



## Accidental Franchise

Man sollte meinen, dass man ein Franchise erkennt, wenn man es sieht. Franchising ist eine weltweit gängige Geschäftspraxis und berühmte Burger- oder Kaffee Ketten kommen schnell in den Sinn. Erst recht sollte man meinen, dass die Entstehung eines Franchise immer ein bewusster Vorgang ist und nicht versehentlich geschieht. Die amerikanischen Franchise-Regeln sind jedoch derart gestaltet, dass genau das leichter passieren kann, als man denkt. Mit jeder Markenlizenzierung, Vertriebspartnerschaft oder Verkaufsvertretung ist schon der Grundstein für ein US-amerikanisches Franchise gelegt. Selbst ein individueller Miet- oder Vertriebsvertrag kann zu einem Fall des Accidental Franchise führen. Da für Franchisegeber („Franchisors“) schon vor Abschluss eines Franchisevertrags sehr strenge Auflagen gelten, auf deren Nichteinhaltung erhebliche Strafen stehen, kann dies auch für unverhoffte Franchisegeber unangenehme Folgen haben. Was macht also ein Franchise aus und wie kann es versehentlich, „*accidentally*“ entstehen?

*Ein Markeninhaber kann durch Lizenzierung schnell zum unverhofften Franchisegeber werden. Bei Verletzung der Pflichten eines Franchisegebers drohen erhebliche Konsequenzen. Unkenntnis schützt vor Strafe nicht!*

Bei Accidental Franchises handelt es sich stets um Fälle, in denen ein Markeninhaber eine Geschäftsbeziehung zu einem seiner Geschäftspartner unbewusst in einer Weise ausgestaltet, die die tatsächlichen Definitionskriterien eines Franchise erfüllen. Es spielt nämlich nach amerikanischem Recht für die Entstehung einer Franchise-Beziehung keine Rolle, ob die Geschäftspartner die Gründung eines Franchise beabsichtigen oder wie sie ihre Geschäftsbeziehung bezeichnen. Ein Markeninhaber kann schon durch die Lizenzierung seiner Marke für eine Gebühr zum Franchisegeber werden, wenn er die Nutzung der Marke durch den Lizenznehmer zu stark kontrolliert und/oder diesen erheblich in seinem Geschäft unterstützt. Selbst ein bestehendes Vertriebssystem kann sich durch eine vertragliche Neugestaltung oder Erweiterung der Beziehungen während seiner Lebenszeit unbemerkt und ungewollt zu einem Franchisesystem wandeln.

Da auch ein ungewollter Franchisegeber schon vor Vertragsschluss umfangreiche Pflichten hat, deren Verletzung empfindliche zivil- und bei Vorsatz sogar strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen kann, ist es für einen Markeninhaber sehr wichtig, die gesetzlichen Regeln zu kennen. Nur so kann man ein Franchise entweder vermeiden oder unter Einhaltung der Auflagen richtig gestalten zu können.

### I. Grundlagen des US-amerikanischen Franchise

Franchise ist ein auf einer Partnerschaft basierendes Absatzsystem mit dem Ziel der Verkaufsförderung. Es zeichnet sich durch die Zurverfügungstellung eines unternehmerischen Gesamtkonzepts durch den Franchisegeber an den Franchisenehmer („Franchisee“) aus. Während der Franchisor die Planung, Durchführung und Kontrolle des Gesamtkonzepts übernimmt, setzt der Franchisee dieses Konzept selbstständig an dem ihm vertraglich zugewiesenen Standort um. Das U.S.-amerikanische Franchiserecht trifft Regelungen auf der Ebene des Bundes und der Bundesstaaten.

## II. Bundesrechtliche Definition als Basis der Franchise-Regeln

Obwohl es keine Regelungsebenen übergreifende Legaldefinition des Franchise-Begriffes gibt, bildet die Definition in 16 C.F.R. § 436.1(h) (Code of Federal Regulations) die Grundlagendefinition, auf deren Basis die Bundesstaaten frei über weitere Kriterien bestimmen können, solange diese das Schutzniveau für den Franchisee erhöhen. Eine Geschäftsbeziehung ist daher dann als Franchise zu qualifizieren, wenn jedenfalls folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:

1. Lizenzerteilung: Der Franchisor erteilt dem Franchisee eine Lizenz zur Nutzung seiner Marke, unter der er Waren und Dienstleistungen verkaufen und vertreiben darf.
2. Lizenzgebühr: Der Franchisee verpflichtet sich, in den ersten sechs Monaten nach Inbetriebnahme eine Lizenzgebühr oder ein anderweitiges Entgelt in Höhe von mehr als 500 USD zu zahlen.
3. Kontrolle: Das Unternehmen des Franchisees unterliegt einer nicht unerheblichen Kontrolle durch den Franchisor. Die Ausübung dieser Kontrolle kann in erheblicher operativer Unterstützung des Franchisee durch den Franchisor im Bereich der Unternehmenssteuerung und Entwicklung bestehen.

Da die Definition des Franchise relativ weit gefasst ist und das Franchiserecht durch die Regelungen auf der Ebene des Bundes und der Bundesstaaten einen teils sehr weiten Anwendungsbereich eröffnet, besteht die Gefahr, dass eine – zwar als Miet-, Lizenz- oder Vertriebsvertrag gewollte und bezeichnete – Vereinbarung Züge eines Franchise Vertrags aufweist und damit zwar unbeabsichtigt aber faktisch unter die Franchise Rule fallen kann.

---

*Durch erhebliche Kontrolle und Unterstützung eines Lizenznehmers kann ein Markeninhaber versehentlich zum Franchisegeber werden.*

---

Insbesondere Lizenz- und Franchiseverträge überschneiden sich häufig. Denn wie in Markenlizenzverträgen erhält der Franchisee ein Nutzungsrecht an der Marke. Im Gegensatz zur einfachen Lizenzierung ist er hier aber regelmäßig dazu verpflichtet den Markennamen in seinen Geschäftsnamen aufzunehmen. Auch sieht die Lizenzierung regelmäßig eine Lizenzgebühr vor, die meist über 500 USD liegt und so als Franchise-Gebühr betrachtet werden kann. Der größte und oft einzige Unterschied zwischen einer einfachen Lizenzierung und einem Franchise besteht grundsätzlich in dem Maß der Kontrolle, die der Markeninhaber über seinen Geschäftspartner ausübt. Im Rahmen einer einfachen Lizenzierung ist dieses Element weniger stark ausgeprägt als beim Franchise. Wenn Markeninhaber zu viel Kontrolle ausüben und/oder Assistenz anbieten, kann damit die Schwelle zur „*significant control*“ leicht überschritten werden. Wann dies der Fall ist, orientiert sich stets am konkreten Sachverhalt, ist in den folgenden Fällen aber regelmäßig indiziert:

- Der Franchisee wird verpflichtet, bestimmte Produkte und/oder Services ausschließlich beim Franchisor oder einem Partner des Franchisors zu kaufen.
- Der Franchisee unterliegt einer Übernahmeverpflichtung hinsichtlich des Firmendesigns, des Betriebsmanagements, der Produktionstechniken, der Buchführung, der Personalpolitik oder bestimmter Werbe- oder Marketing-Kampagnen.
- Der Franchisor ermöglicht und/oder fördert die Teilnahme an Mitarbeiter-, Vertriebs- oder Businessschulungen.

## III. Anwendbares Recht

Das Franchiserecht des Bundes und der Bundesstaaten sind nebeneinander anwendbar. Sofern einzelstaatliches Recht anwendbar ist, ist auch das relativ allgemeinere Bundesrecht anwendbar. Innerhalb einer grenzüberschreitenden Transaktion kann auch das Recht mehrerer Bundesstaaten zur Anwendung

kommen. Da die einzelstaatlichen Gesetze in ihrer Regelungsbreite zum Teil stark variieren, gilt es vor Vertragsanbahnung sicherzustellen, welche Gesetze welcher Staaten zur Anwendung gelangen sollen.

Inhaltlich werden drei verschiedene Regelungsbereiche unterschieden: *Disclosure Laws* und *Registration Laws* als *Pre-Sale Laws* und *Relationship Laws* als *Post-Sale Laws*.

### **(A) Pre-Sales Law: Disclosure und Registration Law regelt Offenlegungs- und Registrierungspflichten**

Das *Franchise Disclosure Law* verfolgt den Zweck, dem potentiellen Franchisee eine fundierte und informierte Entscheidung darüber zu ermöglichen, ob er mit dem zukünftigen Franchisor eine oftmals langfristige und komplexe Geschäftsbeziehung eingehen will. Er soll vor einer Entscheidung für ein Franchisesystem bewahrt werden, die auf falschen oder unvollständigen Angaben des Franchisors über das Potential seines Unternehmens und daraus resultierenden falschen Hoffnungen beruht. Hierzu hat der Franchisor dem Franchisee mindestens 14 Tage vor Abschluss eines bindenden Vertrages oder einer ersten Zahlung ein sog. *Franchise Disclosure Document* („FDD“) zu übergeben. Das FDD, das es jährlich zu aktualisieren gilt, enthält alle Basisdaten hinsichtlich der Geschäftsstruktur und der Geschäftsbeziehungen des Franchisors, der Verwicklung in Rechtsstreitigkeiten, der finanziellen Situation aber auch bezüglich sämtlicher Gebühren, der Reichweite und Ausgestaltung der Kontrolle und Unterstützung sowie des Vertragsgebiets und weiterer Rechte und Pflichten der Parteien. Neben dem Bundesrecht haben folgende Bundesstaaten zusätzliche *State Disclosure Laws*: Kalifornien, Hawaii, Illinois, Indiana, Maryland, Michigan, Minnesota, New York, North Dakota, Oregon, Rhode Island, South Dakota, Virginia, Washington und Wisconsin. Mit Ausnahme von Oregon verfügen alle vorgenannten Bundesstaaten auch über sogenannte *Registration Laws*, wohingegen auf Ebene des Bundes solche Regelungen nicht existieren. Überwiegend muss sich der Franchisor danach vor dem ersten Angebot an den zukünftigen Franchisee bei der jeweils zuständigen Behörde mit dem FDD und weiteren Formularen anmelden und die Registrierung jährlich aktualisieren.

---

*Ungewollte Franchisegeber verletzen aus Unwissenheit regelmäßig die umfangreichen Offenlegungs- und Registrierungspflichten zum Schutz des Franchisenehmers.*

---

### **(B) Post-Sales Law: Relationship Law regelt laufende Franchise Beziehung**

Auch das sogenannte *Relationship Law* ist nicht auf Bundesebene, sondern nur in den folgenden 22 Staaten zu finden: Arkansas, Kalifornien, Connecticut, Delaware, Hawaii, Idaho, Illinois, Indiana, Iowa, Kansas, Michigan, Minnesota, Mississippi, Missouri, Nebraska, New Jersey, North Dakota, Rhode Island, South Dakota, Virginia, Washington, Wisconsin, US Virgin Islands und Puerto Rico. Als *Post-Sale Law* gibt es Regelungen vor, die die laufende Geschäftsbeziehung betreffen und beispielsweise eine Kündigung oder Verlängerung des Vertrages an bestimmte Voraussetzungen binden oder Anti-Diskriminierungsregelungen treffen.

## **IV. Konsequenzen bei Verletzung der Franchise Regeln**

Für die Verfolgung von Verstößen gegen die FTC Rule ist die Federal Trade Commission („FTC“) zuständig. Sie ist befugt, vorläufige und dauerhafte Verfügungen zu erlassen, um den gesetzlichen Zustand wieder herzustellen und kann Bußgelder bis zu 11.000 USD pro Rechtsverletzung verhängen. Auch auf Ebene der Bundesstaaten sind die Aufsichtsbehörden zu vergleichbaren Maßnahmen berechtigt, wenn ein Verstoß gegen staatliches Recht vorliegt. Ein Gericht ist nach der FTC Rule befugt, Verbraucherverträge aufzuheben und Schadensersatz zu gewähren. Auch wenn von Seiten der Gerichte bislang der Standpunkt vertreten worden ist, dass die FTC Rule dem Betroffenen, der eine Rechtsverletzung geltend macht, keine eigene Klagebefugnis gewährt, bewerten sie einen Verstoß des Franchisor gegen seine Informations- und Offenbarungspflichten nach der FTC Rule als einen strafrechtlichen Betrug gegenüber dem Franchisee. Auch kann ein Franchisee

einen Verstoß gegen die FTC Rule unter dem jeweiligen *State unfair Trade Practices Law* geltend machen. An dieser Stelle wird das Zusammenspiel von Federal und State Law und die Bedeutung der Anwendbarkeit der *State Pre-Sale Disclosure* und *Registration Laws* erneut deutlich: Während der geschädigte Franchisee im Fall der Verletzung einer Offenlegungs- oder Registrierungsspflicht aus der bundesrechtlichen FTC Rule keinen privaten zivilrechtlichen Anspruch ableiten kann, kann ihm eine solche Klagebefugnis auf Grundlage der einzelstaatlichen *Disclosure* und *Registration Laws* zustehen. Nahezu alle *State Disclosure Laws* sehen für den geschädigten Franchisee eine Möglichkeit zum Rücktritt vom Franchise Agreement vor und gewähren Schadensersatzansprüche, wenn der Vertrag ohne vorherige Registrierung abgeschlossen wurde. Gleiches gilt für den Fall, in dem das FDD falsche oder missverständliche Angaben enthält oder notwendige Angaben fehlen, wobei teilweise Ausnahmen gemacht werden, wenn der Franchisee hiervon wusste oder hätte wissen müssen. Teilweise ist in den einzelstaatlichen Gesetzen eine persönliche Schadensersatzhaftung des Managements oder Inhabers des Franchisesystems vorgesehen, auch wenn der Franchisor selbst eine juristische Person ist. Zwar unterliegen diese Rechte des Franchisees überwiegend einer Verjährungsfrist von vier Jahren, zu seinem Schutz sehen viele *Registration Laws* aber zugleich sogenannte *Anti-Waiver Restrictions* vor. Diese Regelungen verbieten es dem Franchisor, sich missbräuchlich gegen berechnete Ansprüche des Franchisees abzusichern, indem er vom Franchisee bei Abschluss des Vertrages eine schriftliche Bestätigung der Kenntnis aller relevanten Umstände und des Nichtbestehens von Ansprüchen fordert.

Wer sich nicht bewusst ist, dass sein Geschäftsmodell unter die Definition des Franchise fällt, wird die Franchise Regeln nicht einhalten und macht sich so mindestens zivilrechtlich haftbar, denn die Gutgläubigkeit schützt bestenfalls vor strafrechtlichen Konsequenzen.

## V. Vorbeugung und Absicherung gegen ein Accidental Franchise

Bei alternativen Geschäftsmodellen zum Franchise wie dem Joint Venture oder einer Vertragshändler-Beziehung ist immer Vorsicht geboten, dass nicht versehentlich ein Franchise entsteht. In einem Franchisesystem hat der Franchisee kaum oder gar keinen Einfluss auf das Management des Franchisors. Es ist daher für die Abgrenzung hilfreich, ein Joint Venture derart auszugestalten, dass die einseitige vertikale Kontrolle und Einflussnahme verringert und die Selbständigkeit der Parteien erhöht wird. Bei einem Joint Venture oder einer echten Partnerschaft beispielsweise bringen beide Parteien Werte und Kapital in das gemeinsame Unternehmen ein und haben relativ gleichwertigen Einfluss auf das Management. Das Haftungsrisiko wird gleichmäßig verteilt. Der Franchisor dagegen kontrolliert und unterstützt den Franchisee gleichermaßen. Eine echte Partnerschaft ist als eine von 13 Ausnahmen von der Federal Franchise Rule normiert. Als weitere Ausnahmen zu nennen sind insbesondere die Minimum Payment Exemption (Lizenzgebühr innerhalb der ersten sechs Monate liegt unter 500 USD), die Fractional Franchise Exemption (Franchisee muss mindestens zwei Jahre Management Erfahrung in dem Geschäft haben und beide Parteien müssen vernünftigerweise erwarten können, dass der Umsatz aus der Geschäftsbeziehung nicht mehr als 20% des gesamten Bruttoumsatzes des Franchisees im ersten Geschäftsjahr ausmachen wird) und die Leased Department Exemption (ein unabhängiger Händler verkauft seine eigenen Waren/Services im Laden eines größeren Händlers, ohne verpflichtet zu sein, Produkte von diesem größeren Händler oder dessen Zulieferer zu kaufen).

Der sicherste Weg für einen Markeninhaber, bei Abschluss einer neuen Geschäftsbeziehung ein Accidental Franchise zu vermeiden ist es, eines der drei Elemente eines Franchise auszuschalten und dies im Vertrag explizit aufzuzeigen. Es sollte deshalb auf folgende Aspekte geachtet werden:

1. In einem Vertrag sollte stets der Sinn und Zweck und die beabsichtigte Art der Geschäftsbeziehung festgehalten werden. Eine solche Vereinbarung mag zwar nur deklaratorischer Art sein, sie hilft dem Gericht aber im Falle eines Rechtsstreits zu ermitteln, welche Art von Geschäftsbeziehung die Parteien begründen wollten.

2. Der Vertrag sollte den Umfang und die Art der erlaubten Markennutzung sowie die Kontrolle des Markeninhabers präzise und eindeutig darstellen. Wenn der Lizenznehmer in seiner Geschäftsführung und Markennutzung weitgehend frei ist, spricht dies gegen eine Bewertung als Franchisee. Es ist zu hinterfragen, ob das gegebene Kontrolllevel zum Schutz der Marke des Lizenzgebers erforderlich ist oder ob es bereits darüber hinaus geht und unnötig in den täglichen Geschäftsbetrieb des Lizenznehmers eingreift.
3. Will der Lizenznehmer Produkte und Services zum Wiederverkauf beim Markeninhaber einkaufen, so gilt der an den Markeninhaber dafür gezahlte Kaufpreis in den meisten US-Bundesstaaten dann nicht als Franchisegebühr, wenn es sich um einen echten Großhandelspreis handelt.
4. Sollte sich die Geschäftsbeziehung aus sämtlichen Blickwinkeln jedoch als ein Franchise darstellen, ist zu prüfen, ob eine der vorgenannten Ausnahmen der FTC Rule Anwendung finden kann. Hierbei ist jedoch das Wechselspiel von State und Federal Law zu beachten. Selbst wenn eine Ausnahmegesetzgebung der bundesrechtlichen FTC Regeln greifen sollte, kann das Geschäftssystem dennoch unter die Anwendbarkeit eines spezifischen einzelstaatlichen Gesetzes fallen und vice versa.

## VI. Fazit

Ziel soll es nicht sein, ein Franchise um jeden Preis zu vermeiden, denn in vielen Fällen kann es das richtige Geschäftsmodell sein, wenn es gewollt ist und richtig strukturiert wird. Entscheidend ist es, die Franchise-Regeln gut genug zu kennen, um ein Geschäftsmodell entweder von vornherein unter Einhaltung der Regeln als Franchise aufzuziehen oder eindeutig davon abgrenzen zu können.

**Für weitere Fragen nehmen Sie bitte Kontakt mit uns auf:**

### Steven H. Thal

J.Dr.; Attorney at Law, New York  
Rechtsberater für U.S. Recht,  
OLG Frankfurt/ M.  
+1 212 841 0742  
sthal@phillipsnizer.com

### Florian von Eyb

Attorney at Law, New York  
Rechtsanwalt  
LL.M.  
+1 212 841 0720  
fvoneyb@phillipsnizer.com

### Alan Behr

J.Dr.; Attorney at Law, New York  
+1 212 841 0552  
abehr@phillipsnizer.com

Mitarbeit: **Dr. Alisa Sommerfeld** (Rechtsreferendarin)

### Disclaimer (English)

This information is provided as a public service to highlight matters of current interest and does not imply an attorney-client relationship. It is not intended to constitute a full review of any subject matter, nor is it a substitute for obtaining specific legal advice from competent, independent counsel.

### Disclaimer (Deutsch)

Sämtliche Informationen werden ausschließlich als öffentlicher Service zur Verfügung gestellt und begründen kein Mandanten- oder Beratungsverhältnis. Sie stellen ein aktuelles Thema vor, ohne den Anspruch auf Vollständigkeit zu erheben und ersetzen nicht die individuelle, fallspezifische anwaltliche Beratung.

PHILLIPS NIZER LLP

www.phillipsnizer.com

485 Lexington Avenue • New York, NY • 10017 | Tel: +1 212 977 9700 | Fax: +1 212 262 5152  
34 Pantigo Road • East Hampton, NY • 11937 | Tel: +1 631 324 3950 | Fax: +1 631 324 3622  
Court Plaza South, 21 Main Street • Hackensack, NJ • 07601 | Tel: +1 201 487 3700 | Fax: +1 201 646 1764

Copyright 2018 • Phillips Nizer LLP • Reproduction in part or whole is strictly prohibited without the expressed written consent of the publisher.