

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 185

**Die Sittenwidrigkeit von
Franchisevereinbarungen aufgrund
eines Leistungsmissverhältnisses**

Von

Andreas Wagenseil



Duncker & Humblot · Berlin

ANDREAS WAGENSEIL

Die Sittenwidrigkeit von Franchisevereinbarungen
aufgrund eines Leistungsmissverhältnisses

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 185

Die Sittenwidrigkeit von Franchisevereinbarungen aufgrund eines Leistungsmissverhältnisses

Möglichkeiten einer Kompensation durch Einbeziehung
sämtlicher vertraglicher Leistungsbestimmungen

Von

Andreas Wagenseil



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät
der Universität Bayreuth hat diese Arbeit
im Wintersemester 2003 / 2004
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

D 703

Alle Rechte vorbehalten
© 2005 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme und Druck:
Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0582-026X
ISBN 3-428-11600-3

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☉

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meiner Mutter

Vorwort

Die vorliegende Abhandlung hat die Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät der Universität Bayreuth im Wintersemester 2003/2004 als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten bis August 2003 berücksichtigt werden.

Mein Dank gilt an erster Stelle Herrn Professor Dr. *Lutz Michalski*, der zu dieser Schrift angeregt und sie vielfach gefördert hat. Für sein damit verbundenes Engagement und die mir dadurch eröffnete Möglichkeit, diese Arbeit anzufertigen, möchte ich mich ganz herzlich bedanken. Herrn Professor Dr. *Peter W. Heermann*, LL.M., habe ich nicht nur für das umfassende Zweitgutachten, sondern auch für die damit verbundenen Einblicke in die Theorie der „Relational Contracts“ zu danken. Auch Herrn Professor Dr. *Karl-Georg Loritz*, dem Vorsitzenden des Prüfungsausschusses, gebührt mein Dank.

Zu besonderem Dank bin ich meinen Eltern verpflichtet, die mich und diese Arbeit in vielfacher Weise unterstützt haben.

München, im Dezember 2004

Andreas Wagenseil

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	23
A. Ökonomische Bedeutung und Perspektiven des Franchising	23
I. Die wirtschaftliche Stellung des Franchising in Deutschland	23
II. Die Entwicklung des Franchising	24
III. Die Vorteile des Franchising	26
1. Aus gesamtwirtschaftlicher Perspektive	26
2. Aus Sicht des Franchisegebers	27
3. Aus Sicht des Franchisenehmers	27
IV. Die Risiken und Probleme des Franchising	27
1. Aus gesamtwirtschaftlicher Perspektive	28
2. Aus Sicht des Franchisegebers	28
3. Aus Sicht des Franchisenehmers	29
B. Das Franchising und die Rechtsordnung	30
I. Die Kontroll- und Eingriffsmöglichkeiten der Rechtsordnung	30
II. Die begriffliche Einordnung als Voraussetzung der rechtlichen Überprüfung	31
1. Die Vermeidung irreführender begrifflicher Zuordnungen	31
2. Die Berücksichtigung der vertragspezifischen Eigenheiten bei der Überprüfung anhand § 138	32
C. Der auffällig überhöhte Franchisevertrag als Untersuchungsgegenstand	33

Kapitel 1

Das Franchising als Vertragsform	36
A. Der Begriff des Franchising	36
I. Die Herkunft des Begriffs „Franchising“	36
II. Franchising-Arten und deren Einordnung	37
1. Varianten des Franchising	37

2. Systematisierung des Franchising	37
a) Die Differenzierung im Pronuptia-Urteil	38
b) Der angloamerikanische Ansatz	38
c) Die Differenzierung in Waren- und Dienstleistungs-Franchising	39
d) Die Systematisierung nach Martinek	40
III. Die konstitutiven Merkmale des Franchising	40
1. Definitionsansätze	40
a) Art. 1 der EG-Gruppenfreistellungsverordnung Nr. 4087/88 für Franchise-Vereinbarungen	41
b) Die Definition des Deutschen Franchise-Verbandes	42
c) Definitionen in Literatur und Rechtsprechung	42
2. Bestimmung der konstitutiven Merkmale	43
a) Begriffliche Eingrenzung	43
b) Zusammenfassung der wesentlichen Elemente des Franchising	44
B. Die Franchisevereinbarung	45
I. Die Struktur der Franchisevereinbarung	45
1. Der Vorvertrag	45
2. Die Präambel	45
3. Der Basisvertrag	46
4. Die Nebenverträge	46
5. Die Durch- und Ausführungsverträge	46
6. Ergänzende vertragliche Regelungen	47
II. Aufbau und Inhalt der Franchisevereinbarung	47
1. Allgemeine Merkmale	47
2. Die Pflichten des Franchisegebers	48
a) Die Übertragung der Franchise	48
b) Systemeingliederungs- und Systemförderungsmaßnahmen	48
3. Die Pflichten des Franchisenehmers	50
a) Die Entgeltzahlung	50
aa) Eintrittsgebühren	50
bb) Franchisegebühren	51
cc) Gebühren für spezielle Serviceleistungen	52
dd) Entgelte für die Bereitstellung von Einrichtung und Ausrüstungsgegenständen	52
ee) Weitere Pacht- und Mietzinsen	53

ff) Zahlungen für den Verkauf von Rohmaterialien, Halbfertigwaren oder Franchise-Produkten	53
gg) Weitere Zahlungspflichten des Franchisenehmers	53
b) Die Absatzförderungspflichten	53
c) Informations- und Berichtspflichten sowie weitere Nebenpflichten	54
d) Sonstige systemspezifische Pflichten	54
4. Sonstige Regelungen	55
a) Zur Vertragslaufzeit	55
b) Zur Vertragsbeendigung	55
c) Zur Bildung eines Beirates	56
d) Ergänzende Regelungen	56
5. Die Beziehung der vertraglichen Leistungspflichten zueinander	56
a) Das Synallagma im Franchising	56
b) Die Vereinbarung gesonderter Gebühren	57
aa) Die Erhebung einer Eintrittsgebühr	57
bb) Die gesonderte Erhebung sonstiger Entgeltvereinbarungen	59
α) Die Einheitlichkeit der Austauschbeziehung als Regelfall	59
β) Die separate Regelung bestimmter Entgeltvereinbarungen	59
III. Die Rechtsnatur des Franchisevertrages	60
1. Franchising als Gesellschaftsverhältnis?	61
2. Franchising und das Arbeitsrecht	62
3. Der lizenzrechtliche Ansatz	66
4. Der Franchisevertrag als Typenneuschaffung eigener Art	66
a) Die obligatorischen Hauptpflichten als Anknüpfungspunkt	66
b) Der einschlägige Vertragstypus	70
5. Franchising als symbiotischer Vertrag	72
IV. Typisierung der denkbaren Gestaltungsvarianten	73
1. Typ I	74
2. Typ II	74
3. Typ III	74
4. Typ IV	74
5. Die Unbeachtlichkeit der zusätzlichen rechtsgeschäftlichen Beziehungen ..	75

*Kapitel 2***Das Äquivalenzprinzip**

	76
A. Die Ausgeglichenheit der Leistungswerte als Wirksamkeitsvoraussetzung?	76
I. Äquivalenzprinzip und Vertragsgerechtigkeit	76
II. Die objektive Ausgeglichenheit der Leistungswerte	77
1. Die <i>laesio enormis</i>	77
2. Die Entscheidung des OLG Bremen vom 14. 3. 1963	78
a) Die Vertragsauslegung gem. §§ 133, 157	78
b) Der „angemessene Preis“ als Geschäftsgrundlage	78
c) Die Pflicht zur Aufklärung über den „angemessenen“ Preis	81
III. Die subjektive Ausgeglichenheit der Leistungswerte	82
1. Die subjektive Äquivalenz als bezweckter Erklärungserfolg	82
2. Die subjektive Höherwertigkeit der Gegenleistung als Voraussetzung der Äquivalenz	83
B. Der Äquivalenzgedanke als Funktionsprinzip des entgeltlichen Rechtsgeschäfts	83

Kapitel 3

**Die Sittenwidrigkeitskontrolle einer auffällig
überhöhten Franchisevereinbarung nach § 138 Abs. 2**

	86
A. Die Notwendigkeit der Verhinderung missbräuchlicher Gestaltungen	86
B. Das Verhältnis des § 138 Abs. 2 zu § 134	87
I. § 134 i. V. m. § 92 a HGB	87
II. § 134 i. V. m. § 291 StGB	88
C. Der Schutzzweck des § 138 Abs. 2	88
D. Die Tatbestandsmerkmale des § 138 Abs. 2	89
I. Die Feststellung der Tatbestandsmerkmale und das „Sandhaufentheorem“	89
II. Das auffällige Missverhältnis	90
1. Der Prüfungsumfang	90
a) Die Fragestellung	90
b) Die Rechtsqualität der Verbindung zwischen Leistung und Vermögensvorteil	90
aa) Der Begriff des Rechtsgeschäfts	90

bb) Inhaltliche Identität des Rechtsgeschäftsbegriffs nach § 139 und § 138 Abs. 2?	92
cc) Das einseitige Rechtsgeschäft als verbindendes Element?	95
dd) Das Äquivalenzverhältnis als maßgeblicher Anknüpfungspunkt	96
c) Die Additionsklausel des § 291 Abs. 1 S. 2 StGB	98
aa) Der Anwendungsbereich der Additionsklausel	99
bb) Der Inhalt der Additionsklausel	99
cc) Die Eignung der Additionsklausel, ein auffälliges Missverhältnis zu begründen	101
α) Die kumulative Zusammenfassung mehrerer Leistungsvereinbarungen	101
β) Die selektive Zusammenfassung nach wirtschaftlichen Aspekten	102
γ) Die Bedeutung der Additionsklausel im Strafrecht	103
dd) Die Übertragbarkeit der Additionsklausel in das Zivilrecht	104
α) Die Funktion der Additionsklausel im Zivilrecht	104
β) Die Anwendung der Additionsklausel zur Begründung einer Kompensationsmöglichkeit	104
ee) Fazit	105
d) Die Einheitstheorie und der Rechtsgedanke des Einwendungsdurchgriffs	105
aa) Der Inhalt der Rechtsfigur „Einwendungsdurchgriff“	106
α) Der gesetzlich normierte Einwendungseingriff gem. §§ 358, 359 (§ 9 Abs. 3 VerbrKrG)	106
β) Der Einwendungsdurchgriff als allgemeines Rechtsinstitut	107
bb) Der Einwendungsdurchgriff als Rechtfertigung eines Gesamtvergleichs	109
α) Die strukturbedingten Einschränkungen einer Verallgemeinerung	109
β) Die aus dem zugrunde liegenden Rechtsgedanken folgende Einschränkung einer Verallgemeinerung	109
e) § 139	112
f) Treu und Glauben gem. § 242	112
g) Das Sittenwidrigkeitskalkül	114
h) Die wirtschaftliche Betrachtungsweise	115
aa) Die wirtschaftliche Betrachtungsweise als eigenständiges Rechtsprinzip	115
bb) Die wirtschaftliche Betrachtungsweise bei der strafrechtlichen Anwendung des § 291 StGB	117
α) Der Ansatz der Rechtsprechung	117
β) Kritik in der Literatur	118
γ) Die fehlende Maßgeblichkeit der strafrechtlichen Rechtsprechung	119

cc)	Die wirtschaftliche Betrachtungsweise bei der Überprüfung auffällig überhöhter Rechtsgeschäfte im Zivilrecht	119
α)	Die Herleitung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise	119
β)	Typische Ausprägungen der wirtschaftlichen Betrachtungsweise	121
αα)	Die Berücksichtigung einer zusätzlichen Vermittlungsgebühr	121
ββ)	Die Einbeziehung der Restschuldversicherung	122
γ)	Die mit dem Rechtsprechungsansatz verbundenen Probleme ...	124
αα)	Der Widerspruch zu den ansonsten üblichen Prüfprinzipien	124
ββ)	Die mit diesem Ansatz verbundenen praktischen Probleme	125
γγ)	Der Widerspruch zu den Wertungen der Zivilrechtsordnung	126
δδ)	Die mangelnde Vorhersehbarkeit	127
εε)	Fazit	128
δ)	Die fehlende Verallgemeinerungsfähigkeit des Rechtsprechungsansatzes	129
i)	Die ausschließliche Maßgeblichkeit des Äquivalenzverhältnisses	129
2.	Die Bewertung der vertraglichen Leistungen	131
a)	Die zu berücksichtigenden Leistungen	131
b)	Der maßgebliche Zeitpunkt	133
c)	Die Ermittlung des Vergleichsmaßstabs	134
aa)	Der Verkehrswert als relevanter Maßstab	134
bb)	Die preisbildenden Faktoren	135
α)	Die preisbildenden Faktoren als Abgrenzungskriterien	135
β)	Die Berücksichtigung der vertraglichen Nebenabreden	137
αα)	Die vertraglichen Nebenabreden als preisbildende Faktoren	137
ββ)	Die Berücksichtigung unwirksamer Nebenabreden	138
cc)	Das Vorgehen bei Fehlen eines Vergleichsmaßstabes	139
d)	Die mit der Ermittlung eines „objektiven“ Vergleichsmaßstabes verbundene Problematik	140
3.	Das erforderliche Maß der Überschreitung des marktüblichen Wertverhältnisses	142
III.	Die Schwächesituation	144
1.	Der Beurteilungsmaßstab	144
2.	Die beim Abschluss eines Franchisevertrages typischen Schwächesituationen	145
a)	Die Zwangslage	145
aa)	Der Begriff der Zwangslage	145

bb) Die Zwangslage des Franchisenehmers bei der Aufnahme in das System	146
cc) Die Zwangslage des Franchisenehmers bei der Verlängerung des Franchisevertrages	147
b) Die Unerfahrenheit	149
c) Mangelndes Urteilsvermögen und erhebliche Willensschwäche	149
3. Die sonstigen objektiven Begleitumstände des Vertragsschlusses	150
IV. Die Kausalität	151
1. Die Notwendigkeit einer Kausalbeziehung zwischen Missverhältnis und Schwächesituation	151
2. Andere denkbare Motive für die Eingehung eines auffälligen Missverhältnisses	153
a) Typische Fallkonstellationen	153
b) Der Beurteilungsmaßstab	155
V. Das subjektive Element	158
1. Die Ausbeutung	158
2. Die Verwerflichkeit	158
3. Die Zurechnung des Wissens Dritter	159
4. Der Irrtum über das Bestehen der objektiven Tatbestandsmerkmale	159
a) Die irrtümliche Annahme	159
b) Die irrtümliche Verkennung	160
E. Die Beweiswürdigung	161
I. Der Nachweis der Kausalität	161
1. Die tatsächliche Vermutung der Kausalität	161
2. Die tatsächliche Vermutung und der Anscheinsbeweis	163
3. Die Erschütterung des Anscheinsbeweises	165
II. Der Nachweis des subjektiven Elements	167
1. Die tatsächliche Vermutung der Rechtsprechung	167
2. Die tatsächliche Vermutung und der Anscheinsbeweis	168
3. Die tatsächliche Vermutung und der Indizienbeweis	170
F. Die Rechtsfolgen des § 138 Abs. 2	171
I. Die Bindungswirkung des wucherischen Franchisevertrages für die Zukunft ...	172
1. Geltungserhaltende Reduktion des wucherischen Rechtsgeschäfts?	172
a) Die Ansätze im Schrifttum	172

b) Das Fehlen eines geeigneten Reduktionsmaßstabs	172
aa) Die Herabsetzung auf das marktübliche Preisniveau	172
bb) Die Herabsetzung auf das rechtlich zulässige Höchstmaß	174
cc) Die praktischen Probleme einer entsprechenden Reduktion	174
c) Die Unvereinbarkeit der geltungserhaltenden Reduktion mit den Prinzipien des BGB	175
2. Der Ansatz der Rechtsprechung und dessen Verallgemeinerungsfähigkeit ..	177
II. Die Bindungswirkung des wucherischen Franchisevertrages für die Vergangenheit	178
III. Die Erstreckung der Nichtigkeit gem. § 139	181
1. Die Voraussetzungen des § 139	181
2. Die Anwendung des § 139 auf wucherische Franchisevereinbarungen	183
a) § 139 und die Franchisevereinbarung Typ I	183
b) § 139 und die Franchisevereinbarung Typ II	183
c) § 139 und die Franchisevereinbarung Typ III	183
d) § 139 und die Franchisevereinbarung Typ IV	185
IV. Sonstige Auswirkungen der Nichtigkeit auf andere Verträge	185
G. Die Ansprüche der Systempartner im Fall der Nichtigkeit	186
I. Die Rückabwicklung des nichtigen Franchisevertrages	186
1. Die Ansprüche des Franchisegebers	186
a) Der Ausschluss der Ansprüche aus Leistungskondition durch § 817 S. 2	186
b) Die Ansprüche des Franchisegebers aus den §§ 985 ff.	188
c) Die Begrenzung des § 817 S. 2 durch den „eingeschränkten Leistungsbegriff“	189
d) Die Rückabwicklung des „faktischen Franchiseverhältnisses“	190
2. Die Ansprüche des Franchisenehmers	191
II. Die sonstigen Ansprüche des Franchisenehmers	192
1. Der Ausgleichsanspruch nach § 89b HGB analog	192
2. Die Schadensersatzansprüche	194
a) Ansprüche aus culpa in contrahendo (§ 311 Abs. 2, 3 i. V. m. § 280 Abs. 1)	194
b) Schadensersatzansprüche aus deliktischer Haftung	195

*Kapitel 4***Die Sittenwidrigkeitskontrolle einer auffällig überhöhten
Franchisevereinbarung nach § 138 Abs. 1**

	196
A. Die Sittenwidrigkeitsformel des § 138 Abs. 1	196
I. Inhalt und Funktion der Sittenwidrigkeitsformel	196
II. Die Bildung von Fallgruppen als Mittel der inhaltlichen Konkretisierung	198
1. Die Abwägung der betroffenen Interessen als gedankliche Grundlage	198
2. Die Bewertung der abzuwägenden Interessen	199
3. Die Festlegung der Sittenwidrigkeitsmerkmale und die Gesamtwürdigung	200
B. Die Herleitung der maßgeblichen Sittenwidrigkeitsmerkmale	202
I. Sperrwirkung des § 138 Abs. 2?	202
II. Die in Literatur und Rechtsprechung vertretenen Ansätze	204
1. Das Missverhältnis als alleiniger Auslöser des Sittenwidrigkeitsurteils?	204
a) Die Angemessenheit des Wertverhältnisses und die Vertragsgerechtig-	204
keit	
b) Die Kritik in Lehre und Rechtsprechung	204
c) Das Fehlen eines geeigneten Maßstabs	206
d) Fazit	207
2. Der Unwertgehalt des § 138 Abs. 2 als Konkretisierungsmaßstab – Der An-	208
satz des BGH	
a) Das Erfordernis zusätzlicher, zum Missverhältnis hinzutretender Um-	208
stände	
b) Die verwerfliche Gesinnung als zusätzlicher Umstand	208
aa) Der Anwendungsbereich	208
bb) Der Inhalt	209
c) Der Monopolmissbrauch als zusätzlicher Umstand	211
d) Stellungnahme	211
aa) Der fehlende eigenständige Unwertgehalt der verwerflichen Gesin-	211
nung und des Monopolmissbrauchs	
bb) Der fehlende Erkenntnisgehalt des Begründungsansatzes der Recht-	213
sprechung	
III. Die Herleitung der Sittenwidrigkeitsmerkmale im Wege der Interessenabwä-	215
gung	
1. Die Notwendigkeit der Interessenabwägung	215

2. Die Ermittlung der betroffenen Interessen	215
3. Die Bewertung der betroffenen Interessen	216
a) Das Prinzip der Privatautonomie als Bewertungsmaßstab	216
aa) Die Verbindlichkeit des Rechtsgeschäfts als Folge der privatautonom- Gestaltungsfreiheit	216
bb) Die Verhandlungsdisparität als Gefährdung des vertraglichen Aus- gleichsmechanismus	218
b) Der Grundsatz des Vertrauensschutzes als Bewertungsmaßstab	220
c) Die gesetzgeberische Gewichtung der Interessen im Verhältnis zueinan- der	221
aa) Bei einer Parität der Verhandlungspositionen	221
bb) Bei einer Disparität der Verhandlungspositionen	221
α) Die sonstigen gesetzlichen Regelungen als Orientierungsmaß- stab	221
β) Der Wuchertatbestand nach § 138 Abs. 2 als gesetzgeberische Vorgabe	222
γ) Die Regeln zur Anfechtung nach § 119 als gesetzgeberische Vorgabe	224
δ) Die Regeln zur Anfechtung nach § 123 als gesetzgeberische Vorgabe	225
αα) Die Vergleichbarkeit der Interessenlagen	225
ββ) Die Beachtlichkeit des Vertrauens im Falle einer Täu- schung	225
γγ) Die Beachtlichkeit des Vertrauens im Falle einer Drohung	226
ε) Fazit	227
4. Der Ausgleich der Interessen	228
a) Bei Parität der Verhandlungspositionen	228
b) Die denkbaren Formen des Interessenausgleichs im Falle einer Verhand- lungsdisparität	228
aa) Der Interessenausgleich über die Rechtsfolgende	228
α) Die finanzielle Kompensation des schutzwürdigen Vertrauens ..	228
β) Die Einschränkung der Nichtigkeitsfolge des § 138 Abs. 1	229
bb) Der Interessenausgleich über die Festlegung der Sittenwidrigkeits- merkmale	230
5. Ergebnis	231
IV. Der Umfang der Sittenwidrigkeitsprüfung und die Gesamtwürdigung	232
C. Die Stellung des § 138 Abs. 1 im System der hier einschlägigen Schutznormen	234
I. Die Stärkung der Verhandlungsposition des formal unterlegenen Vertrags- teils	234

II. Die Inhaltskontrolle rechtsgeschäftlicher Vereinbarungen bei Bestehen eines (formalen) Machtgefälles	236
III. § 138 als normatives Maximum der Wirksamkeitskontrolle	238
1. Die Wirksamkeitskontrolle durch § 138	238
2. § 138 Abs. 2 als Maximum der denkbaren Gestaltungswirkung	239
3. § 138 Abs. 1 als Auffangtatbestand	239
D. Die inhaltlichen Anforderungen an die Sittenwidrigkeitsmerkmale	241
I. Die Möglichkeit der wechselseitigen Kompensation	241
II. Der Inhalt des Rechtsgeschäfts	243
1. Der maßgebliche Prüfungsumfang	243
a) Das Äquivalenzverhältnis als Ausgangspunkt der Prüfung	243
b) Die Gesamtwürdigung und der Umfang der Sittenwidrigkeitsprüfung ...	244
aa) Die Gesamtwürdigung als allgemeines Prüfprinzip	244
bb) Die Erweiterung des für den Äquivalenzvergleich maßgeblichen Prüfungsumfanges	245
α) Die Berücksichtigung vertraglicher Nebenabreden durch Einbeziehung in den Äquivalenzvergleich	245
β) Die Berücksichtigung der vertragspezifischen Risikofaktoren	249
γ) Die Zusammenfassung rechtlich selbständiger Leistungsverhältnisse im Rahmen des Äquivalenzvergleichs	250
c) Sonstige gesetzliche Wertungen als Rechtfertigung eines Gesamtvergleichs?	252
aa) Der Rechtsgedanke der Additionsklausel gem. § 291 Abs. 1 S. 2 StGB	252
bb) Die Einheitstheorie und der Rechtsgedanke des Einwendungsdurchgriffs	254
2. Das auffällige Missverhältnis i. S. d. § 138 Abs. 2 als Erheblichkeitsgrenze	254
3. Das Existenzminimum als Maßstab	255
a) Das Sozialstaatsprinzip als gesetzgeberische Vorgabe	255
b) Die Pfändungsgrenze des § 850 c ZPO	256
c) Der Sozialhilfesatz des BSHG	257
III. Die Verhandlungsdisparität	258
1. Die Ermittlung der Verhandlungsdisparität anhand typisierender Merkmale	258
a) Die Berücksichtigung „struktureller Ungleichgewichtslagen“ in der Gesetzgebung	258
b) Die typisierende Betrachtungsweise der Rechtsprechung	259
c) Die Notwendigkeit einer einzelfallbezogenen Feststellung der Verhandlungsdisparität	260

2. Das erforderliche Maß der beeinträchtigenden Wirkung der Verhandlungsdisparität	262
3. Die Ursachen der Verhandlungsdisparität	264
a) Wirtschaftliche oder soziale Mächtigkeit	264
b) Psychische Drucksituationen	265
c) Intellektuelle Unterlegenheit	265
IV. Die Kausalität	267
V. Das subjektive Element	269
1. Die Formen des subjektiven Elements	269
a) Das Bewusstsein der Sittenwidrigkeit	269
b) Die verwerfliche Gesinnung	269
c) Die positive Kenntnis und die (grob-)fahrlässige Unkenntnis	270
d) Das Verhältnis der verwerflichen Gesinnung zur positiven Kenntnis / fahrlässigen Unkenntnis	271
2. Die inhaltlichen Anforderungen	272
a) Die Schutzwürdigkeit des Vertrauens als maßgeblicher Aspekt	272
b) Die Beachtlichkeit der aus § 138 Abs. 2 folgenden gesetzgeberischen Vorgaben	274
c) Die fahrlässige Unkenntnis als relevanter Maßstab	276
d) Die Zulässigkeit der fahrlässigen Unkenntnis als subjektives Element ...	277
e) Der Umfang der Kenntnis	279
3. Der Wegfall des subjektiven Elements	280
VI. Die Gesamtwürdigung als abschließender Prüfungspunkt	281
E. Die Beweiswürdigung	281
I. Die tatsächliche Vermutung der verwerflichen Gesinnung	281
1. Der Ansatz der Rechtsprechung	281
2. Die Kritik an der Rechtsprechung	283
II. Der Nachweis der Kausalität	285
III. Der Nachweis des subjektiven Elements	286
F. Die Rechtsfolgen des § 138 Abs. 1	287
I. Die Reichweite der Nichtigkeit des § 138 Abs. 1	287
II. Die Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäfts in seiner Gesamtheit	287
III. Die Nichtigkeit von Anfang an	288

Inhaltsverzeichnis	21
G. Die Ansprüche der Systempartner im Fall der Nichtigkeit	288
I. Die Rückabwicklung des nichtigen Franchisevertrages	288
1. Die Ansprüche des Franchisegebers	288
2. Die Ansprüche des Franchisenehmers und die Saldotheorie	290
II. Die sonstigen Ansprüche des Franchisenehmers	292
Zusammenfassung	293
Literaturverzeichnis	304
Sachwortverzeichnis	323

Abkürzungsverzeichnis

1. WiKG	Das Erste Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität vom 29. 7. 1976
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch vom 1. Juni 1811 (Österreich)
ABl.	Amtsblatt, vornehmlich Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, bzw. der Europäischen Union
AbzG	Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894
AcP	Archiv für die civilistische Praxis, Tübingen
AG	Amtsgericht, Aktiengesellschaft, Die Aktiengesellschaft, Köln
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 9. Dezember 1976
AP	Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts, München
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts, Heidelberg
BB	Der Betriebsberater, Heidelberg
BFF	Business-Format-Franchising
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896 in der Fassung vom 2. Januar 2002
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen, Amtliche Sammlung, Köln
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, Amtliche Sammlung, Köln
BRABK	Bundesrechtsanwaltskammer
BRABK-Mitt.	BRABK-Mitteilungen, Informationen zu Berufsrecht und Berufspolitik, Berlin
BR-Drs 586/73	Bundesrat Drucksache 586/73 (20. 09. 1973) Gesetzesantrag des Landes Hessen. Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuches
BR-DrS. 54/77	Bundesrat Drucksache 54/77 (27. 01. 1977) Gesetzesantrag des Landes Hessen. Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuches

BR-DrS. 573 / 80	Bundesrat Drucksache 573 / 80 (06. 11. 1980). Gesetzesantrag des Landes Hessen. Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuches
BSHG	Bundessozialhilfegesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. März 1994
BStBl	Bundessteuerblatt, Bonn
BT-Drucks.	Drucksachen des Bundestages, Bonn
BT-DruckS. 1 / 3856, S. 40	Deutscher Bundestag 1. Wahlperiode Drucksache 1 / 3856 (15. 11. 1952) Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Handelsgesetzbuches (Recht der Handelsvertreter)
BT-DruckS. 7 / 3441	Deutscher Bundestag 7. Wahlperiode Drucksache 7 / 3441 (01. 04. 1975) Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (1. WiKG)
BT-DruckS. 7 / 5291	Deutscher Bundestag 7. Wahlperiode Drucksache 7 / 5291 (03. 06. 1976) Bericht und Antrag des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform zu den von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (1. WiKG)
BT-DruckS. 10 / 4595	Deutscher Bundestag 10. Wahlperiode Drucksache 10 / 4595 (19. 12. 1985) Gesetzentwurf der Abgeordneten Dr. Schöfberger, Dr. Emmerlich, Bachmeier, Fischer (Osthofen), Klein (Dieburg), Dr. Kübler, Lambinus, Frau Dr. Martiny-Glotz, Reschke, Schmidt (München), Schröder (Hannover), Dr. Schwenk (Stade), Stiegler, Dr. de With, Wolfram (Recklinghausen) Dr. Vogel und der Fraktion der SPD. Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des Kreditwuchers und zur Vertragshilfe bei notleidenden Krediten (Kreditwuchergesetz)
BT-DruckS. 10 / 6090	Deutscher Bundestag 10. Wahlperiode Drucksache 10 / 6090 (30. 09. 1996) Antwort der Bundesregierung auf die Große Anfrage der Abgeordneten Doss, Hauser (Krefeld), Wissmann, Hinsken, Landré, Dr. Unland, Pohlmann, Kraus u. a. und der Fraktion der FDP – Drucksache 10 / 5812 – Lage und Perspektiven des selbständigen Mittelstandes in der Bundesrepublik Deutschland
BT-Drucksache 11 / 554	Deutscher Bundestag 11. Wahlperiode Drucksache 11 / 554 (25. 06. 1987) Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 1985 / 86 sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet
BUrlG	Mindesturlaubsgesetz für Arbeitnehmer (Bundesurlaubsgesetz) vom 8. Januar 1963
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Amtliche Sammlung, Tübingen

DB	Der Betrieb, Düsseldorf
DFV	Deutscher Franchise-Verband
DJ	Deutsche Justiz, Berlin
DJZ	Deutsche Juristenzeitung, Berlin
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift, München / Berlin
DRiZ	Deutsche Richterzeitung, Köln / Berlin
DStR	Deutsches Steuerrecht, München / Berlin / Frankfurt a. M.
EG	Einführungsgesetz; Europäische Gemeinschaft
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht, Köln
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht, Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht, Bielefeld
FG	Festgabe
FLF	Finanzierung.Leasing.Factoring, Berlin
FN	Fußnote
FS	Festschrift
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, München / Frankfurt a. M. / Berlin
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Auslands- und internationaler Teil, München
GS	Gedächtnisschrift
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27. Juli 1957 in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. August 1998
GWB a. F.	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27. Juli 1957 in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Februar 1990
HGB	Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung, Berlin
Initiativbanking 1–2002	N. N.: Gründung mit System, in: Initiativbanking Heft 1–2002, S. 4 ff.
JA	Juristische Arbeitsblätter, Berlin
JR	Juristische Rundschau, Berlin
JuS	Juristische Schulung, München
JW	Juristische Wochenschrift, Leipzig
JZ	Juristen-Zeitung, Tübingen
KG	Kammergericht
KSchG	Kündigungsschutzgesetz vom 25. August 1969

LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
LM	Das Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring, München
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht, München/Berlin/Leipzig
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht, Hamburg
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, München/Frankfurt a. M.
NJW-RR	NJW Rechtsprechungs-Report, München/Frankfurt a. M.
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht, München/Frankfurt a. M.
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, München
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, München/Frankfurt a. M.
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht, München/Frankfurt a. M.
OGH	Oberster Gerichtshof (österr.)
OLG	Oberlandesgericht
PDF	Product – Distribution – Franchising
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, Tübingen
RdA	Recht der Arbeit, München/Frankfurt a. M.
RdNr.	Randnummer
Recht	Das Recht – Rundschau für den deutschen Juristenstand, Hannover
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Amtliche Sammlung, Berlin/Leipzig
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft, Heidelberg
StGB	Strafgesetzbuch vom 15. Mai 1871 in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998
StGB a. F.	Strafgesetzbuch vom 15. Mai 1871 in der Fassung der Bekanntmachung vom 10. März 1987
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909
VerbrKrG	Verbraucherkreditgesetz vom 17. Dezember 190
WiB	Wirtschaftsrechtliche Beratung, München/Frankfurt a. M.
WM	Wertpapiermitteilungen, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Frankfurt a. M.
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb, Düsseldorf/Frankfurt a. M.
WuW/E	Wirtschaft und Wettbewerb/Entscheidungssammlung zum Kartellrecht, Düsseldorf

ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht, Köln/Berlin/Bonn/München
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht, Heidelberg
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis, Köln
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht, Düsseldorf
ZPO	Zivilprozessordnung in der Fassung vom 12. September 1950

Einleitung

A. Ökonomische Bedeutung und Perspektiven des Franchising

I. Die wirtschaftliche Stellung des Franchising in Deutschland

Während im Jahre 1982 der Bekanntheitsgrad des Begriffs „Franchising“ in der Bundesrepublik bei gerade 5 Prozent lag¹, ist eine Begegnung mit dem „Phänomen“ Franchising heutzutage fast unvermeidlich. Dies gilt nicht nur für das Geschäftsleben, sondern wird schon bei einem Spaziergang durch eine deutsche Fußgängerzone deutlich. Hier kann man unter den goldenen Bögen eines global operierenden Fastfood-Unternehmens seinen Big Mac verspeisen und die neuesten Modetrends in den Auslagen diverser Bekleidungsgeschäfte, wie z. B. Benetton und Marco Polo, bewundern, welche ebenfalls als Franchising-Unternehmen ihren Siegeszug um die Welt antraten.

Dementsprechend wird der Begriff des Franchising inzwischen von einigen geradezu als Zauberformel für schnellen und sicheren wirtschaftlichen Erfolg propagiert. Die Gründe dafür werden deutlich, wenn man die wirtschaftliche Stellung und Entwicklung des Franchising auf nationaler und internationaler Ebene betrachtet. Obwohl auch die Franchising-Branche von den konjunkturellen Schwankungen in der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung nicht völlig unbeeinträchtigt bleibt², bilden Franchising-Systeme in Deutschland nach wie vor einen äußerst dynamischen Wachstumsmarkt. Während Mitte der achtziger Jahre ca. 140 Systeme in der Bundesrepublik bestanden³, sollen nach einer Untersuchung des Deutschen Franchise-Verbands im Jahr 2000 rund 37.000 Franchisenehmer in mehr als 800 Franchising-Systemen einen Umsatz von 21,5 Milliarden Euro erwirtschaftet haben. Somit habe sich der Umsatz im Vergleich zu 1999 um 13,3 Prozent erhöht⁴. Diese Wachstumsraten können nicht überraschen, wenn man sich vor Augen führt, dass im Schnitt in Deutschland jedes Jahr 3.500 neue Franchiseverträge abge-

¹ *Skaupy*, DB 1982, S. 2446 (2446).

² Vgl. zu den derzeitigen Problemen im Fastfood-Sektor z. B. *Kerbusk*, Spiegel v. 6. 1. 2003, S. 80 (80 f.); s. a. *Bar-Hillel*, Evening Standard v. 23. 4. 2003, S. 18 (18) zu den Problemen franchisierter Fastfood-Unternehmen im Vereinigten Königreich.

³ *Clemens*, S. 49.

⁴ Alle Angaben aus *Initiativbanking 1–2002*, S. 4 (5).

geschlossen werden⁵. Damit nehmen die in der Bundesrepublik bestehenden Franchising-Systeme inzwischen in Europa eine Spitzenposition ein⁶.

Dabei hat das Konzept des Franchising in nahezu allen Branchen Einzug gehalten. Neben so bekannten und global agierenden Franchising-Systemen wie z. B. „McDonald's“ und „Burger King“ gehören auch Ketten wie „Der Teeladen“ und Nachhilfe-Institute wie der „Studienkreis“ und die „Schülerhilfe“ zur großen „Familie“ der Franchiseunternehmen. So hat das Franchising inzwischen nicht nur in der Gastronomie (neben den bereits erwähnten angloamerikanischen Systemen sind hier insbesondere die Wienerwald-Restaurants zu erwähnen) Fuß gefasst, sondern auch in der Hotellerie (Hilton und Sheraton Hotels), dem Textilhandel (Rodier, Benetton), dem Drogerie- und Kosmetikbereich (Ihr Platz, Yves Rocher), der Getränkeabfüllung (Coca-Cola) bis hin zu Reinigungsdiensten (Martinizing, ProperShop) und Autovermietung (Hertz)⁷. Selbst Anlageberatungen und Zeitarbeitsvermittlungen werden inzwischen als Franchising-Systeme organisiert und sind so bundesweit vertreten. Der Schwerpunkt der Franchiseneugründungen liegt dabei offenkundig im Handels- und Dienstleistungssektor⁸, so dass im Hinblick auf dessen wachsende gesamtwirtschaftliche Bedeutung mit einer weiteren Zunahme an Franchising-Systemen zu rechnen ist⁹.

II. Die Entwicklung des Franchising

Durch diese positive Entwicklung findet das Franchising in Deutschland endgültig den Anschluss an die internationale Entwicklung. Denn zunächst verlief die Entwicklung des Franchising in der Bundesrepublik eher zögerlich. Als erstes Franchising-System versuchte sich Mitte der Sechziger Jahre die Wimpy Fastfood-Kette zu etablieren. Erst Ende der Sechziger Jahre entwickelten sich eigenständige deutsche Franchising-Systeme. Diese entstanden mehrheitlich aus Filialsystemen wie OBI, Nordsee und Ihr Platz¹⁰.

Dagegen hatte das Franchising als neuartige Vertriebsform in den europäischen Nachbarländern bereits um einiges früher Fuß fassen können. Dies gilt insbesondere für Frankreich, welches diesbezüglich lange Zeit eine Pionierstellung innehatte. Erstmals in Europa wurde dort 1928 durch die Lainiere de Roubaix ein Franchising-System für Damenmode (Rodier) eingeführt. Aber auch in Großbritannien

⁵ Giesler, WM 2001, S. 1441 (1441).

⁶ Vgl. Tabelle bei Fasel, S. 19 (Zahlen für 1997).

⁷ Vgl. dazu die Übersicht über 140 Systeme bei Clemens, S. 51 ff.

⁸ Hänlein, DB 2000, S. 374 (374); Nach einer Branchenzuordnungsanalyse des Deutschen Franchise-Verbandes sind 42 Prozent der Franchising-Systeme dem Dienstleistungssektor zuzurechnen, vgl. Initiativbanking 1–2002, S. 4 (4).

⁹ Vgl. Martinek, Vertragstypen, S. 86; Skaupy, DB 1982, S. 2446 (2446).

¹⁰ Tietz, S. 64 f.

fand das Franchising schon relativ früh weite Verbreitung. Hier konnten vor allem die Ableger US-amerikanischer Franchising-Systeme Fuß fassen und von dort aus europaweit expandieren. Für das Jahr 2002 geht die British Franchise Association von ca. 677 Systemen aus, welche mit ca. 326.000 Franchisenehmern einen Gesamtumsatz von über 9,5 Mio. Pfund Sterling erwirtschaften¹¹.

Damit ist das Franchising auf der gesamteuropäischen Ebene weiterhin auf dem Vormarsch. Nach Schätzung des Europäischen Franchise-Verbandes (EFF) gibt es in der europäischen Union inzwischen mehr als 4.500 Franchisegeber. Sie beschäftigen zusammen mit den ihnen angeschlossenen 167.000 Franchisenehmern etwa 1,5 Millionen Arbeitnehmer und verzeichneten 1999 einen Umsatz von rund 160 Mrd. Euro¹². Im Zuge des gemeinsamen Europäischen Marktes und dessen Erweiterung ist dabei eine verstärkte Internationalisierung der europäischen Franchising-Systeme zu erwarten. Dies wird voraussichtlich sowohl einen spürbar gesteigerten Wettbewerb zwischen den europäischen Systemen untereinander als auch mit anderen außereuropäischen Unternehmen zur Folge haben. Denn das Franchising hat sich zu Beginn des 21. Jahrhunderts auf globaler Ebene zu einem bedeutenden Wirtschaftsfaktor entwickelt.

Weltweit sollen inzwischen ca. 16.000 Franchising-Systeme existieren¹³. Der Löwenanteil dieser Franchising-Systeme hat dabei nach wie vor seinen Ursprung im Mutterland des Franchising, den USA. Dort hatten sich schon im 19. Jahrhundert die ersten Vorformen des kommerziellen Franchising entwickelt. Als erstes Unternehmen bediente sich die Singer Sewing Machine Company ab 1863 zum Absatz ihrer Nähmaschinen eines Vertriebsnetzes mit angegliederten, aber finanziell selbständigen Partnern. Später folgten General Motors und die ersten Mineralölproduzenten. Die ersten („klassischen“) Franchising-Systeme entstanden um die Jahrhundertwende. Im Jahr 1900 wurde mit der Vergabe von Lizenzen an lokale Abfüllstationen durch Coca-Cola das erste Waren-Franchising-System begründet. Zwei Jahre später begann Louis K. Liggett Drugstore-Inhabern das Recht einzuräumen, ihr Geschäft unter dem Namen Rexall zu betreiben. Bei diesem „Franchising der ersten Generation“¹⁴ handelte es sich um reines Produkt-Franchising, das sich auf den Vertrieb bzw. Produktion bestimmter Waren beschränkte. Erst nach dem Zweiten Weltkrieg entstanden die ersten Business-Franchising-Systeme („Franchising der zweiten Generation“), die sich durch das heute für das Franchising typische umfassende Leistungsangebot, das alle möglichen Aspekte des Geschäftsbetriebes erfasst, auszeichneten. Mit diesen Systemen setzte ab 1950 im allgemeinen wirtschaftlichen Aufschwung der Nachkriegszeit ein regelrechter

¹¹ Ledger, Evening Standard v. 28. 4. 2003, S. 58.

¹² Vgl. <http://www.franchiseportal.de>. Nach anderen Angaben sollen europaweit über 3.000 Franchising-Systeme bestehen, vgl. Hänlein, DB 2000, S. 374 (374).

¹³ Vgl. <http://www.franchiseportal.de> – Stichwort: Geschichte des Franchising, Weltweiter Durchbruch.

¹⁴ Martinek, Vertragstypen, S. 6 f.