständiges Rechts- und Wirtschaftssubjekt auftreten kann. Seine Abhängigkeit ist keine „totale“, sondern findet – normativ kontrolliert – unter den Rahmenbedingungen des Wirtschaftsgeschehens statt.

¹³⁹ RG Urt. v. 21.4.1941 – II 128/40 = RGZ Bd. 167, S. 40ff., 49f.

§ 5. Kriterien für die Vertragstypenwahl

Schrifttum: *Bräutigam*, Deliktische Aussenhaftung im Franchising, München 1994; *Detzer/Ullrich*, Internationale Vertriebsvereinbarungen, Köln 2014; *Doeser*, Anglo-Amerikanische Vertragsstrukturen in deutschen Vertriebs- und sonstigen Vertikal-Vereinbarungen, NJW 2000, 1454; *Däubler*, Verhandeln und Gestalten – der Kern der neuen Schlüsselqualifikationen, München 2003; *Doeser*, Vertragsgestaltung im internationalen Wirtschaftsrecht, München 2001; *Ekkenga*, Die Inhaltskontrolle von Franchise-Verträgen, Heidelberg 1990; *Epp*, Franchising und Kartellrecht, Köln 1994; *Fingerhut/Kroh*, Formularbuch für Verträge, 11. Auflage, München 2005; *Flohr*, Wirksamkeit von Formarklauseln in Händlerverträgen, ZAP Fach 15, 459; *Flohr/Klapperich*, Vertragsgestaltung nach der Schuldrechtsreform, Recklinghausen 2002; *Flohr/Petsche*, Franchiserecht, 2. Auflage, Münster 2008; *Giesler/Güntzel*, Vermarktungs- und Vertriebsverträge, Köln 2013; *Heussen*, Handbuch der Vertragsverhandlung und Vertragsmanagement, 3. Auflage, Köln 2007; *Hoeren/Flohr*, Vertragsgestaltung nach der Schuldrechtsreform, Recklinghausen 2003; *Hoffmann-Becking/Rawert*, Beck'sches Formularbuch zum Bürgerlichen-, Handels- und Wirtschaftsrecht, 9. Auflage, München 2006; *Höhn/Weber*, Planung und Gestaltung von Rechtsgeschäften, Zürich 1986; *Hopt*, Vertrags- und Formularbuch zum Handels-, Gesellschafts-, Bank- und Transportrecht, 3. Auflage, München 2006; *Kamanabrou*, Vertragsgestaltung, 2. Auflage, München 2007; *Kull/Wildhaber*, Schweizer Vertriebsrecht, Zürich/St. Gallen 2008; *Langenfeld*, Vertragsgestaltung, 3. Auflage, München 2004; *Liescher/Flohr/Petsche*, Handbuch der EU-Gruppenfreistellungsverordnung, München 2003; *Lust*, Die Vorstufe des verhandelten Vertrages im wirtschaftlichen Kontext, Aachen 2002; *Lutter*, Der Letter of Intent, 3. Auflage, Heidelberg 1998; *Martinek*, Franchising, Heidelberg 1987; *Martinek/Semler/Flohr*, Formularsammlung des Vertriebsrechts, München 2013; *Meins*, Die Vertragsgestaltung, 2. Auflage, Stuttgart 1993; *Nebel/Schulz/Flohr*, Das Franchisesystem, 4. Auflage, München 2007; *Rehbinder*, Vertragsgestaltung, 2. Auflage, Berlin 1993; *Reithmann/Martiny*, Internationales Vertragsrecht, 7. Auflage, Köln 2010; *Remin*, Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages, Tübingen 2003; *Reymann*, Das Sonderprivatrecht der Handels- und Verbraucherverträge, Tübingen 2009; *Rezori*, Die Ausführlichkeit US-amerikanischer Vertragsgestaltung, Hamburg 2004; *Riesenhuber*, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl., Berlin 2006; *Rittershaus/Teichmann*, Anwaltliche Vertragsgestaltung, 2. Auflage, Heidelberg 2003; *Schaub/Neef/Schrader*, Arbeitsrechtliche Formularsammlung, 8. Auflage, München 2004; *Schmittat*, Einführungen in die Vertragsgestaltung, 3. Auflage, München 2008; *Schulte-Nölke/Flohr*, Formularbuch Vertragsrecht, 3. Auflage, Münster 2010; *Schütze/Weipert*, Münchener Vertragshandbuch, Band II–IV, Wirtschaftsrecht I–III, 6. Auflage, München 2007–2009; *Sontheimer*, Vertragsgestaltung und Steuerrecht, München 2001; *Stummel*, Standardvertragsmuster zum Handels- und Gesellschaftsrecht, 5. Aufl., München 2015; *Thume*, Grenzüberschreitende Vertriebsverträge, IHR 2009, 141; *von Bernstorff*, Vertragsgestaltung im Auslandsgeschäft, 5. Auflage, München 2002; *Wurm/Wagner/Zartmann*, Das Rechtsformularbuch, 15. Auflage, Köln 2007; *Zankl*, Die anwaltliche Praxis in Vertragssachen, 1990; *Zwecker*, Inhaltskontrolle von Franchise-Verträgen, Frankfurt 2001.

Übersicht

	Rn.
I. Einleitung	1
II. Rechtliche Kriterien der Vertragstypenwahl	4
1. Individualvertrag	4
2. Formularvertrag	9
3. Inhaltskontrolle nach dem Recht Allgemeiner Geschäftsbedingungen (§§ 305 ff. BGB)	10
a) Ordnungs- und Leitbildfunktion von EU-Gruppenfreistellungsverordnungen für die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle	10
b) Vertragsfreiheit und ABG-rechtliche Inhaltskontrolle	13
4. Ausgewogenheit des Vertriebsvertrages (§ 138 BGB)	16
5. EU-Gruppenfreistellungsverordnungen	22
a) EU-Gruppenfreistellungsverordnung für Vertikale Vertriebsbindungen (Vertikal GVO)	23
b) EU-Gruppenfreistellungsverordnung von Vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Kraftfahrzeugsektor (Kfz-GVO)	26
III. Betriebswirtschaftliche Kriterien für die Vertragstypenwahl	29
1. Buchhaltung/Buchführung	29

	Rn.
2. Controlling	32
3. Liquidität und Rentabilität	34
4. Betriebswirtschaftliche Kriterien vs. Selbständigkeit des Absatzmittlers	35
IV. Allgemeine Kriterien der Vertragstypenwahl	37
1. Anwendbares Recht	37
2. Bezugsbindung vs. Bezugsfreiheit	38
3. Diversifikationsprodukte vs. Alleinbezugsverpflichtung	42
4. Preispolitik (Preisbindung vs. Preisfreiheit)	45
5. Know-how-Transfer vs. Markenlizenzierung	50
6. Vertragslaufzeit vs. Investitionen des Absatzmittlers	52
7. Investitionen des Absatzmittlers (vorgegebene Investitionen vs. Eigen-Investitionen)	54
8. Kundenstamm (Ausgleichszahlung vs. Weiternutzung durch den Absatzmittler) ..	59
9. Wettbewerbsverbot (Karenzenschädigung vs. Konkurrenz durch den Absatzmittler)	61
V. Vertragsmanagement	65
1. Vertragsplanung	65
2. Vertragsdesign	66
3. Vertragsverhandlungen/Informationssymmetrie	68

I. Einleitung

- Die Typen- und Systembildung der Absatzmittlungs- und/oder Vertriebsverträge als Gegenstand des Vertriebsrechts wird schon seit langen Jahren diskutiert.¹ Bei dieser Typen- oder Systembildung geht es aber darum, einzelne Vertragstypen festzulegen, wie
 - Bierlieferungsverträge
 - Fachhändlerverträge
 - Vertragshändlerverträge
 - Kommissionsagenturverträge
 - Handelsvertreterverträge
 - Franchise-Verträge
 - Know-how-Überlassungsverträge
 - Kooperationsverträge
 - Belieferungsverträge
 um nur einige der Erscheinungsformen von Vertriebsverträgen zu nennen.²
- Die Zuordnung eines Vertriebskonzeptes zu einem der anerkannten Typen eines Absatzmittlungs- und/oder Vertriebsvertrages setzt aber voraus, dass man bereits erkannt bzw. festgelegt hat, auf welcher vertraglichen Grundlage das Vertriebskonzept umgesetzt werden soll; d. h. Vertragsprodukte durch Absatzmittler gegenüber Endkunden abgesetzt oder entsprechend standardisierte Dienstleistungen erbracht werden sollen.
- Nicht beantwortet ist damit aber die Frage, wie man für ein Vertriebskonzept den „richtigen“ Vertragstyp findet; nach welchen Kriterien sich also eine solche Vertragstypenwahl zu vollziehen hat. Dabei sind wieder unterschiedliche Anhaltspunkte zu berücksichtigen, worauf *Wildhaber*³ hingewiesen hat: Juristen werden dies nach rechtlichen Gesichtspunkten machen; Marketingfachleute etwa unter dem Kriterium der Marktbetreuung, Finanzleute unter Berücksichtigung des Controlling und Finanzengagements. Dies zeigt, dass die Kriterien der Vertragstypenwahl unter unterschiedlichen Blickwinkeln gesehen werden können. Eines ist aber entscheidend: die Kriterien müssen erörtert und gegeneinander abgewogen

¹ Vgl. etwa *Ahlert*, Distributionspolitik, München 1985; *Martinek*, Franchising, Heidelberg 1987, S. 196 ff.; siehe auch oben § 3, Rn. 1 f.

² Siehe dazu ebenfalls oben § 3, Rn. 5–27; insgesamt zur Abgrenzung der Vertriebsverträge auch: *Flohr/Petsche*, Franchiserecht, 2. Auflage, Münster 2008, Rn. 70–87 mit zahlreichen weiterführenden Nachweisen; umfassend auch zu einzelnen Vertriebsverträgen: *Martinek/Semler/Habermeier/Flohr*, Formularsammlung des Vertriebsrechts, München 2010.

³ Schweizer Vertriebsrecht, Zürich/St. Gallen 2008, Rn. 38.