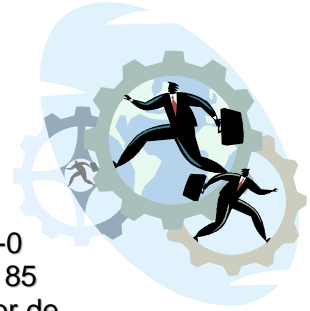




Consultor
start up



Kleemannstraße 14
D-93413 Cham
Tel.: 0 99 71 / 85 78-0
Fax: 0 99 71 / 80 19 85
eMail: info@consultor.de
home: www.consultor.eu/infobrief.htm

Cham, im *Juni 2008*

Steuern - Recht Infobrief für Franchise-Geber und Franchise-Nehmer

Sehr geehrte Damen und Herren!

Übertragung von Know-How als Grundlage des Franchising Wie viel Know-How braucht Franchising?

Obwohl die Übertragung von Know-How als unabdingbares Element und als Grundlage des Franchisings angesehen wird, fehlt es bis heute an einer Klärung der schuldrechtlichen Anforderungen an die Qualität und an die Übertragung des Know-How.

Mit unserem Infobrief möchten wir Ihnen einen kurzen Abriss der Bedeutung des Know-How beim Franchising geben.

I. Allgemeines



Die Übertragung von Know-How auf den Franchisenehmer wird als Wesensmerkmal des Franchising angesehen.

Nach dem Ethikkodex des Deutschen Franchiseverbandes ist der Franchisenehmer zur Nutzung des Know-How des Franchisegebers berechtigt und verpflichtet; nach dem Europäischen Verhaltenskodex für Franchising ist sogar das Vorhandensein von Erfahrungswissen ein Tatbestandsmerkmal zur Identifikation des franchisierenden Unternehmens.

Darüber hinaus ist es jedoch ungeklärt, welche Anforderungen an den Umfang und die Qualität des Know-How im Franchising zu stellen sind und welches Know-How geschuldet wird.

Ungeklärt ist auch, welche Rechtsfolgen eintreten, wenn es an dem geschuldeten Know-How mangelt.

II. Rechtsnatur des Franchisevertrages

Die Bedeutung des Know-How für das Franchising ist von dessen Rechtsnatur in einem nicht unerheblichen Maß abhängig.

Qualifiziert man den Franchisevertrag als Lizenzvertrag, wäre klar, dass die Übertragung von Know-How die im Vordergrund stehende Hauptpflicht des Franchisegebers wäre, möglicherweise sogar der eigentliche Vertragsgegenstand.

Sieht man den Franchisevertrag jedoch richtigerweise mit der herrschenden Meinung als einen Misch- und Typenkombinationsvertrag mit fallweise wechselnden Elementen des Miet- und Pachtvertrages, des Dienstvertrages, des Geschäftsbesorgungsvertrages und des Lizenzvertrages an, stellt sich die Pflicht zum Transfer von Know-How nur als eine Einzelleistung aus einem ganzen Bündel von wechselseitigen Leistungspflichten dar.

Die Gewichtung der Leistungspflichten aus den verschiedenen Typenelementen ist in jedem Franchisevertrag unterschiedlich. Dabei ist es durchaus denkbar, dass die entgeltliche Überlassung von Know-How in manchen Franchisesystemen im Vordergrund steht, während sie bei anderen Franchisesystemen gänzlich in den Hintergrund tritt.



III. Begriff des Know-How

Verbreitet wird Know-How als ein bestimmtes technisches oder kaufmännisch-betriebswirtschaftliches Wissen beschrieben. In der Rechtssprechung und Literatur ist darüber hinaus auch die Rede von gewerblichen Erfahrungen, von sämtlichen Erfahrungen eines Unternehmens, von ungeschützten technischen Fertigkeiten, von dem Wissen um Tricks, die dem eingeweihten Durchschnittsfachmann nicht zur Verfügung stehen, die aber von wesentlicher Bedeutung sind, oder von auf Kenntnissen, Erfahrungen und Praktiken beruhenden Verfahren.

Außerdem kann festgestellt werden, dass es sich bei Know-How nicht um ein gewerbliches Schutzrecht handelt.

Von dem Begriff des Know-How wird nicht nur technisches Wissen erfasst, es hat außerdem einen gewerblichen Bezug. Es handelt sich um Kenntnisse, Erfahrungen und Wissenssätze, die unternehmerisch bzw. wirtschaftlich genutzt werden können.

Im Bereich des Franchising stellt sich Know-How als Wissens- und Erfahrungsschatz dar, der auf Methoden zum Aufbau und zur Führung eines bestimmten Betriebstyps, zur Herstellung und zum Absatz von Waren, zur Erbringung von Dienstleistungen, auf Methoden und Konzepte des Marketing sowie auf kaufmännische Fertigkeiten bezieht, die der Inhaber des Betriebstyps unter Nutzung der besonderen Möglichkeiten des Franchisesystems zur Erzielung bestmöglicher Ergebnisse haben muss.

IV. Rechtsnatur des Know-How

Die Frage nach der Rechtsnatur von Know-How spielt eine Rolle, wenn es darum geht, wie Know-How übertragen wird und inwieweit ein Übertragungserfolg geschuldet werden kann.

Nach der herrschenden Meinung hat Know-How keine Rechts-, sondern nur Realqualität. Deshalb wird Know-How ähnlich wie Besitz durch Einräumung der tatsächlichen Gewalt übertragen, indem der Wissensschatz faktisch in den Herrschaftsbereich des Franchisenehmers gebracht wird.



V. Anforderungen an den Know-How Transfer

Die Übertragung des Know-How auf den Franchisenehmer erfolgt mittels Schulungen und mittels Übergabe des Betriebshandbuchs, wobei das Handbuch darüber hinausgehend die Funktion hat, das Geschäftsordnungssystem darzustellen und den geschuldeten Transfererfolg dokumentiert eintreten zu lassen.

Know-How wird als Immaterialgut ähnlich wie Besitz durch Einräumung der tatsächlichen Gewalt übertragen, das heißt Know-How ist übergeben, wenn der Empfänger es in einer Art erhalten hat, dass er es zuverlässig nutzen kann.

Im Hinblick auf die Anforderungen des Know-How Transfers muss jedoch differenziert werden, ob es sich um Produktionsfranchising oder Waren- und Dienstleistungsfranchising handelt.

Beim Produktionsfranchising ist davon auszugehen, dass solange geschult werden muss, bis sich die Verpflichtung zur Überlassung von Know-How bei dem Know-How-Nehmer in dem Erlernen einer Herstellungsfertigkeit niederschlägt. Die Schulungen stellen die Übergabehandlung dar, sodass gegebenenfalls ohne zusätzliche Vergütung weiter geschult werden muss, bis der Übergabeerfolg eingetreten ist.

Beim Waren- und Dienstleistungsfranchising wird zwar auch die erfolgreiche Übertragung des Know-How geschuldet, jedoch bezieht sich das Know-How nicht auf die Herstellung eines abgrenzbaren leicht verifizierbaren Ergebnisses, sondern auf das Wissen um ein erfolgreiches Betriebs- und Geschäftskonzept. Know-How dieser Art und Struktur kann deshalb im Regelfall bereits dadurch übertragen werden, dass der Franchisenehmer ein Handbuch und gegebenenfalls schriftliche Schulungsunterlagen erhält, das ihn befähigt, sich daraus das Wissen selbstständig anzueignen. Damit ist es in seinen Herrschaftsbereich gelangt. Allerdings ist der Franchisegeber im Gegenzug zu dieser Erleichterung nach Treu und Glauben verpflichtet, eine Schulung durchzuführen.

VI. Anforderungen an das Know-How beim Franchising

Ein Geschäftskonzept das in jedem Franchisebetrieb einheitlich angewandt werden soll, ist ohne eine darauf bezogene Informationssammlung von vornherein nicht denkbar.

Es ist ausgeschlossen, dass das Geschäftskonzept, das der Franchise-Geber entwickelt und erprobt hat, von einem Franchisenehmer selbstständig angewandt wird, ohne dass zuvor ein Transfer dieser Informationssammlung auf den Franchisenehmer stattgefunden hat. Es stellt sich im Franchising also nicht die Frage nach dem grundsätzlichen Vorhandensein eines Wissens- und Erfahrungsschatzes, sondern die Frage nach seiner Qualität, seiner Erprobung, seiner Unterscheidungskraft, seiner Einzigartigkeit, seiner Exklusivität, seinem Geheimsein und seiner wirtschaftlichen Verwertbarkeit.

Ist der Transfer von Know-How vertraglich vereinbart und ist für die Leistung des Franchisegebers eine nennenswerte Vergütung vorgesehen, lassen sich einige Grundanforderungen an das Know-How in Franchisesystemen aufstellen.

Insbesondere handelt es sich um folgende Grundanforderungen:



1. Hinreichende Erprobung

Man darf es als allgemeine Meinung bezeichnen, dass das Know-How **hinreichend erprobt** sein muss.

Den meisten Franchisesystemen liegt ein Geschäftskonzept zugrunde, mit dem der Franchisegeber in einem Test-, Pilot- oder Musterbetrieb Erfahrungen gemacht hat. Dies müssen nicht notwendig eigene Erfahrungen sein; denkbar ist auch, dass andere Personen das Konzept erprobt haben und dass der Franchisegeber sein Know-How von diesen Personen ableitet.

Jedenfalls wird man nach Treu und Glauben erwarten müssen, dass eine praktische Erprobungsphase von mindestens 24 bis 36 Monaten vorangegangen ist und erfolgreich verlaufen ist. Erfolgreich bedeutet in diesem Zusammenhang, dass der Testbetrieb dauerhaft die Gewinnzone erreicht hat. Die Testphase muss außerdem lang genug sein, um nach der Erreichung des Break-Even die Gewinnentwicklung für eine ausreichende Zeit, mindestens 12 Monate beobachten zu können. Der Gesamttestzeitraum von 24 bis 36 Monaten bildet demnach eine Grundregel.

2. Wirtschaftliche Verwertbarkeit

Des Weiteren schuldet der Franchise-Geber nach allgemeiner Meinung in gewissen Umfang auch die **wirtschaftliche Verwertbarkeit** des Know-How. Know-How, das im Rahmen des Franchisebetriebes von vornherein nicht zur Umsatzerzielung verwendet werden kann, entspricht nicht den Anforderungen.

Der Franchisegeber ist verpflichtet, den Franchisenehmer in Form des Franchisekonzeptes, zu dem je nach Lage maßgeblich auch das Know-How gehört, eine Grundlage zum Aufbau einer Existenz zu verschaffen.

3. Wettbewerbsvorteil

Das Know-How muss nach Treu und Glauben dem Franchisenehmer in die Lage versetzen, einen **Wettbewerbsvorteil gegenüber systemexternen Konkurrenten** zu erlangen.

Wenn die Übertragung von Know-How vereinbart ist und das Know-How deshalb eine Grundlage des Franchisekonzeptes bildet, ist die Erlangung des Wettbewerbsvorteils durch die Kenntnisse und Erfahrungen des Franchisegebers eine der Gründe für den Franchisenehmer, sich mit seinem bestehenden Unternehmen oder im Rahmen seiner Existenzgründung dem Franchisesystem anzuschließen.

Insbesondere verspricht sich jeder Franchise-Nehmer durch seine Einbeziehung in das Franchisesystem einen Vorteil gegenüber einer Unternehmensgründung außerhalb des Franchisesystems. Das Know-How muss also eine gewisse Unterscheidungskraft und Abgrenzbarkeit besitzen. Jedoch muss stets berücksichtigt werden, dass der Umfang des zu erwartenden Wettbewerbsvorteils durch Know-How von der Eigenart des Franchisesystem und von der Gestaltung des Franchisevertrages abhängig ist.



4. Geheimsein

Darüber hinaus muss das Know-How in gewissen Umfang **geheim** sein. Es gilt ein relativer Geheimnisbegriff.

Maßgeblich ist nicht, dass der Franchisegeber der alleinige Inhaber eines Spezialwissens ist, das er von allen anderen möglichen Interessenten verborgen hält und das damit für die Außenwelt praktisch unerreichbar ist. Das Spezialwissen darf nicht nur allgemein offenkundig und für Dritte ohne weiteres – jedenfalls ohne Mühe bzw. Kosten – zugänglich sein.

VII. Konsequenzen

Fehlt es an Know-How oder erfüllt das Know-How nicht die vereinbarten Anforderungen, müssen Äquivalenz und Leistungsstörung unterschieden werden.

Ein Fall der Äquivalenzstörung kommt in Betracht, wenn die Übertragung von Know-How als Leistung des Franchisegebers nicht vereinbart ist oder wenn ausdrücklich nur öffentliches und damit geringwertiges Know-How übertragen werden soll, während die Gegenleistung des Franchisenehmers – an dieser Leistung gemessen – unangemessen hoch erscheint.

Ein Fall der Leistungsstörung kann vorliegen, wenn ein vertraglich vereinbartes Know-How gänzlich fehlt oder wenn es den vereinbarten Anforderungen nicht entspricht. Dem Franchisenehmer stehen dann je nach Sachlage ein Zurückbehaltungsrecht, ein Schadensersatzanspruch und ein Gewährleistungsrecht zu.

VIII. Vertragsgestaltung

Wie wichtig das Know-How im Franchising ist, sieht man häufig daran, dass oftmals in Zivilprozessen von Franchisenehmern vorgetragen wird, es fehle an ausreichendem Know-How oder das Know-How sei nicht geheim.

Zugleich machen viele Franchisegeber bei der Gestaltung des Franchisevertrages den Fehler, die Übertragung eines besonderen Know-How zu vereinbaren, ohne sich vergewissert zu haben, ob ihr System überhaupt über Know-How im Rechtssinne verfügt. Ein solcher Gestaltungsfehler ist Einfallstor für die Einrede des nichterfüllten Vertrages.

Vor diesem Hintergrund ist stets bei der Gestaltung des Franchisevertrages ein besonderes Augenmerk auf die Präambel zu richten, in der regelmäßig ausführlich beschrieben wird, ob und in welchem Umfang dem Franchisekonzept besondere Erfahrungen und Kenntnisse zugrunde liegen. Eine wichtige Rolle bei der Vertragsauslegung spielt auch die Frage, ob für das Know-How eine nennenswerte Vergütung zu entrichten ist.

Bei der Gestaltung des Franchisevertrages muss besonders sorgfältig ermittelt werden, welches Know-How tatsächlich vorhanden ist und zum Systemgegenstand werden soll. Klar ist sicherlich auch, dass das Know-How im Franchisehandbuch detailliert zu beschreiben ist, dies ist auch auf kartellrechtliche Erfordernisse zurückzuführen.

Vor allem aber gilt: Nur wenn das Know-How ausreichend beschrieben ist, ist es klar genug abgrenzbar, um den Franchisenehmer nach Vertragsbeendigung die Weiternutzung in den erlaubten Grenzen zu untersagen. Insbesondere bei einer Rückabwicklung des Franchiseverhältnisses bei vorzeitiger Beendigung kann es für den Franchisegeber notwendig werden, den Transfer des Know-How zu dokumentieren.

Für ergänzende Auskünfte und Rückfragen stehen wir Ihnen selbstverständlich jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Consultor start up GmbH

durch



Christian Geiling, MBA
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Steuerrecht