



## BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

### Stellungnahme Nr. 16/2013 Juli 2013

#### zur Frage des Bedürfnisses für eine spezialgesetzliche Regelung des Franchisevertrages

erarbeitet vom

##### **Ausschuss Schuldrecht**

Rechtsanwalt (BGH) Prof. Dr. Volkert Vorwerk, Vorsitzender  
Rechtsanwalt Jürgen Bestelmeyer  
Rechtsanwalt u. Notar Dr. Andreas Eickhoff  
Rechtsanwältin Dr. Sonja Lange  
Rechtsanwalt Dr. Valentin Todorow

Rechtsanwalt Christian Dahns, Geschäftsführer, BRAK

**Verteiler:** Bundesministerium der Justiz  
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages  
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen  
Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder

Rechtsanwaltskammern  
Bundesnotarkammer  
Deutscher Notarverein  
Bundessteuerberaterkammer  
Steuerberaterverband  
Wirtschaftsprüferkammer  
Deutscher Anwaltverein  
Deutscher Richterbund  
Patentanwaltskammer  
Bundesverband der Freien Berufe

Beck aktuell  
LexisNexis Rechtsnews  
OVS News Freie Berufe  
Jurion Expertenbriefing  
juris Nachrichten

##### **Bundesrechtsanwaltskammer**

The German Federal Bar  
Barreau Fédéral Allemand  
[www.brak.de](http://www.brak.de)

##### **Büro Berlin – Hans Litten Haus**

Littenstraße 9  
10179 Berlin  
Deutschland  
Tel. +49.30.28 49 39 - 0  
Fax +49.30.28 49 39 - 11  
Mail [zentrale@brak.de](mailto:zentrale@brak.de)

##### **Büro Brüssel**

Avenue des Nerviens 85/9  
1040 Brüssel  
Belgien  
Tel. +32.2.743 86 46  
Fax +32.2.743 86 56  
Mail [brak.bxl@brak.eu](mailto:brak.bxl@brak.eu)

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit zurzeit rund 161.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen - auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Das BMJ hat die Bundesrechtsanwaltskammer gebeten, zur Frage des Bedürfnisses für eine spezialgesetzliche Regelung des Franchisevertrages Stellung zu nehmen und insbesondere die nachfolgenden Fragen zu beantworten:

1. Ist aus Ihrer Sicht eine spezialgesetzliche Regelung des Franchisevertrages erforderlich? Wenn ja, warum?
2. Wenn Sie ein Regelungsbedürfnis bejahen: Sollte sich das Gesetz auf die Regelung vorvertraglicher Aufklärungspflichten beschränken oder sollte das Gesetz andere oder weitere Fragen regeln? Wenn ja, welche anderen oder weiteren Fragen halten Sie für regelungsbedürftig?
3. Soweit Sie eine Regelung vorvertraglicher Aufklärungspflichten für erforderlich halten:
  - 3.1 Welche Informationspflichten sollten Ihres Erachtens von einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht des Franchisegebers umfasst sein?
  - 3.2 Welche Rechtsfolgen sollte eine Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten haben?

Die BRAK nimmt dazu wie folgt Stellung:

#### **Zu Frage 1:**

Die BRAK bejaht das Regelungsbedürfnis. Das ergibt sich aus folgenden Gründen:

#### **a) Wirtschaftliche Bedeutung des Franchisings**

Dem Franchising wird heute eine herausragende Rolle als Vertriebsform in Deutschland attestiert.<sup>1</sup> Nach der Statistik des Deutschen Franchiseverbandes e.V. für das Jahr 2008 ist die Zahl der Franchisegeber gegenüber 1998 um 50,79 % von 630 auf 950 gestiegen, die der Franchisenehmer um 83,87 % von 31.000 auf 57.000. Bis 2012 sind die Zahlen weiter gestiegen auf 985 Franchisegeber und 72.700 Franchisenehmer. Die Zahl der in der Franchisewirtschaft Beschäftigten wird im Jahr 2012 vom Deutschen Franchiseverband e.V. mit ca. 546.000 angegeben. Die wirtschaftliche Verbreitung reicht von kleineren Back-Shops (z. B. Kamps Bakeries) über Reisebüros (TUI/First), Systemgastronomie (McDonalds, Subway etc.), Tiernahrung (Fressnapf), Augenoptiker (Apollo), Fotohandel (Fotoquelle), Einzelhandel bis hin zu Nachhilfe (Schülerhilfe, Studienkreis).

---

<sup>1</sup> Martinek/Habermeier in: Martinek/Semler/Habermeier/Flohr, Vertriebsrecht, 3. Aufl., 2010, § 26 Rdnr. 8.

Das Franchising hat somit eine durchaus erhebliche wirtschaftliche Bedeutung gewonnen. Dies lässt eine gesetzliche Regelung ratsam erscheinen.

#### **b) Rechtssicherheit und -klarheit**

Eine Kodifikation täte dann nicht unbedingt Not, wenn die Rechtsprechung die für die Praxis wichtigen Fragen geklärt hätte. Das ist im Franchiserecht indes nicht der Fall. Das betrifft insbesondere die Aufklärungspflichten des Franchisegebers. Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte dazu ist uneinheitlich; ein klärendes BGH-Urteil fehlt.<sup>2</sup> Die Rechtslage ist daher schwer überschaubar. Das spricht für eine gesetzliche Kodifikation.

#### **c) Aufklärungsbedürftigkeit des Franchisenehmers/Wissensvorsprung des Franchisegebers**

Der Abschluss des Franchisevertrags ist häufig von einem strukturellen Informations-Ungleichgewicht geprägt. Der Franchisegeber ist in der Regel ein großes Unternehmen, das eine Vielzahl von Franchiseverträgen abschließt; der Franchisenehmer auf der anderen Seite ist häufig ein Existenzgründer ohne fundierten Einblick in die Besonderheiten des Franchisegegenstands. Aus diesem Grund spielen gerade die Aufklärungspflichten des Franchisegebers in der Praxis eine so wichtige Rolle. Die in diesem Bereich bestehende Rechtsunsicherheit geht in der Praxis eher zu Lasten des Franchisenehmers. Typisch ist folgender Fall:

Der Franchisenehmer hat erhebliche Investitionen (Einrichtungen etc.) getätigt, um den Franchise-Standort zu eröffnen. Das Geschäft erweist sich dann als unprofitabel, er muss aufgeben. Die Investitionen sind verloren. Der Franchisenehmer argumentiert, er habe bei Vertragsschluss nicht über alle für die Profitabilität erforderlichen Informationen verfügt. Hätte der Franchisegeber ihn vollständig aufgeklärt, hätte er den Franchise-Vertrag nicht abgeschlossen.

Ob der Franchisenehmer in einem solchen Fall erfolgreich Schadensersatzansprüche (z. B. auf Ersatz der Investitionskosten) durchsetzen kann, ist in Anbetracht der unübersichtlichen Rechtsprechung häufig kaum prognostizierbar. Diese Unsicherheit dürfte Franchisenehmer tendenziell von Schadensersatzklagen abhalten, zumal die Prozesskosten für sie ein ungleich höheres finanzielles Gewicht haben als für Franchisegeber. Das unterstreicht die Notwendigkeit einer Kodifizierung.

#### **d) Rechtspolitische Positionierung des Gesetzgebers**

Die Kodifizierung gibt dem Gesetzgeber zudem die Möglichkeit, rechtspolitisch Stellung zu beziehen. Wie eben beschrieben, ist der Franchisevertrag geprägt von einem strukturellen Ungleichgewicht zwischen Franchisegeber und -nehmer. Die Rechtsprechung gerade zu den Aufklärungspflichten bewegt sich zwischen zwei extremen Positionen: Auf der einen Seite argumentieren die Franchisegeber, sie seien nicht Existenzgründungsberater des Franchisenehmers; die Profitabilität seines Geschäfts müsse der Franchisenehmer bei Vertragsschluss schon selber einschätzen. Die Rechtsprechung tendiert mittlerweile dazu, im Rahmen der vorvertraglichen Aufklärung verstärkt wieder die Stellung des Franchisenehmers als wirtschaftlich selbständigen Unternehmer zu sehen, der wie jeder andere Geschäftsmann die mit dem Abschluss des Franchise-Vertrages verbundenen

---

<sup>2</sup> Prasse in: Heidel/Schall, AGB, 1. Aufl., 2011, HGB Anhang: Franchise- und Vertragshändlerverträge, Rdnr. 1, sowie die Übersicht zur Rechtsprechung bei Flohr, ZVertriebsR, 2013, 71, 73 f.

wirtschaftlichen Risiken zu tragen hat, mithin sich selbst um Standortanalysen und realistische Rentabilitätsvorschauen kümmern muss.<sup>3</sup> Auf der anderen Seite gibt es die Position, die dem Franchisegeber sehr weitreichende vorvertragliche Pflichten auferlegt, etwa Standortanalysen, realistische Rentabilitätsvorschauen und eigene Markterhebungen.<sup>4</sup> Wo die Grenze zwischen Schutzbedürftigkeit und Eigenverantwortung des Franchisenehmers verläuft, ist letztlich eine rechtspolitische Frage, die der Gesetzgeber bei der Kodifikation beantworten könnte.

### Zu Frage 2:

Die Beantwortung der Frage, ob dem Franchisenehmer im Einzelfall ein Ausgleichsanspruch (analog § 89b HGB) zusteht, sollte weiterhin der Rechtsprechung überlassen bleiben. Eine Kodifizierung hätte nämlich Ausstrahlung auf etwaige Ausgleichsansprüche in anderen Vertriebsformen, etwa über eine analoge Anwendung der neuen Regelung. Diese Wirkungen sind im Einzelnen nicht absehbar. Die Beantwortung der Frage, ob dem Franchisenehmer im Einzelfall ein Ausgleichsanspruch (analog § 89b HGB) zusteht, sollte weiterhin der Rechtsprechung überlassen bleiben.<sup>5</sup>

### Zu Frage 3:

#### Zu Frage 3.1:

Die Kodifizierung der vorvertraglichen Aufklärungspflichten des Franchisegebers sollte folgende Punkte umfassen:

- Der Franchisegeber sollte verpflichtet sein, innerhalb einer bestimmten Frist vor Vertragsschluss ein Dokument zu überreichen, das alle erforderlichen Informationen für den Franchisenehmer enthält. Dies entspricht der Rechtslage zum Beispiel in Belgien, Frankreich oder den USA.<sup>6</sup> Das dient der Dokumentation der erforderlichen Aufklärung.
- Die zu offenbarenden Umstände sollten – ähnlich der Vorgaben an die Widerrufsbelehrung im Verbraucherschutzrecht – katalogartig gelistet werden. Orientierung bietet das vom Internationalen Institut für die Vereinheitlichung des Privatrechts (Unidroit) entwickelte *Model Franchise Disclosure Law*.<sup>7</sup> Genannt werden u. a. Angaben zur Gründung und Entwicklung des Unternehmens, Liste der Franchisenehmer, Franchisegebühren, etwaige Insolvenzverfahren.
- Eine allgemeine Pflicht des Franchisegebers, vor Vertragsschluss eine Standortanalyse und realistische Rentabilitätsvorschau für den betreffenden Standort vorzulegen, lehnt die BRAK ab. Zwar ist ohne solche Untersuchungen die wirtschaftliche Tragfähigkeit des Projekts häufig nicht verlässlich prognostizierbar; dem Franchisenehmer fehlen zudem regelmäßige Erfahrungen und Mittel dafür. Indes ist das letztlich eine Frage des Einzelfalls. Es gibt durchaus Fälle, in denen der Franchisenehmer von sich aus an den Franchisegeber mit dem Wunsch herantritt, an einem bestimmten Ort einen Franchise-Standort zu eröffnen. Die wirtschaftliche Eigenverantwortung des Franchisenehmers sollte bei der Kodifizierung nicht unterbewertet werden. Angemessen und ausgewogen erscheint eine Regelung, die den Franchisegeber verpflichtet, den Franchisenehmer

---

<sup>3</sup> OLG Brandenburg, Urteil vom 17.08.2005, 4 U 37/05; OLG Düsseldorf, Urteil vom 30.06.2004, VI U Kart. 40/02; in diese Richtung auch OLG Frankfurt, Urteil vom 06.12.2011, 3 U 22/10.

<sup>4</sup> In diese Richtung OLG Hamm ZVertriebsR 2012, 177.

<sup>5</sup> Etwa LG Mönchengladbach, Urt. v. 29.06.2010, 3 O 324/09.

<sup>6</sup> Vgl. Giesler/Güntzel in: Giesler (Hrsg.) Praxishandbuch Vertriebsrecht, 2. Auflage, 2011, § 4 Rn 2 ff.

<sup>7</sup> <http://www.unidroit.org/english/modellaws/2002franchise/2002modellaw-e.pdf>

in die Lage zu versetzen (durch Informationen sowie je nach Lage des Falles sogenannte „tools“), selbst eine Standortanalyse und Rentabilitätsvorschau vorzunehmen.

**Zu Frage 3.2:**

Die Verletzung der vorvertraglichen Dokumentationspflicht durch den Franchisegeber sollte im Schadensersatzprozess zu einer Beweislastumkehr zu Gunsten des Franchisenehmers hinsichtlich Aufklärungspflichtverletzung für den Vertragsschluss führen.

Mit Blick auf die übrigen Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs ist das allgemeine schadenrechtliche Instrumentarium (negatives Interesse, Differenzhypothese, § 287 ZPO, flankiert von Beweislastregeln) ausreichend. Ein spezielles „Franchise-Schadensrecht“ hält die BRAK für nicht erforderlich.

\* \* \*