

## Rechtliche Einordnung, vorvertragliche Phase und Durchführung des Franchisevertrages im schweizerischen Recht

VON THOMAS KOLLER / BEAT ZIRLICK<sup>1</sup>

### I. Bedeutung des Franchising in der Schweiz

In der Schweiz erfreut sich das Franchising immer größerer Beliebtheit, wenn auch aktuelle statistische Untersuchungen fehlen<sup>2</sup>. Ähnlich wie zunächst in den USA und später auch in Großbritannien, Deutschland, Frankreich und anderen europäischen Staaten steigt die Anzahl der Franchise-Konzepte und Franchise-Betriebe – allerdings mit einer gewissen zeitlichen Verzögerung gegenüber dem Ausland – seit Beginn anfangs der 70er Jahre von Jahr zu Jahr an. Dennoch ist anzunehmen, dass das Potenzial des Franchising in der Schweiz im Gegensatz zu großen Ländern (wie USA, Großbritannien, Deutschland, Frankreich, Spanien, Italien etc.) generell beschränkter ist, da sich der Markt eines so kleinräumigen Wirtschaftsgebietes mit einer überschaubaren Anzahl Filialen mit vertretbarem (finanziellem) Aufwand oftmals effizienter kontrollieren lässt<sup>3</sup>.

Trotz der weiten Verbreitung des Franchising finden sich in der publizierten bundesgerichtlichen und kantonalen *Judikatur* kaum Franchise-spezifische Entscheide. Einerseits legt dies den Schluss nahe, dass Franchise-Streitigkeiten in der Schweiz generell nicht allzu häufig vorkommen. Andererseits mag das aber auch damit zusammenhängen, dass die Rechtsstreit-Kultur in der Schweiz tendenziell nicht auf gerichtliche Entscheidungen, sondern vielmehr auf Vergleichslösungen ausgerichtet ist. Konkrete statistische Angaben fehlen aber dazu.

In der schweizerischen *Literatur* ist die Anzahl Werke, die sich einlässlich mit Franchising befassen, noch überschaubar<sup>4</sup>. Die auffällig häufigen Verweise auf aus-

---

1 Wir danken Frau *Brigitte Aepli* für die intensive und konstruktive Mitarbeit bei der Ausarbeitung eines Kapitels des Manuskripts.

2 Nach *Carl Baudenbacher*, Die Behandlung des Franchisevertrages im schweizerischen und europäischen Recht, in: E. A. Kramer (Hg.), Neue Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising, 2. Auflage, 1992, S. 365 ff., 369, und *Christoph Wildhaber*, Franchising im internationalen Privatrecht, 1991, S. 52 mit Hinweisen, wurde im Jahre 1985 die Anzahl Franchisesysteme auf 100, diejenige der Franchisenehmer auf 1500 geschätzt. Für das Jahr 2000 geht der Geschäftsführer des Schweizer Franchise Verbandes von ca. 150 Systemen aus.

3 So schon *Victor G. Schulthess*, Der Franchise-Vertrag nach schweizerischem Recht, 1975, S. 65 f. Hier ist darauf hinzuweisen, dass in der Schweiz mehrheitlich ausländische Franchise-Systeme vertreten sind; daneben finden sich aber auch schweizerische Systeme, die entweder auf den Schweizer Markt beschränkt sind oder (auch) Franchisenehmer im Ausland haben (so z.B. Bally und Mövenpick).

4 *Carl Baudenbacher/Oliver Rommé*, Ausgewählte Rechtsprobleme des Franchising, in: F. Dessemondet/P. Piotet (éd.), *Mélanges Pierre Engel*, 1989, S. 1 ff.; *Martin J. Ebnetter*, Der Franchise-Vertrag, Unter besonderer Berücksichtigung der Inhaltskontrolle vorformulierter Verträge, 1997; *Pierre Engel/Alain Thévenaz*, Le contrat de franchise, in: I. Cherpillod et al. (éd.), *Les Contrats*

ländische – v.a. deutsche – Entscheide und Autoren legen den Schluss nahe, dass sich in der Schweiz kaum Probleme stellen, die sich nicht auch im Ausland stellten und dort bereits Richtersprüche sowie Gelehrtenmeinungen provoziert haben. *Mutatis mutandis* lassen sich viele dieser ausländischen Lösungen auf das schweizerische Recht übertragen, weshalb sich hier keine eigene „Franchise-Rechtskultur“ entwickelt hat.

Ein weiterer Erklärungsansatz für dieses Phänomen ist in der These zu finden, dass für das Franchising in der Schweiz mangels sozialer Brisanz bis heute kein praktischer Regelungsbedarf bestand. Das bisherige Rechtssystem, kombiniert mit einigen neuen – auch ausländischen – Ideen, scheint bis anhin ausgereicht zu haben, sämtliche Probleme im Zusammenhang mit Franchising zu lösen.

## II. Einordnung und Rechtsanwendung

### 1. Definition und Rechtsnatur

a) Die verschiedenen Definitionsansätze in der schweizerischen Lehre<sup>5</sup> und Rechtsprechung unterscheiden sich materiell kaum von denjenigen in Deutschland<sup>6</sup>. Nach dem schweizerischen Bundesgericht<sup>7</sup>, das sich explizit auf die schweizerische Lehre stützt, dienen Franchiseverträge dem „Vertrieb von Waren und Dienstleistungen über selbständige Händler oder Unternehmer, aber nach einer einheitlichen Vertriebskonzeption. Der einzelne Franchisenehmer vertreibt die vom Franchisegeber hergestell-

ten bzw. organisierten Waren und Dienstleistungen zwar auf eigene Rechnung und auf eigenes Risiko, befolgt dabei aber das einheitliche Absatz- und Werbekonzept, das ihm der Franchisegeber zur Verfügung stellt, erhält dessen Beistand, Rat und Schulung und verwendet dessen Namen, Marken, Ausstattungen oder sonstige Schutzrechte. Der Franchisegeber behält sich in der Regel das Recht vor, Weisungen zu erteilen und eine Kontrolle über die Geschäftstätigkeit auszuüben“.

b) Die rechtliche Zulässigkeit des Franchising als *Innominatkontrakt* stützt sich auf die Vertragsabschluss-, Vertragsinhalts- und Typenfreiheit<sup>8</sup>. Die Parteien sind frei, ihre vertraglichen Abmachungen abweichend von der gesetzlichen Ordnung individuell zu gestalten oder Kombinationen von gesetzlich geregelten und neuen Elementen zu schaffen – dies immer unter Beachtung der von der Rechtsordnung gezogenen Schranken. So können Innominatverträge ausgestaltet werden als Verträge eigener Art (*sui iuris*) oder als gemischte Verträge (*mixti iuris*), die eine Kombination von Elementen verschiedener gesetzlich geregelter oder nicht geregelter Vertragstypen darstellen<sup>9</sup>. Deshalb wird der Franchisevertrag je nach konkreter Ausgestaltung im Einzelfall als gemischter Vertrag bzw. als Vertrag *sui iuris*<sup>10</sup> bzw. als „Netzvertrag“<sup>11</sup> qualifiziert.

Schließlich ist zu beachten, dass es sich bei jedem Franchisevertrag an sich nur um einen *Rahmenvertrag* handelt<sup>12</sup>, der als Fundament für die Zusammenarbeit der beiden Vertragsparteien dienen soll; denn eine allzu umfassende Regelungsdichte würde zu mangelnder Flexibilität des Franchisekonzepts führen. Obwohl sich ein Franchisevertrag meistens in einem äußerst umfangreichen Vertragsdokument niederschlägt, enthält er doch für viele Problembereiche nur Grundsätze, so z.B. über die Verteilung der Kompetenzen und Verantwortung sowie die Rechte und Pflichten; weitere Details ergeben sich aus anderen Unterlagen (z.B. Betriebshandbüchern) und aus der „täglich gelebten Vertragsbeziehung“<sup>13</sup>. Die so bewusst in Kauf genommenen Regelungslücken des Vertragswerks bezüglich Detailfragen führen dazu, dass bei der Rechtsanwendung der ganzen „commitment structure“<sup>14</sup> zwischen den Parteien Beachtung geschenkt werden muss. Bei der Vertragsauslegung und -ergänzung ist daher dem Vertragszweck und der Vertragssystematik besondere Aufmerksamkeit zu widmen.

de distribution, Contributions offertes au Prof. François Dessemontet, 1998, S. 75 ff.; *Osman Berat Gürzumar*, Der Franchisevertrag unter besonderer Berücksichtigung der immaterialgüterrechtlichen Schutzprobleme, 1991; *Thierry de Haller*, Le contrat de franchise en droit suisse, 1978; *Diana Marsch*, Franchising im internationalen Rechtsverkehr – Eine rechtsvergleichende und kollisionsrechtliche Untersuchung, 1999; *Walter R. Schluemp*, Innominatverträge/Der Franchisevertrag, in: SPR VII/2, 1979; OR-*Walter R. Schluemp/Marc Amstutz*, in: H. Honsell/N. P. Vogt/W. Wiegand (Hg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 2. Auflage, 1996, Einl. vor Art. 184 ff. N 148 ff.; *Schulthess* (Fn. 3); *Mario Wang*, Die Funktionsweise des Franchising im Gastgewerbe und in der Hotellerie, in: E. A. Kramer (Hg.), Neue Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising, 2. Auflage, 1992, S. 335 ff.; *Mathias Stein-Wigger*, Die Beendigung des Franchisevertrages, Eine rechtsvergleichende Studie unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen, deutschen und amerikanischen Rechts, 1999; *Wildhaber* (Fn. 2).

5 Exemplarisch OR-*Schluemp/Amstutz* (Fn. 4) Einl. vor Art. 184 ff. N 148 mit weiteren Nachweisen: „Im Franchisevertrag räumt der Franchisegeber (bzw. franchisor) dem Franchisenehmer (bzw. franchisee) i.S. einer dauernden vertikalen Kooperation gegen Entgelt das Recht ein, bestimmte Waren und/oder Dienstleistungen zu vertreiben, und zwar unter Benutzung von Image, Namen, Zeichenrechten, Ausstattung, Kennzeichnungen, Symbolen oder sonstigen Schutzrechten sowie der gewerblichen und/oder technischen Erfahrungen des Franchisegebers und unter Beachtung des von ihm entwickelten Organisations- und Marketingsystems“. Die Definition im *Ehrenkodex des Schweizer Franchise Verbandes* stimmt wörtlich überein mit derjenigen im *Europäischen Verhaltenskodex für Franchising*.

6 *Stein-Wigger* (Fn. 4) 14 f. mit Hinweisen u.a. auf *Flohr, Gitter, Knigge, Köhler, Martinek, Skau-py* und *Weber*.

7 *BGE* 118 II 157, 159 f. (vgl. [http://www.eurospider.ch/BUGE4/ras/buge\\_index.html](http://www.eurospider.ch/BUGE4/ras/buge_index.html)).

8 Art. 19 OR; vgl. auch *Schulthess* (Fn. 3) 152.

9 *Stein-Wigger* (Fn. 4) 223.

10 So z.B. OR-*Schluemp/Amstutz* (Fn. 4) Einl. vor Art. 184 ff. N 152; *Schluemp* (Fn. 4) 855.

11 OR-*Schluemp/Amstutz* (Fn. 4) Einl. vor Art. 184 ff. N 71 ff. und 152 mit Hinweisen; vgl. auch *BGE* 118 II 162.

12 *Stein-Wigger* (Fn. 4) 53 ff.; zum Rahmenvertrag allg. *Hans Caspar von der Crone*, Rahmenverträge, 1993.

13 So *Stein-Wigger* (Fn. 4) 53.

14 *Stein-Wigger* (Fn. 4) 55 Fn. 221 mit Hinweisen auf amerikanische Autoren.

## 2. Elemente, Merkmale und Abgrenzung

### a) Elemente

Der Franchisevertrag enthält typischerweise Elemente des Auftrags-, Miet-/Pacht-, Kauf-, Werkvertrags-, Leasing- und Lizenz-/Know-how-Rechts; bei einem ausgeprägten *Subordinationsverhältnis* können sogar arbeitsrechtliche Merkmale von besonderer Bedeutung sein<sup>15</sup>. Die h.L. geht deshalb davon aus, dass der Franchisevertrag nicht generell einem einzigen (gesetzlich geregelten) Vertragstypus zugeordnet werden kann<sup>16</sup>.

### b) Typisches Merkmal: rechtliche Selbständigkeit bei wirtschaftlicher Abhängigkeit

Das typische Merkmal des in der Praxis vorwiegend anzutreffenden Subordinationsfranchising<sup>17</sup> ist das ausgeprägte *Kräfteungleichgewicht*<sup>18</sup> zwischen den Parteien. Nicht selten entschließt sich ein vormals unselbständiger Arbeitnehmer, einen Franchisebetrieb zu übernehmen. Obwohl er rechtlich den Schritt in die Selbständigkeit schafft und selbständiger Unternehmer wird, gerät er oft in eine umfassende wirtschaftliche und persönliche Abhängigkeit vom Franchisegeber, da zwischen ihm und dem Franchisegeber ein ausgeprägtes Informationsgefälle herrscht und es ihm einerseits an unternehmerischer Erfahrung mangelt und er andererseits aufgrund seiner schwächeren Marktposition von Anfang an kaum Verhandlungs- und Gestaltungsspielraum hat<sup>19</sup>: Er investiert nennenswerte Kapitalbeträge in die Infrastruktur seines Betriebes und als Eintrittsgebühr ins System (entry oder initial fee). In den sehr umfangreichen Franchisevereinbarungen übernimmt er weitgehende Pflichten wie z.B. die Zahlung der laufenden Gebühren (royalties) bis hin zu bestimmten Verhaltensweisen (etwa Kleidungs Vorschriften) und gesteht dem Franchisegeber eine umfassende Kontroll- und Weisungsbefugnis zu. Typischerweise kann man den Franchisegeber als planenden und befehlenden Kopf, die einzelnen Franchisenehmer hingegen als ausführende Organe des Systems betrachten. Dieses Paradoxon der rechtlichen Selbständigkeit – beinhaltend das Tragen des ganzen unternehmerischen Risikos – bei weitgehender wirtschaftlicher Abhängigkeit – und somit fehlender Entscheidungsgewalt – ergibt sich aus der Natur des Franchising und ist bei keiner anderen

15 BGE 118 II 164 ff.; OR-Schluelp/Amstutz (Fn. 4) Einl. vor Art. 184 ff. N 152 und 171; Baudenbacher (Fn. 2) 373 und 384 ff.; Baudenbacher/Rommé (Fn. 4) 3; Wildhaber (Fn. 2) 99 ff.; Stein-Wigger (Fn. 4) 125 und 227 f.; Marsch (Fn. 4) 33 f.; kritisch Wang (Fn. 4) 340 f.; vgl. dazu unten Punkte II.2.c) und II.4.d).

16 OR-Schluelp/Amstutz (Fn. 4) Einl. vor Art. 184 ff. N 152; Schluelp (Fn. 4) 854 f.; vgl. aber in der älteren Lehre Schulthess (Fn. 3) 151 Fn. 159, und de Haller (Fn. 4) 60, beide mit Verweis auf das Lizenzrecht.

17 Vgl. dazu die Nachweise unten Fn. 38.

18 Sowohl auf wirtschaftlicher wie auch auf psychologischer und intellektueller Ebene; dazu etwa Baudenbacher (Fn. 2) 384, und Stein-Wigger (Fn. 4) 55 f.

19 „Take it or leave it!“, vgl. auch unten Fn. 174.

Vertriebsform ähnlich deutlich ausgeprägt<sup>20</sup>. Dabei darf aber nicht unterschlagen werden, dass die Gerichte selbstverständlich nicht a priori von diesem an sich typischen Machtgefälle ausgehen dürfen, sondern dass sie in jedem konkreten Einzelfall die Position der beiden Parteien im System genau zu untersuchen haben<sup>21</sup>. Und auch wenn ein Machtgefälle festgestellt wird, muss man sich doch vor dem automatischen Kurzschluss hüten, dass auch Missbrauch vorliegt. In der Praxis ist daher in jedem Einzelfall abzuklären, ob der Franchisegeber seine Machtposition effektiv ausnützt oder ob er sie moderat wahrnimmt<sup>22</sup>.

### c) Abgrenzungen

Im Folgenden findet sich eine übersichtsmäßige Zusammenstellung der wichtigsten Abgrenzungskriterien des Franchising gegenüber anderen Vertragstypen:

- *Werkvertrag*: Der Franchisenehmer schuldet nicht einen Erfolg, sondern nur eine Tätigkeit, die Absatzförderung<sup>23</sup>.
- *Auftrag*: Der Franchisevertrag ist ein Dauerschuldverhältnis und hat eine starke Überlassungskomponente<sup>24</sup>.
- *Agentur (Handelsvertreter)*: Dogmatisch besteht eine klare Abgrenzung, denn der Franchisenehmer handelt in eigenem Namen und auf eigene Rechnung (als Eigenhändler), der Agent in fremdem Namen und auf fremde Rechnung<sup>25</sup>. Sobald die Agentur jedoch als Dauervertrag ausgestaltet ist – v.a. bei der Kommissionsagentur<sup>26</sup> – rücken die beiden Rechtsfiguren jedenfalls in der Praxis in die Nähe.
- *Alleinvertriebsvertrag*: Der Franchisenehmer ist umfassender in das Absatzsystem integriert<sup>27</sup>. Im Gegensatz zur deutschen Lehre ist das schweizerische Schrifttum der Auffassung, dass Produktfranchising und Vertragshandel klar zu trennen sind, da das Produktfranchising primär auf die Übernahme einer Vertriebskonzeption gerichtet ist und nicht wie der Alleinvertriebsvertrag auf den Absatz eines Gutes<sup>28</sup>.

20 Zum Ganzen eingehend Stein-Wigger (Fn. 4) 22 ff., insbesondere 27, mit weiteren Nachweisen.

21 Engel/Thévenaz (Fn. 4) 90.

22 Nach Auskunft des Geschäftsführers des Schweizer Franchise Verbandes sind sich viele Franchisegeber v.a. in den 90er-Jahren bewusst geworden, dass ein partnerschaftlich und unternehmerisch geführtes Franchising für alle Systembeteiligten Vorteile bringt. Das Fehlen von Gerichtsentscheiden kann als mögliches Indiz für diese Aussage gedeutet werden. Vgl. auch Heribert Meffert, Erfolgreiche markt- und innengerichtete Führung als Leitkonzept von Franchise-Systemen, in diesem Band.

23 OR-Schluelp/Amstutz (Fn. 4) Einl. vor Art. 184 ff. N 153.

24 OR-Schluelp/Amstutz (Fn. 4) Einl. vor Art. 184 ff. N 153; Baudenbacher (Fn. 2) 373; Baudenbacher/Rommé (Fn. 4) 4.

25 Baudenbacher/Rommé (Fn. 4) 4; Schulthess (Fn. 3) 136 f.; Marsch (Fn. 4) 13; Pierre Engel, Contrats de droit suisse, 2e édition, 2000, S. 793.

26 Vgl. Baudenbacher (Fn. 2) 374 Fn. 48. Der Kommissionsagent verpflichtet sich, gegen Provision dauernd in eigenem Namen, aber für Rechnung des Auftraggebers Waren (bzw. Wertpapiere) zu verkaufen (bzw. zu kaufen); dazu generell Andreas M. Dubler, Der Kommissionsagenturvertrag, 1995, S. 3 ff. sowie passim.

27 OR-Schluelp/Amstutz (Fn. 4) Einl. vor Art. 184 ff. N 153.

28 Vgl. Schulthess (Fn. 3) 146; Schluelp (Fn. 4) 853; Baudenbacher/Rommé (Fn. 4) 4; Marsch (Fn. 4) 12 f.

- *Einfache Gesellschaft*: Im Franchiseverhältnis besteht nur eine Interessengleichrichtung bezüglich des Gewinns, nicht aber eine Interessengemeinschaft; es liegt kein gemeinsamer Zweck vor<sup>29</sup>.
- *Lizenzvertrag*: Diese Abgrenzung ist schwieriger. Die v.a. im älteren Schrifttum<sup>30</sup> vertretene Auffassung, die Überlassung des „franchise package“ durch den Franchisegeber sei das ausschlaggebende Merkmal und der Franchisevertrag stehe folglich nahe beim Lizenzvertrag, wird heute von einer anderen Ansicht abgelöst: Betont werden die Integration des Franchisenehmers in das Absatzsystem sowie die Absatzförderung durch vertikale Kooperation, welche beim Franchisevertrag stärker ausgebildet sind als beim Lizenzvertrag<sup>31</sup>, so dass es sich beim Franchisevertrag im Kern um einen Arbeitsleistungsvertrag handelt<sup>32</sup>.
- *Arbeitsvertrag*: I.d.R. liegt zwar auch zwischen Franchisenehmer und -geber ein zumindest faktisches wirtschaftliches und persönliches Subordinationsverhältnis<sup>33</sup> vor; der Franchisenehmer ist aber nicht direkt in den Betrieb des Franchisegebers eingebunden<sup>34</sup>, sondern tritt als rechtlich selbständiger Unternehmer am Markt auf, der selber Kapital und Arbeit investiert und das unternehmerische Risiko trägt<sup>35</sup>. Wenn jedoch die Selbständigkeit des Franchisenehmers durch Einbindung in das System (z.B. durch Weisungsgebundenheit) stark eingeschränkt ist, kann durchaus die Anwendung von Arbeitsrecht angezeigt sein<sup>36</sup>.

### 3. Typen

Im Wesentlichen wird unterschieden zwischen *Produkt-* und *Betriebsfranchising*, das letztere wiederum lässt sich je nach Leistungsinhalt in *Warenfranchising* (Vertrieb von Sachgütern) und *Dienstleistungsfranchising* (Erbringen einer Dienstleistung, z.B. Sprachschul-, Hotelfranchisen) einteilen, wobei die Grenzen fließend sind<sup>37</sup>. Nach anderer Ansicht sollte an Stelle des Leistungsinhalts viel-

mehr die Macht- und Interessenkonstellation als Kriterium für die Einteilung der Franchiseverträge dienen<sup>38</sup>. Für die in der vorliegenden Arbeit besprochenen Themenbereiche ist diese Typologie jedoch von keinerlei praktischer Relevanz, mit der einzigen Ausnahme, dass gewisse Überlegungen nur für das Subordinationsfranchising gelten, welches in der schweizerischen Praxis den weitaus dominanten, wenn nicht sogar einzigen<sup>39</sup> Typus bildet.

### 4. Rechtsanwendung

#### a) Allgemeines

Im Gegensatz z.B. zu den USA, Frankreich und Spanien<sup>40</sup> gibt es in der Schweiz keine speziellen Rechtsnormen oder gar Gesetze, die sich explizit mit dem Franchisevertrag befassen. Da sich auch kein eigenständiges ungeschriebenes Franchiserecht herausgebildet hat, werden Franchiseverträge gleich behandelt wie andere Innominatkontrakte. Das Vorgehen bei Streitigkeiten über Innominatverträge ist jedoch weder in der Doktrin noch in der Praxis restlos geklärt. Trotz einer Vielzahl von Theorien<sup>41</sup> findet sich keine, welche für sich alleine eine geeignete Lösung bietet, und auch ein Blick auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts zeigt keine einheitliche Grundtendenz<sup>42</sup>.

Vorab ist als Grundsatz festzuhalten, dass alle unregelmässigen Verträge – genauso wie die geregelten – dem *Allgemeinen Teil des Obligationenrechts (OR)*<sup>43</sup> unterstellt sind. Doch beinhalten diese Normen in vielen Fällen für den konkreten Innominatvertrag gar keine oder nur unpassende Regeln. Oft ist es hilfreich, *allgemeine Lehren des Schuldrechts* beizuziehen, um spezifische Innominatprobleme zu lösen<sup>44</sup>.

Wo der *Vertrag selber* eindeutige Anhaltspunkte zur Beantwortung der Streitfragen bietet, ist der Fall unproblematisch. Haben die Parteien jedoch eine Rechtsfrage, die den Vertragsinhalt betrifft, nicht oder nicht vollständig geregelt, liegt eine *Vertragslücke* vor, und der Vertrag muss ergänzt werden.

29 OR-Schluep/Amstutz (Fn. 4) Einl. vor Art. 184 ff. N 153; Engel (Fn. 25) 792; Baudenbacher/Rommé (Fn. 4) 4; Engel/Thévenaz (Fn. 4) 81; Marsch (Fn. 4) 15.  
 30 Vgl. z.B. de Haller (Fn. 4) 60, und Schluep (Fn. 4) 854 ff.; dazu auch Schulthess (Fn. 3) 151 Fn. 159, sowie Stein-Wigger (Fn. 4) 228 mit Hinweisen auch auf das deutsche Recht.  
 31 Vgl. dazu OR-Schluep/Amstutz (Fn. 4) Einl. vor Art. 184 ff. N 152 f.; Engel (Fn. 25) 792; Baudenbacher/Rommé (Fn. 4) 5 f.; Engel/Thévenaz (Fn. 4) 82; Stein-Wigger (Fn. 4) 227 mit weiteren Nachweisen; Marsch (Fn. 4) 15 f.  
 32 So Baudenbacher/Rommé (Fn. 4) 3; Schulthess (Fn. 3) 133 ff.  
 33 Vgl. zur Abgrenzung Subordinations-/Partnerschaftsfranchising unten Fn. 38. Zur Abgrenzung Selbständigkeit/Unselbständigkeit Raphael Lanz, Die Abgrenzung der selbständigen von der unselbständigen Erwerbstätigkeit im Sozialversicherungs-, Steuer- und Zivilrecht, Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 1997, 1463 ff., 1480 f.  
 34 Wohl aber ins Vertriebssystem: Baudenbacher/Rommé (Fn. 4) 1.  
 35 Baudenbacher (Fn. 2) 385 ff.; OR-Schluep/Amstutz (Fn. 4) Einl. vor Art. 184 ff. N 153; Engel (Fn. 25) 792 f.; Engel/Thévenaz (Fn. 4) 80; Marsch (Fn. 4) 14 f.  
 36 BGE 118 II 157 ff.; Baudenbacher/Rommé (Fn. 4) 3 f.; Marsch (Fn. 4) 33 f. Sofern die wirtschaftliche Selbständigkeit zu sehr eingeschränkt ist, kann nach Schluep (Fn. 4) 856 nicht mehr von Franchising gesprochen werden.  
 37 So etwa Wang (Fn. 4) 342, und Schluep (Fn. 4) 851 ff., der betont, dass zwar Betriebsfranchising typenreiner sei als Produktfranchising, was aber nicht dazu führe, „dass zwei Verkehrstypen des Franchising zu unterscheiden wären“; vgl. zur Typologisierung auch Stein-Wigger (Fn. 4) 19 mit

zahlreichen Hinweisen auch auf das amerikanische und deutsche Recht, und Martina Mohr, Der Franchisevertrag, 1999, S. 6 ff. mit weiteren Nachweisen.

38 Zur Unterscheidung von Subordinations- und Partnerschaftsfranchising Michael Martinek, Franchising, 1987, S. 247 ff., 256 ff., und ders., Moderne Vertragstypen, Bd. II, 1992, S. 65 ff.; Baudenbacher/Rommé (Fn. 4) 2 f., 6. Vgl. auch Stein-Wigger (Fn. 4) 19 ff. mit Hinweisen auf Kritiker dieser Unterscheidung (Bauder, Skaupy, Liesegang und Joerges).

39 Kritisch, ob das Partnerschaftsfranchising überhaupt existiert bzw. noch als Franchise-Typus bezeichnet werden kann, etwa Helmuth Liesegang, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1990, 1525 f.

40 So z.B. in den USA die „Disclosure and Registration Laws“ (z.B. die „FTC-Rule“), in Frankreich („Loi Doubin“ vom 31.12.1989), in Spanien (Gesetz Nr. 2 15.1.1996) sowie in Rumänien (1998); vgl. zum Ganzen Stein-Wigger (Fn. 4) 73 f., 86 ff. und 233 f.; Eckhard Flohr, Franchise-Vertrag, 1998, S. 5; Marsch (Fn. 4) 123 ff., alle mit weiteren Hinweisen.

41 Dazu zusammenfassend OR-Schluep/Amstutz (Fn. 4) Einl. vor Art. 184 ff. N 11 ff. mit weiteren Nachweisen.

42 OR-Schluep/Amstutz (Fn. 4) Einl. vor Art. 184 ff. N 41.

43 Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht, SR 220 (<http://www.admin.ch/ch/d/sr/2/220.de.pdf>).

44 OR-Schluep/Amstutz (Fn. 4) Einl. vor Art. 184 ff. N 2.

## b) Vertragsergänzung

Die h.L. geht heute davon aus, dass Innominatverträge grundsätzlich nach derselben Methode ergänzt werden sollen wie die gesetzlich geregelten Vertragstypen<sup>45</sup>. Jedoch ist umstritten, ob für die Schließung von Vertragslücken in erster Priorität das dispositiven Gesetzesrecht oder aber der hypothetische Parteiwille beizuziehen ist<sup>46</sup>. Für den Vorrang des Gesetzesrechts spricht der Grundsatz der Bindung des Gerichts an das Gesetz (Art. 1 Abs. 1 ZGB<sup>47</sup>), die Priorität des hypothetischen Parteiwillens lässt sich dagegen mit dem Prinzip der Privatautonomie rechtfertigen. Einigkeit besteht hingegen darüber, dass der *konkrete Fall* Ausgangspunkt für die Vertragsergänzung durch das Gericht bildet. Nach einer differenzierenden Meinung soll bei einem typischen, alltäglichen Vertrag eher die Anwendung von dispositivem Gesetzesrecht<sup>48</sup> geprüft werden, bei einer atypischen, individuellen Vertragsgestaltung hingegen im Vertrag selber nach Ansatzpunkten („Eigennormen“<sup>49</sup>) gesucht werden, die zur Lückenfüllung analog beigezogen werden können<sup>50</sup>.

## c) Lückenfüllung durch „Eigennormen“

Eine solche Eigennorm ermittelt das Gericht durch Auslegung des Vertrags. Dabei wird der im Vertrag zum Ausdruck gekommene Parteiwille „gewissermaßen fortgeschrieben, wobei er schrittweise zu einem hypothetischen Parteiwillen wird“<sup>51</sup>. Beim hypothetischen Parteiwillen geht es nicht um die Ermittlung des tatsächlichen Willens der Parteien, sondern um denjenigen, den diese gehabt hätten, wenn sie die umstrittene Frage bei Vertragsschluss bedacht und geregelt hätten<sup>52</sup>. Dabei misst sich dieser Wille an einem normativen, an redlichen Vertragspartnern angelegten Maß-

stab und widerspiegelt somit unter Umständen nicht die subjektiven Vorstellungen der konkreten Parteien<sup>53</sup>.

## d) Unmittelbare und analoge Anwendung von dispositivem Typenrecht

Wenn im Vertrag keine Regel (*Eigennorm*) enthalten ist, die zur Lückenfüllung herangezogen werden kann, ist zu fragen, ob der Vertrag durch eine *unmittelbare* Anwendung einer konkreten dispositiven Norm der beteiligten Typenrechte ergänzt werden kann<sup>54</sup>. Diese Möglichkeit gilt nur für Innominatverträge *mixti iuris*; bei Innominatverträgen *sui iuris* fällt sie von vornherein weg, da der Bezug zum Typenrecht fehlt.

Führt auch die unmittelbare Anwendung von dispositivem Gesetzesrecht nicht zu einem Ergebnis, hat das *Gericht selber* nach den Grundsätzen von Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB<sup>55</sup> eine Regel zu schaffen, sofern sich der betreffende Innominatvertrag – wie z.B. das Franchising – zu einem eigenständigen Vertragstypus entwickelt hat: Ergibt das *Gewohnheitsrecht* (wie im Vertragsrecht praktisch durchwegs üblich) keine Antwort, so muss das Gericht prüfen, ob es eine Regel des dispositiven Typenrechts gibt, welche *analog* angewendet eine sinnvolle Ergänzung ergibt<sup>56</sup>.

Auf die Frage, welches dispositive Typenrecht bei gesetzlich nicht geregelten Verträgen analog angewendet werden kann, gibt die sog. *Theorie der Übernahme gesetzlicher Einzelanordnungen*<sup>57</sup> eine mögliche Antwort: Danach ist es nicht nötig, einen Innominatvertrag insgesamt dem nächstverwandten Nominatstypus fest zuzuweisen. Vielmehr ist in jedem Einzelfall zu entscheiden, welche konkrete Regel eines verwandten gesetzlichen Typus am besten als Lösung für das bestehende einzelne Problem des zu beurteilenden Innominatvertrages passt. Der Vorteil dieses Vorgehens ist seine Flexibilität, da nicht *alle* Regeln eines bestimmten Vertragstypus auf den zu beurteilenden Vertrag angewendet werden müssen, und umgekehrt, da auf denselben Innominatvertrag je nach konkreter Problemlage Normen aus *verschiedenen* gesetzlich geregelten Verträgen angewendet werden können.

45 OR-Schluep/Amstutz (Fn. 4) Einl. vor Art. 184 ff. N 42; Stein-Wigger (Fn. 4) 225.

46 OR-Wolfgang Wiegand, in: H. Honsell/N. P. Vogt/W. Wiegand (Hg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 2. Auflage, 1996, Art. 18 N 81 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung, für welche primär dispositives Gesetzesrecht und erst sekundär der Parteiwille maßgebend ist (z.B. BGE 115 II 488). Vgl. auch BGE 107 II 144 ff. (sog. „Stutenfall“), wo kein dispositives Gesetzesrecht Hinweise für die Vertragsauslegung ergab, sondern das Gericht sich ausschließlich auf den hypothetischen Parteiwillen stützte.

47 Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210 (<http://www.admin.ch/ch/d/sr/2/210.de.pdf>). Art. 1 Abs. 1 ZGB: „Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält“.

48 Von Relevanz ist auch die Qualität des dispositiven Gesetzesrechts: Normen mit erheblichem Gerechtigkeitsgehalt dienen eher zur Vertragsergänzung als solche rein technischer Ordnung; vgl. OR-Wiegand (Fn. 46) Art. 18 N 73 mit Hinweisen u.a. auf Eugen Bucher, Der Ausschluss dispositiven Gesetzesrechts durch vertragliche Absprachen, in: La Faculté de droit et des sciences économiques et sociales de l'Université de Fribourg Suisse (éd.), Mélanges en l'honneur de Henri Deschenaux, 1977, S. 249 ff., 260 ff.

49 Zur Terminologie ZK-Peter Jäggi/Peter Gauch, (Zürcher) Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V.1b, 1980, Art. 18 OR N 275 ff., sowie OR-Wiegand (Fn. 46) Art. 18 N 68.

50 Ausführlich OR-Wiegand (Fn. 46) Art. 18 N 71 mit Hinweisen.

51 OR-Wiegand (Fn. 46) Art. 18 N 68.

52 ZK-Jäggi/Gauch (Fn. 49) Art. 18 OR N 498; OR-Wiegand (Fn. 46) Art. 18 N 76.

53 OR-Wiegand (Fn. 46) Art. 18 N 76 ff.; Peter Gauch/Walter R. Schluep/Jörg Schmid/Heinz Rey, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne außervertragliches Haftpflichtrecht (Bd. I zit. Gauch/Schluep/Schmid, Bd. II zit. Gauch/Schluep/Rey), 7. Auflage, 1998, N 700 mit weiteren Nachweisen; vgl. auch BGE 123 III 292, 295 ff. sowie dazu unten Fn. 234.

54 OR-Schluep/Amstutz (Fn. 4) Einl. vor Art. 184 ff. N 67; OR-Wiegand (Fn. 46) Art. 18 N 81; siehe auch oben Fn. 46.

55 Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB: „Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde. Es folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung“.

56 Zum Ganzen OR-Schluep/Amstutz (Fn. 4) Einl. vor Art. 184 ff. N 66 ff.

57 Eugen Bucher, Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht: Wo stehen wir heute im Vertragsrecht?, Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR) 102 (1983) 2. Halbband, 251, 321 f., und ders., Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Auflage, 1988, S. 21 f. Zustimmend Stein-Wigger (Fn. 4) 228 ff. mit weiteren Nachweisen; kritisch OR-Schluep/Amstutz (Fn. 4) Einl. vor Art. 184 ff. N 15, und Ernst A. Kramer, ZSR 102 (1983) 2. Halbband, 576. Im Ergebnis aber sinngemäß wie Bucher: BGE 118 II 161.

*Beispiele für die analoge Anwendung von Typenrecht beim Franchising:*

**Arbeitsrecht:** Wenn eine Teilnichtigkeit des Franchisevertrages gemäß Art. 20 Abs. 2 OR wegen Sitten- oder Rechtswidrigkeit bejaht wird<sup>58</sup>, stellt sich die Frage, ob eine analoge Anwendung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften gerechtfertigt ist<sup>59</sup>. Hat der Franchisegeber den Franchisenehmer z.B. zur Einhaltung fester Arbeits- und Präsenzzeiten verpflichtet, so hält eine solche Vertragsbestimmung möglicherweise vor Art. 27 ZGB nicht stand, sofern sie den Franchisenehmer in seiner Selbständigkeit als Unternehmer entmündigt. In analoger Heranziehung der arbeitsrechtlichen Norm von Art. 321c OR kann der Franchisegeber zur Abgeltung von Überstunden des Franchisenehmers verpflichtet werden. Als Folge der Weisungsgebundenheit des Franchisenehmers können auch die analoge Anwendung von Art. 328 OR und der entsprechenden Sonderbestimmungen aus dem Arbeitsgesetz<sup>60</sup> und dem Unfallversicherungsgesetz<sup>61</sup> in Betracht gezogen werden<sup>62</sup>. Sodann hat das Bundesgericht die missbräuchliche Kündigung eines Franchisevertrages durch den Franchisegeber mit einer arbeitsvertragsrechtlichen Rechtsverletzungsbuße<sup>63</sup> sanktioniert<sup>64</sup>.

**Auftragsrecht:** Hinsichtlich Absatzförderungspflicht, Weisungs- und Kontrollbindung, Substitutionsverbot, Treue- und Interessenwahrungspflicht u.a. auf der Seite des Franchisenehmers sowie hinsichtlich Erbringung von Dienstleistungen, Erteilung von Weisungen und Ratschlägen, Treue- und Interessenwahrungspflichten u.a. auf Seiten des Franchisegebers kann die analoge Anwendung von Auftragsrecht angezeigt sein<sup>65</sup>.

**Agenturrecht (Handelsvertreter):** Wenn ein nachvertragliches Konkurrenzverbot vereinbart wurde, bieten zwar die allgemeinen Normen (Art. 19/20 OR und Art. 27 ZGB) einen gewissen Schutz, jedoch kann sich auch die analoge Anwendung von Art. 418d Abs. 2 OR (Anspruch des Agenten auf Karenzentschädigung) aufdrängen, wenn der Franchisenehmer entsprechend schutzbedürftig erscheint<sup>66</sup>. Von Bedeutung in der Praxis ist auch folgende Analogie zum Agenturrecht: Art. 418u OR gewährt dem Agenten für die Kundschaft, die von ihm während des Vertragsverhältnisses erworben wurde und die nach Vertragsbeendigung auf den Unternehmer übergeht, einen unabdingbaren (zwingenden) Ausgleichsanspruch<sup>67</sup>. Ob Art. 418u OR analog auf den Franchisevertrag und überhaupt auf die gesetzlich nicht geregelten Absatz-

mittlerverträge angewendet werden kann, ist umstritten<sup>68</sup>. Die überwiegende Lehre spricht sich für eine analoge Anwendung dieser Norm aus, vorausgesetzt, der Franchisenehmer ist vergleichbar dem Agenten eng in die Vertriebsorganisation eingebunden und der Franchisegeber ist nach Vertragsbeendigung in der Lage, die erworbenen Kunden weiter zu beliefern<sup>69</sup>.

Findet sich *dispositives Typenrecht*, dessen analoge Anwendung sinnvoll erscheint, stellt sich die Zusatzfrage, ob sich auch das jeweilige zwingende Recht dieses Nominattypus auf den Innominatvertrag erstrecken soll oder nicht. Das Gericht wird feststellen müssen, ob sich die Schutzbedürftigkeit der betroffenen Partei durch die Atypizität des umstrittenen Innominatkontraktes verändert. Handelt es sich um einen Innominatvertrag *mixti iuris*, hat es die Übernahme zwingenden Rechts der beteiligten Nominatverträge zu prüfen. Handelt es sich hingegen um einen Innominatvertrag *sui iuris*, soll es autonom zwingendes Recht setzen, wenn es feststellt, dass eine Vertragspartei schutzbedürftig ist<sup>70</sup>.

Der bisher einzige Bundesgerichtsentscheid<sup>71</sup>, der sich eingehend mit Franchising befasst, hatte sich gerade mit der soeben genannten Frage der Schutzbedürftigkeit auseinander zu setzen. Es ging dabei um eine Franchisenehmerin, welcher vom Franchisegeber kurzfristig gekündigt worden war. Das Bundesgericht führte aus, dass bei Dauerschuldverhältnissen, in welchen die eine Partei wirtschaftlich von der anderen abhängig ist, die Schutzbedürftigkeit der schwächeren Vertragspartei die sinngemäße Anwendung zwingender Vorschriften verlangen könne, welche das Gesetz für verwandte Vertragstypen vorsieht. Maßgebend dabei seien die Art und das Ausmaß der Abhängigkeit der schwächeren von der stärkeren Vertragspartei. Das Gericht kam zum Schluss, dass der vorliegende Franchisevertrag Elemente eines Arbeitsverhältnisses aufweise und sich somit die sinngemäße Anwendung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften rechtfertige<sup>72</sup>.

e) *Regelbildung nach Art. 1 Abs. 2 ZGB*

Findet das Gericht *kein analog anwendbares dispositives Typenrecht*, muss es „nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde“ (Art. 1 Abs. 2 ZGB). Das Gericht hat also eine besondere generell-abstrakte Regel aufzustellen, die – von der Problemstellung des vorliegenden Vertrages einmal abgesehen – auch künftigen ähnlichen Interessenlagen gerecht würde<sup>73</sup>. Für die Regelbildung müssen v.a. die Gesichtspunkte Gerechtigkeit, Praktikabilität, Rechtssicherheit und nicht zuletzt die Rechtsvergleichung berücksichtigt werden<sup>74</sup>. Nach diesem Vorgang ist die

58 Vgl. dazu auch unten Punkt IV.3.a).

59 Vgl. schon oben Punkt II.2.c).

60 Art. 6 und 33–36 ArG (SR 822.11).

61 Art. 81–88 UVG (SR 832.20).

62 Wildhaber (Fn. 2) 101 f.

63 Art. 336a Abs. 2 OR analog.

64 Dazu unten um Fn. 71.

65 So Baudenbacher/Rommé (Fn. 4) 6.

66 OR-Schluép/Amstutz (Fn. 4) Einl. vor Art. 184 ff. N 178.

67 Vgl. dazu statt vieler Thomas Koller, Die Kundschaftsentschädigung im schweizerischen Agenturvertragsrecht, in: I. Saenger/R. Schulze (Hg.), Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters, 2000, S. 111 ff., und André Thouvenin, Der Anspruch des Agenten auf Kundschaftsentschädigung in der Praxis, ebenda, S. 128 ff.; beide mit zahlreichen Nachweisen.

68 Dazu generell Stein-Wigger (Fn. 4) 324 ff. mit weiteren Nachweisen.

69 So z.B. Baudenbacher (Fn. 2) 381 ff.; Wildhaber (Fn. 2) 112 ff.; Stein-Wigger (Fn. 4) 324 ff. mit weiteren Nachweisen; kritisch Wang (Fn. 4) 361 f.

70 OR-Schluép/Amstutz (Fn. 4) Einl. vor Art. 184 ff. N 79.

71 BGE 118 II 157 ff. (Yves-Rocher-Fall); vgl. dazu Thomas Koller, Ordentliche, fristlose und missbräuchliche Kündigung des Arbeitsvertrages, AJP 1995, 1251 ff., 1268.

72 Entschädigungsanspruch wegen Kündigungsmissbrauchs i.S.v. Art. 336a OR.

73 Schulthess (Fn. 3) 158.

74 Baudenbacher (Fn. 2) 376.

konkrete vorliegende Rechtsfrage unter die neugebildete generell-abstrakte Regel zu subsumieren<sup>75</sup>.

### III. Die Verletzung von Aufklärungspflichten insbesondere in der vorvertraglichen Phase

#### 1. Einleitung

Aufgrund des oben genannten<sup>76</sup> Informationsgefälles und Kräfteungleichgewichts zwischen den beiden Vertragsparteien und der damit verbundenen Gefahr des Machtmissbrauchs durch den Franchisegeber ist es schon in der Vertragsverhandlungsphase ein zentrales Gebot, diesen Defiziten entgegenzuwirken, die sich aus der Natur des Franchising ergeben.

Bezüglich Aufklärungspflichten und Haftung bei deren Verletzung ist vorauszuschicken, dass sich die rechtliche Situation in der Schweiz kaum von derjenigen in Deutschland unterscheidet. Dies erklärt auch, weshalb in der Schweizer Literatur recht oft und global auf deutsche Autoren verwiesen wird<sup>77</sup>. Anders als in gewissen Bundesstaaten der USA und einigen europäischen Ländern<sup>78</sup>, die vorvertragliche Informations- und Registrierungspflichten in Spezialgesetzen normiert haben, finden Franchisenehmer in der Schweiz Schutz nur im bestehenden Rahmen des allgemeinen Schuldrechts.

Dass vorvertragliche Informationen in der Praxis sehr relevant sind, zeigte das Ergebnis einer Umfrage unter 1000 deutschen Franchisenehmern. Gefragt wurde, was das Franchising als Existenzgründungssystem so besonders interessant mache: Intensive Beratung vor Geschäftsstart zu erhalten, war immerhin die dritthäufigste Antwort<sup>79</sup>. Dies versteht sich von selbst, wenn man bedenkt, dass nicht selten vormals unselbständige und geschäftlich unerfahrene Arbeitnehmer unter erheblichem Kapital- und Arbeitseinsatz den Schritt in die unternehmerische Selbständigkeit wagen. Sie tätigen diese Investitionen nur, wenn sie mit kalkulierbaren Risiken einen angemessenen zukünftigen Erfolg erwarten dürfen<sup>80</sup>. Von der realistisch beurteilten Ertragsfähigkeit ihres zukünftigen Franchisebetriebs hängt nämlich meist ihre gesamte wirtschaftliche Existenz ab.

## 2. Vorvertragliche Aufklärungspflichten allgemein

### a) Verhaltenspflichten, insbesondere Aufklärungspflichten

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat sich in den letzten Jahren immer wieder mit (vor)vertraglichen *Verhaltenspflichten* (*Loyalitätspflichten*) befasst, welche gegenseitige Rücksichtnahme der Parteien von Beginn der Aufnahme rechtsgeschäftlichen Kontakts bis zur Beendigung des Verhältnisses postulieren<sup>81</sup>. Zu diesen Pflichten gehören auch die sog. *Beratungs-, Informations- und Aufklärungspflichten*, welche beim Vorliegen eines Vertrauensverhältnisses der Wahrung der Integrität der Rechts- und Vermögenssphäre beider Vertragspartner dienen sollen<sup>82</sup>. Diese Pflichten sind in besonderem Maße ausgeprägt, wenn zwischen den Parteien – wie speziell beim (Subordinations-)Franchising – ein Macht- und Informationsgefälle besteht<sup>83</sup>.

### b) Vereinzelt gesetzliche Regelungen

Im schweizerischen Gesetzesrecht finden sich nur vereinzelt Normen, die die Aufklärung des Vertragspartners vor Vertragschluss bzw. seine Information im Vertragswerk selber explizit regeln<sup>84</sup>. Auffallend ist, dass es sich bei der Mehrzahl dieser punktuellen Regeln um autonom umgesetzte EG-/EU-Richtlinien handelt.

### c) Allgemeine Grundsätze von Rechtsprechung und Lehre

Liegt keine Sondernorm vor, leiten sich die Grundsätze über vertragliche wie vorvertragliche Aufklärungspflichten primär aus der Lehre des allgemeinen Schuldrechts ab. Nach der neueren Lehre haben diese Pflichten ihre gesetzliche Grundlage im Prinzip von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB), weshalb sie unmittelbar mit Vertragsschluss bzw. sogar automatisch aufgrund des *einheitlichen gesetzlichen Schutz- bzw. Schuldverhältnisses*<sup>85</sup> zum Vertragsinhalt werden<sup>86</sup>.

81 Vgl. dazu z.B. die höchstrichterlichen Entscheide zu den Aufklärungspflichten von Ärzten (BGE 119 II 456 ff.), Architekten (BGE 122 III 61 ff., 119 II 249 ff., 111 II 72 ff.) und Vermögensverwaltern (BGE 124 III 155 ff.; 115 II 62 ff.); zum Ganzen *Wolfgang Wiegand*, Von der Obligation zum Schuldverhältnis, recht 1997, 85 mit weiteren Nachweisen.

82 Vgl. etwa OR-*Wiegand* (Fn. 46) Einl. zu Art. 97–109 N 5 und Art. 97 N 34; *ders.* (Fn. 81) 89 ff.; BK-*Rolf H. Weber*, in: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI/1/5, 2000, Vorbem. zu Art. 97–109 OR N 42 ff. und Art. 97 OR N 67 ff., sowie *Martin Moser*, Die Haftung gegenüber vertragsfremden Dritten, 1998, S. 101 f.

83 Vgl. z.B. BGE 119 II 461; *Wiegand* (Fn. 81) 90; BK-*Weber* (Fn. 82) Art. 97 OR N 91 f. mit weiteren Nachweisen.

84 So die Sondernormen im Abzahlungs- und Vorauszahlungsrecht (Art. 226a Abs. 2 und 227a Abs. 2 OR), im Haustürgeschäftrecht (Art. 40d OR), im Konsumkreditrecht (Art. 8 ff. KKG; SR 221.214.1) sowie im Pauschalreiserecht (Art. 4 ff. PRG; SR 944.3).

85 Dazu *Wiegand* (Fn. 81) 86 mit Hinweis auf *Claus-Wilhelm Canaris*, Ansprüche wegen „positiver Vertragsverletzung“ und „Schutzwirkung für Dritte“ bei nichtigen Verträgen, *JZ* 1965, 475 ff., 479; vgl. auch BK-*Weber* (Fn. 82) Art. 97 OR N 78 ff.

86 OR-*Wiegand* (Fn. 46) Einl. zu Art. 97–109 N 4 ff., 13 und Art. 97 N 34 f. Deutsche Autoren – und neuerdings auch einige in der Schweiz – betrachten die Entstehung dieser Pflichten sogar als

75 *Hans Michael Riemer*, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 1987, S. 60.

76 Oben unter Punkt II.2.b).

77 So verweisen z.B. OR-*Schluemp/Amstutz* (Fn. 4) Einl. vor Art. 184 ff. N 156 auf *Wolfgang Gitter*, Gebrauchsüberlassungsverträge, 1988, S. 497 f. mit Nachweisen. Vgl. auch *Stein-Wigger* (Fn. 4) 234 f., insbesondere vor Fn. 1134.

78 Vgl. dazu oben Fn. 40.

79 So *Veronika Bellone*, Das Franchisehandbuch, 3. Auflage, 1999, S. 25, mit Hinweisen auf das Deutsche Franchise-Institut bzw. „Franchise-International 1999“.

80 *Stein-Wigger* (Fn. 4) 233.

Falls diese Verhaltenspflichten vor *Vertragsschluss* verletzt werden, kann ein Anwendungsfall der *culpa in contrahendo* vorliegen, welcher im Gesetz nicht explizit geregelt ist. Bei Verletzung eben dieser Pflichten nach *Vertragsschluss* spricht man hingegen von *positiver Vertragsverletzung*, welche im schweizerischen Leistungstörungsrecht unter die Tatbestandsvariante „nicht gehörige Erfüllung“ (Art. 97 Abs. 1 OR) subsumiert werden kann<sup>87</sup>.

Obwohl die vor- und vertraglichen Pflichten ineinander fließen und sich – abgesehen vom Zeitpunkt ihrer Verletzung – an sich nicht unterscheiden, war die Rechtsnatur der *culpa in contrahendo* lange Zeit heftig umstritten<sup>88</sup>. Seit das Bundesgericht<sup>89</sup> jedoch im Jahre 1994 die *culpa in contrahendo* als „Erscheinungsform einer allgemeineren Rechtsfigur“<sup>90</sup> bezeichnet hat, darf nach neuerer Lehre wohl davon ausgegangen werden, dass bei der *culpa in contrahendo* generell vertragsrechtliche Regeln anwendbar sind<sup>91</sup>. Denn bei der Verletzung von Aufklärungspflichten darf es keine Rolle spielen, ob die Pflichtverletzung in der vorvertraglichen Phase oder aber nach *Vertragsschluss* stattfindet, da in beiden Fällen gleichwertige oder sogar identische Loyalitäts-/Verhaltenspflichten verletzt werden<sup>92</sup>. Konsequenterweise ist deshalb dieser Anwendungsfall der *culpa in contrahendo* als positive Vertragsverletzung (d.h. im schweizerischen Recht als „nicht gehörige Erfüllung“) i.S.v. Art. 97 OR zu behandeln<sup>93</sup>.

---

vom Parteiwillen losgelöst; dazu *Wolfgang Wiegand*, Die Verhaltenspflichten, in: M. Stolleis (Hg.), FS Gagnér, 1991, S. 547 ff., 551, 561, und *ders.* (Fn. 81) 89 ff. Vgl. zum Ganzen auch *Moser* (Fn. 82) 102 ff., und *BK-Weber* (Fn. 82) Vorbem. zu Art. 97–109 OR N 44 und Art. 97 OR N 78 ff. mit weiteren Nachweisen.

87 Art. 97 Abs. 1 OR: „Kann die Erfüllung der Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirkt werden, so hat der Schuldner für den daraus entstehenden Schaden Ersatz zu leisten, sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle.“ (Hervorhebung hinzugefügt).

88 OR-*Wiegand* (Fn. 46) Einl. zu Art. 97–109 N 10. Vgl. zum Meinungsstand etwa *Gauch/Schluemp/Schmid* (Fn. 53) N 975 ff., und OR-*Eugen Bucher*, in: H. Honsell/N. P. Vogt/W. Wiegand (Hg.), 2. Auflage, 1996, Art. 1 N 92 ff.

89 BGE 120 II 331, 336 („*Swissair*“) mit Hinweis auf BK-*Ernst A. Kramer*, in: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI/1/1, 1986, Allg. Einl. OR N 142 ff. (wo u.a. wiederum auf *Canaris* verwiesen wird).

90 Womit es das einheitliche gesetzliche Schutz-/Schuldverhältnis aus (rechts)geschäftlichem Kontakt gemeint habe, so OR-*Wiegand* (Fn. 46) Einl. zu Art. 97–109 N 10 f., sowie *ders.* (Fn. 81) 86 f. mit Hinweisen. Vgl. neuerdings La Semaine Judiciaire (SJ) 1999, 113 ff., 117 (Bundesgerichtsentscheid vom 8.6.1998 i.S. V. c. S. und D).

91 So jedenfalls OR-*Wiegand* (Fn. 46) Einl. zu Art. 97–109 N 10; *ders.* (Fn. 81) 87 und 93 mit Hinweisen auf *Hans Peter Walter*, Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV) 1996, 273 ff., 281 ff., sowie auf *Claus-Wilhelm Canaris*, Täterschaft und Teilnahme bei *culpa in contrahendo*, in: W. J. Habscheid et al. (Hg.), FS Hans Giger, 1989, S. 91 ff.

92 OR-*Wiegand* (Fn. 46) Einl. zu Art. 97–109 N 10.

93 Vgl. auch BK-*Weber* (Fn. 82) Art. 97 OR N 93 f., welcher für „eine möglichst einheitliche Haftungsanknüpfung für das gesamte Pflichtenprogramm des Schuldners“ plädiert. Vgl. zu den Rechtsfolgen unten unter Punkt III.5.c).

### 3. Aufklärungspflichten des Franchisegebers und -nehmers

a) Wie bei anderen *Dauerschuldverträgen*, welche kooperativ-persönliche Elemente sowie ein Machtgefälle zwischen den Parteien aufweisen, finden sich auch beim Franchisevertrag von der ersten Kontaktaufnahme zu Vertragsverhandlungen an über die Durchführung des Vertrages bis hin zum Abschluss der Vertragsbeendigung *gesteigerte Treue-, Sorgfalts- und Rücksichtspflichten* v.a. des Franchisegebers<sup>94</sup>.

b) Aus diesen ergibt sich zunächst, dass der Franchisenehmer vor *falschen Informationen* des Franchisegebers geschützt werden soll: Verleitet der Franchisegeber den Franchisenehmer wissentlich oder unbewusst durch Fehlinformationen zum *Vertragsschluss*, so kann dieser u.U. den Vertrag auflösen und/oder Schadenersatz verlangen<sup>95</sup>.

c) Schwieriger zu beantworten ist die Frage, ob bzw. inwieweit der Franchisenehmer neben dem (passiven) Schutz vor Fehlinformation auch einen *Anspruch auf „aktive“ Informationen* hat<sup>96</sup>. Soweit ersichtlich gibt es in der Schweiz zur Bestimmung des *Umfangs und Inhalts* der Informationspflichten beim Franchising keine publizierten Gerichtsentscheide. Im Unterschied zu den oben erwähnten typischen Aufklärungsfällen (Patienten, Kleinanleger etc.)<sup>97</sup> handelt es sich beim Franchising formell nicht um Kundenbeziehungen bzw. Konsumentenrecht im eigentlichen Sinne, sondern um Geschäftsbeziehungen im gewerblichen Bereich. Liegt aber ein evidentes Kräfteungleichgewicht vor, befinden sich zumindest auch kleinere Gewerbetreibende in einer gewissen Grauzone: Als Grundsatz ist deshalb festzuhalten, dass unerfahrene (Subordinations-)Franchisenehmer ähnlich schutzbedürftig sind wie Konsumenten, was hohe Anforderungen an die Aufklärungspflichten des Franchisegebers rechtfertigt. Selbstverständlich hängt das Maß der gegenseitigen Aufklärung jedoch immer von den Umständen des einzelnen Falles ab<sup>98</sup>.

Der Franchisegeber ist daher grundsätzlich zur unmissverständlichen, wahrheitsgetreuen und vollständigen Information über den notwendigen Arbeits- und Kapitaleinsatz sowie über die Erfolgsaussichten des Marketingkonzepts aufgrund von Standortanalysen und Zahlen vergleichbarer Betriebe des Systems verpflichtet, so dass auch der unerfahrene Franchisenehmer seine Anfangsinvestitionen, die laufenden Verpflichtungen, die „Durststrecke“ sowie sein Risiko und seine Erfolgsaussichten schon im voraus möglichst reell und in umfassender Kenntnis der Sachlage beurteilen kann<sup>99</sup>. Voraussetzung dafür ist, dass der Franchisegeber entweder bereits über durchschnittliche Vergleichszahlen aus anderen Betrieben desselben Franchise-

---

94 Vgl. OR-*Schluemp/Amstutz* (Fn. 4) Einl. vor Art. 184 ff. N 156; *Stein-Wigger* (Fn. 4) 128; für das deutsche Recht z.B. *Gitter* (Fn. 77) 497; *Flohr* (Fn. 40) 11 ff.

95 *Stein-Wigger* (Fn. 4) 129 mit Hinweisen auf deutsche Judikatur und Literatur. Vgl. zu den Rechtsfolgen unten Punkt III.5.

96 *Stein-Wigger* (Fn. 4) 130 f.; und generell BK-*Weber* (Fn. 82) Art. 97 OR N 91 f.

97 Oben Punkt III.2.a).

98 BGE 105 II 80.

99 Vgl. *Stein-Wigger* (Fn. 4) 237 ff. und 130 f. mit Hinweisen auf deutsche Autoren (insbesondere *Martinek* (Fn. 38) Franchising, S. 314 f., u.a.).

Systems oder aber aus zumindest einem laufenden repräsentativen Pilotbetrieb verfügt<sup>100</sup>. Unter keinen Umständen darf er neue Franchisenehmer mit uneindeutigen, irreführenden, unvollständigen oder übertriebenen Angaben anwerben; insbesondere hat er dem Franchise-Aspiranten innerhalb einer angemessenen Bedenkfrist vor Unterzeichnung des Vertrages alle für das Verhältnis wichtigen Informationen und Unterlagen vollständig und schriftlich zu übergeben<sup>101</sup>, so dass dieser sich seinen Entschluss in Ruhe überlegen kann und die Möglichkeit hat, sich gegebenenfalls bei Dritten zu informieren bzw. kompetent beraten zu lassen. Dabei ist jedoch immer zu beachten, dass der Franchisegeber zwar umfassend und wahrheitsgetreu über sein System aufzuklären hat, dessen Rentabilität aber nicht garantieren muss<sup>102</sup>.

d) Selbstverständlich hat auf der anderen Seite auch der Franchisenehmer wahrheitsgetreue Auskunft zu geben etwa über seine persönlichen Eigenschaften, beruflichen Fähigkeiten und finanziellen Möglichkeiten<sup>103</sup>. Während jedoch der Franchisegeber grundsätzlich *von sich aus* umfassend über alle oben genannten Punkte zu informieren hat, muss der Franchisenehmer an sich nur Fragen beantworten, die ihm gestellt werden<sup>104</sup>. Das dem Franchisenehmer im Rahmen der vorvertraglichen Aufklärung anvertraute Wissen (z.B. Geschäftsgeheimnisse und Know-how) hat er vertraulich zu behandeln, auch wenn es nicht zu einem Vertragsabschluss kommen sollte.

#### 4. Beweislast

Nach allgemeinen vertragsrechtlichen Beweisgrundsätzen würde dem Franchisenehmer sowohl der Nachweis obliegen, dass der Franchisegeber eine Informations-, Beratungs- bzw. Aufklärungspflicht verletzt hat (Vertragsverletzung), als auch der Nachweis, dass er sich bei korrekter Information entsprechend anders verhalten hätte (Kausalität). Da in diesen Fällen einerseits die zu beweisenden Tatsachen und Vorgänge im Unternehmensbereich des Franchisegebers liegen – der Franchisenehmer hat kaum Einblick in die relevanten Unterlagen – bzw. die Ertragsfähigkeit vom Franchisenehmer als unternehmerischem Laien kaum exakt nachgewiesen werden

100 Vgl. dazu und zum Folgenden den Ehrenkodex des Schweizer Franchise-Verbandes bzw. den Europäischen Verhaltenskodex für Franchising, und *Stein-Wigger* (Fn. 4) 239 f. mit Hinweis auf die amerikanischen „disclosure laws“.

101 So der *Ehrenkodex des Schweizer Franchise Verbandes* Ziff. 3.1. und 3.3. (entspricht wörtlich dem Europäischen Verhaltenskodex für Franchising sowie dem Ethikkodex des Deutschen Franchise-Verbandes e.V.). Eine – in gewissen Bereichen kritisch zu würdigende – Liste über Umfang und Inhalt der Informationspflichten liefert das Merkblatt über „Vorvertragliche Aufklärungspflichten“ des Deutschen Franchise-Verbandes e.V.; vgl. auch *Flohr* (Fn. 40) 12 ff., und *Mohr* (Fn. 37) 57 ff.

102 U.a. gerade durch das Abschätzen (aufgrund vollständiger und richtiger Informationen) und das Tragen des unternehmerischen Risikos unterscheidet sich der Franchisenehmer vom unselbstständigen Arbeitnehmer; vgl. auch *Stein-Wigger* (Fn. 4) 240 f. mit Hinweisen; *Baudenbacher/Rommé* (Fn. 4) 6; *Flohr* (Fn. 40) 5 und 14; *Mohr* (Fn. 37) 58; anders *Schulthess* (Fn. 3) 185.

103 *Martinek* (Fn. 38) Franchising, S. 314, für das deutsche Recht.

104 Nach *Mohr* (Fn. 37) 59 f., kann ihm nämlich nicht zugemutet werden zu wissen, welche Auskünfte für den Franchisegeber erheblich sind.

kann<sup>105</sup> und da andererseits kaum eine genaue Abgrenzung zwischen Schadensberechnung und Kausalität möglich ist<sup>106</sup>, rechtfertigt sich eine Modifikation der Beweislastregeln<sup>107</sup>. Dem Franchisenehmer kann der (Kausalitäts-)Beweis durch *Zulassung von Anscheinsbeweisen* und *Vermutungen* (z.B. „Vermutung des aufklärungsgemäßen Verhaltens“) erleichtert werden<sup>108</sup>. Offen bleibt, ob das Bundesgericht hier ebenso weit gehen würde wie neuerdings im Arztrecht, wo es in gewissen Fällen sogar eine *Umkehr der Beweislast* anordnet<sup>109</sup>.

#### 5. Rechtsfolgen

##### a) Vorbemerkungen

Hat der Franchisegeber seine vorvertraglichen Aufklärungs- und Informationspflichten verletzt, so kann der Franchisenehmer ein Interesse entweder an einer Vertragsauflösung (evtl. verbunden mit Schadenersatz) oder an einer Anpassung (d.h. Herabsetzung) seiner Leistungspflichten haben.

In der schweizerischen Lehre findet sich als genereller Lösungsansatz folgende prägnante Feststellung: Werden Aufklärungspflichten verletzt, kann eine Haftung aus *culpa in contrahendo* vorliegen<sup>110</sup>. Unseres Erachtens sind die Rechtsfolgen jedoch

105 In vielen Fällen dürfte es dem Franchisenehmer gar nicht möglich sein, die erforderlichen Mittel für ein teures Sachverständigen-Gutachten über die Ertragsfähigkeit seines Betriebes aufzubringen, weshalb er faktisch zu einem für ihn ungünstigen Vergleich an Stelle eines Prozesses genötigt sein kann; so *Mohr* (Fn. 37) 58 Fn. 232 mit Nachweisen.

106 Vgl. *Wolfgang Wiegand*, Die Haftung der Kontrolleure, in: W. Wiegand (Hg.), *Berner Bankrechtstag*, Band 2, Konsequenzen aus der Krise, 1995, S. 93 ff. mit weiteren Nachweisen.

107 Zum Ganzen *Stein-Wigger* (Fn. 4) 241 f.; *BK-Weber* (Fn. 82) Art. 97 OR N 77 und 321 f., sowie ausführlich *Rainer Gonzenbach*, *Culpa in contrahendo* im schweizerischen Vertragsrecht, 1987, S. 151 ff., und generell *Sandro Abegglen*, Die Aufklärungspflichten in Dienstleistungsbeziehungen, insbesondere im Bankgeschäft, 1995, passim.

108 Dazu *BGE* 124 III 155 ff., 165 f.; 120 II 331 ff.; 119 II 249 ff. und 456 ff.; *Wolfgang Wiegand*, Ad hoc-Publizität und Schadenersatz, in: C.-A. Margelisch/C. Winzeler (Hg.), *Festschrift für Jean-Paul Chapuis*, 1998, S. 167; *ders.* (Fn. 106) 130; *ders.* (Fn. 46) Art. 97 N 36 sowie N 62; *Rainer Schumacher*, Die Haftung des Architekten für seine Kosteninformation, recht 1994, 126 ff., 133.

109 Bejaht in *BGE* 117 Ib 197 ff., 206 ff. für den Beweis der Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht, dazu *Wolfgang Wiegand*, in: H. Honsell (Hg.), *Handbuch des Arztrechts*, 1994, S. 184 ff. und 193 ff., sowie *ders.* (Fn. 46) Art. 97 N 36 und N 60 ff. Hingegen offen gelassen in *BGE* 124 III 166 bezüglich Vertrag über Handel mit Terminoptionen. Bei Annahme einer Beweislastumkehr sollte der Franchisegeber auch hier mutatis mutandis den Beweis führen dürfen, dass der Franchisenehmer den Franchisevertrag trotzdem so abgeschlossen hätte, wenn er richtig informiert worden wäre; vgl. zur „hypothetischen Einwilligung“ die Nachweise bei *OR-Wiegand* (Fn. 46) Art. 97 N 62. Für eine Umkehr der Beweislast wohl *Stein-Wigger* (Fn. 4) 241 f. mit Hinweis auf das amerikanische und deutsche Recht. Vgl. auch generell *Abegglen* (Fn. 107) 107 ff., und *Bernhard Studer*, Die Beweislastverteilung bei positiven Vertragsverletzungen, 1992, passim.

110 *Schulthess* (Fn. 3) 175; *Ebneter* (Fn. 4) 41; *Marsch* (Fn. 4) 31; *OR-Schluemp/Amstutz* (Fn. 4) Einl. vor Art. 184 ff. N 156 mit Hinweis auf *Gitter* (Fn. 77) 497 f.; ähnlich *Ingeborg Schwenzer*, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, 2000, Rz. 47.14; kritisch *Gonzenbach* (Fn. 107) 224 ff., sowie *ders.*, „Pacta sunt servanda“ oder neues Licht auf einem alten

differenzierter zu betrachten. Dabei ist zu unterscheiden, in welchem Zeitpunkt der Franchisenehmer bemerkt, dass der Franchisegeber die Aufklärungspflichten im vorvertraglichen Stadium verletzt hat: Der Franchisenehmer kann deren Verletzung entweder noch vor Vertragsabschluss (also im vorvertraglichen Stadium) oder aber nach Vertragsabschluss entdecken und geltend machen – und zwar im zweiten Fall entweder bevor oder nachdem mit dem Erbringen der typischen Hauptleistungen begonnen worden ist.

#### b) Geltendmachen noch vor Vertragsschluss

Hier ist vorauszuschicken, dass der an einer Franchise Interessierte selbstverständlich keinen Anspruch darauf hat, dass ein Franchise-Vertrag mit einem Franchisegeber effektiv zustande kommt. Wenn der Franchisegeber allerdings Vertragsverhandlungen mit einem Franchise-Aspiranten führt, es aber dann nicht zum Vertragsabschluss kommt, weil der Franchisegeber seine Aufklärungspflichten verletzt hat, dann liegt ein typischer Fall der *culpa in contrahendo* vor. Sofern der Franchisegeber nicht beweisen kann, dass ihn (oder seine Hilfspersonen<sup>111</sup>) kein Verschulden an der Aufklärungspflichtverletzung trifft, hat der Franchisenehmer gegen ihn einen Anspruch auf Ersatz des sog. Vertrauensschadens (negatives Interesse), er ist also grundsätzlich so zu stellen, wie wenn sich der Franchisegeber bei den Vertragsverhandlungen nach Treu und Glauben verhalten hätte<sup>112</sup>. Zu denken ist dabei primär an vermeidbare nutzlose Aufwendungen im Zusammenhang mit den Vertragsvorbereitungen sowie an allfälligen Schaden, der im Vertrauen auf den nicht zustande gekommenen Franchisevertrag durch Verzicht auf Abschluss eines anderen Vertrages entstanden ist<sup>113</sup>.

Wenn der Franchisegeber den Franchisenehmer absichtlich getäuscht hat, kann sich letzterer alternativ auch auf *Deliktsrecht* berufen (Art. 41 Abs. 1 OR)<sup>114</sup>. Vor allem wegen der Beweislast für das Verschulden des Franchisegebers und den kürzeren Verjährungsfristen ist ihm indessen in der Regel von einem solchen Vorgehen abzuraten.

Grundsatz – Notizen zu einem Konsumentenschutzproblem, ZSR 106 (1987) 1. Halbband, 435 ff., 448 f., und (unklar) *Stein-Wigger* (Fn. 4) 242 mit Hinweis auf *BK-Kramer* (Fn. 89) Bd. VI/1/2/1a, 1991, Art. 22 OR N 44.

111 Illustrativ zur Anwendung der vertraglichen Hilfspersonenhaftung i.S.v. Art. 101 OR im Zusammenhang mit der culpa in contrahendo *BGE* 108 II 419 ff. (bezügl. Restaurantmiete).

112 Vgl. statt vieler *OR-Wiegand* (Fn. 46) Einl. zu Art. 97–109 N 10. Weil keine Vertragspartei einen Anspruch darauf hat, dass die Gegenpartei begonnene Verhandlungen nicht abbricht bzw. dass ein Vertrag zustande kommt, hat jeder Vertragspartner das Risiko sowie die Kosten seiner Vertragsverhandlungen selber zu tragen, solange sich die Gegenpartei nach Treu und Glauben verhält, also u.a. auch ihren Verhaltens-/Aufklärungspflichten nachkommt (*BGE* 105 II 79 f.).

113 Vgl. *OR-Wiegand* (Fn. 46) Art. 109 N 9. Die Beweislast sowohl für den Bestand wie auch für den Umfang des Schadens trägt der Franchisenehmer. Dabei ist zu beachten, dass der enttäuschte Franchisenehmer nicht Anspruch auf Ersatz sämtlicher Kosten im Zusammenhang mit den Vertragsverhandlungen hat, sondern nur auf diejenigen, die bei korrektem Verhalten des Franchisegebers nicht angefallen wären; exemplarisch *BGE* 105 II 75 ff., insbesondere 81 f. (bezüglich Finanzierung von Mietverträgen).

114 Vgl. dazu sogleich unten Punkt III.5.c)aa).

#### c) Geltendmachen nach Vertragsschluss, aber noch vor Leistungsbeginn

Falls der Franchisenehmer die Verletzung der Aufklärungspflichten *nach* Vertragsschluss, aber *vor* Erbringen der typischen Hauptleistungen entdeckt, stehen ihm verschiedene Rechtsbehelfe zur Verfügung:

aa) In aller Regel wird sich der Franchisenehmer auf einen Willensmangel berufen können, wobei der *Grundlagenirrtum* im Vordergrund steht<sup>115</sup>. Der Franchisenehmer hat hier zwar seinen Willen so erklärt, wie er ihn gebildet hat<sup>116</sup>, ist aber bei der Willensbildung einem Irrtum unterlegen, weshalb man auch von einem „qualifizierten Motivirrtum“ spricht. Voraussetzung dazu ist, dass der Sachverhalt<sup>117</sup>, auf den sich die falsche oder fehlende Vorstellung des Irrenden bezieht, objektiv<sup>118</sup> und subjektiv<sup>119</sup> wesentlich ist und letzteres – zumindest nach einem Teil der Lehre – für den Vertragspartner auch erkennbar<sup>120</sup> war. Ein Grundlagenirrtum könnte z.B. vorliegen bei zu erwartenden Mindereinnahmen infolge fehlerhafter Aufklärung über das Franchisekonzept per se bzw. dessen Tauglichkeit oder über die Anforderungen an den Franchisenehmer. Nicht ausreichen würden hingegen bloße Hoffnungen bzw. übertriebene Gewinnerwartungen des Franchisenehmers, sofern das Konzept an sich funktioniert und ein bestimmter Gewinn nicht vom Franchisegeber als praktisch sicher in Aussicht gestellt bzw. „garantiert“ worden ist<sup>121</sup>.

Wenn der Franchisegeber den Franchisenehmer *bewusst* falsch oder gar nicht informiert hat, kommt neben Grundlagenirrtum auch die Berufung auf *absichtliche Täuschung* i.S.v. Art. 28 OR als Rechtsbehelf in Betracht<sup>122</sup>.

115 Art. 24 Abs. 1 OR: „Der Irrtum ist namentlich in folgenden Fällen ein wesentlicher: ... [Ziff. 4] wenn der Irrtum einen bestimmten Sachverhalt betraf, der vom Irrenden nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als eine notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet wurde“. Vgl. zum Grundlagenirrtum beim Franchising auch *de Haller* (Fn. 4) 74 f.

116 Es liegt also kein Erklärungsirrtum i.S.v. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1–3 OR vor.

117 Dabei kann es sich um einen vergangenen oder gegenwärtigen Sachverhalt handeln, umstritten ist die Behandlung zukünftiger Sachverhalte; dazu Näheres bei *Gauch/Schluemp/Schmid* (Fn. 53) N 795 ff.; *OR-Ingeborg Schwenzer*, in: H. Honsell/N. P. Vogt/W. Wiegand (Hg.), *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I*, 2. Auflage, 1996, Art. 24 N 17 ff., sowie ausführlich *BK-Bruno Schmidlin*, in: Berner Kommentar, *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Bd. VI/1/2/1b, 1995, Art. 23/24 OR N 192 ff.

118 D.h. nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr durfte der Irrende den Umstand als eine notwendige Vertragsgrundlage betrachten; dazu *OR-Schwenzer* (Fn. 117) Art. 24 N 22; *dies.* (Fn. 110) Rz. 37.26; *Gauch/Schluemp/Schmid* (Fn. 53) N 775 ff.

119 Im Bewusstsein des wahren Sachverhalts hätte der Irrende den Vertrag so nicht geschlossen; d.h. die Sachlage, auf die sich die irrende Vorstellung bezieht, war für den Irrenden eine *condicio sine qua non* für seine Willensbildung; vgl. *OR-Schwenzer* (Fn. 117) Art. 24 N 21; *dies.* (Fn. 110) Rz. 37.24 f.; *Gauch/Schluemp/Schmid* (Fn. 53) N 775 ff.

120 Der Vertragspartner musste erkennen können, dass der Erklärende dem Umstand eine so hohe Bedeutung zumisst; *OR-Schwenzer* (Fn. 117) Art. 24 N 23; *dies.* (Fn. 110) Rz. 37.27; *Gauch/Schluemp/Schmid* (Fn. 53) N 775 ff.

121 *BGE* 118 II 300 mit weiteren Nachweisen (betr. Kaufrecht an Namenaktien).

122 Für die absichtliche Täuschung trägt der Franchisenehmer die Beweislast; *OR-Schwenzer* (Fn. 117) Art. 28 N 26. Vgl. auch *de Haller* (Fn. 4) 68 ff.

Beruft sich der Franchisenehmer auf seinen Willensmangel (Irrtum oder Täuschung), führt dies zu einer ex tunc wirkenden *Unverbindlichkeit* des Franchisevertrages<sup>123</sup>: Die Erfüllung aller noch nicht erbrachten Leistungen kann verweigert werden, allenfalls bereits erbrachte (Neben-)Leistungen<sup>124</sup> können mittels Vindikation (bei Sachleistungen) oder aus ungerechtfertigter Bereicherung zurückverlangt werden. Für die Geltendmachung des Willensmangels ist die einjährige Verwirklichungsfrist von Art. 31 OR zu beachten. Als Besonderheit steht dem Franchisenehmer im Falle einer absichtlichen Täuschung auch die Möglichkeit offen, den Vertrag zu genehmigen und trotzdem einen Anspruch auf Schadenersatz geltend zu machen<sup>125</sup>.

Für den Franchisenehmer hat das Geltendmachen von Willensmängeln jedoch einen entscheidenden Nachteil: Weder beim Irrtum noch bei der Täuschung existiert im Gesetz eine selbständige Haftungsgrundlage, auf die ein Schadenersatzanspruch gestützt werden könnte<sup>126</sup>. Der Franchisenehmer ist hier vielmehr auf das *Deliktsrecht* verwiesen<sup>127</sup>, welches ihm bloß im Falle einer absichtlichen Täuschung nützlich ist: Denn nur wenn der Franchisegeber eine Sondernorm, die den Schutz des Vermögens bezweckt<sup>128</sup>, verletzt hat, kann der Franchisenehmer seinen Schadenersatzanspruch auf die Generalklausel von Art. 41 Abs. 1 OR<sup>129</sup> stützen. Dabei ist zu beachten, dass der Nachweis sämtlicher Tatbestandsvoraussetzungen, also v.a. der Widerrechtlichkeit und des Verschuldens bzw. sogar der Absicht, dem getäuschten Franchisenehmer obliegt. Anstatt auf Deliktsrecht stützt er seinen Schadenersatzanspruch deshalb vorteilhafter auf *culpa in contrahendo*<sup>130</sup>: Diesfalls erhält er Ersatz des Vertrauensschadens<sup>131</sup> und, wo es der Billigkeit entspricht, auch des weiteren Schadens<sup>132</sup>.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Franchisenehmer mit Berufung auf Willensmängel den unliebsamen Franchisevertrag zwar relativ elegant beseitigen kann, auf dem Weg zu Schadenersatz jedoch – sofern er dem Franchisegeber nicht eine *absichtliche* Täuschung nachweisen kann – einige Hürden zu überwinden hat.

123 Und zwar unabhängig davon, ob man wie ein Teil der Lehre sowie das Bundesgericht der sog. Ungültigkeitstheorie oder aber wie ein anderer Teil der Lehre der Anfechtungstheorie folgt; vgl. zu diesem Theorienstreit sowie den (geringen) praktischen Folgen z.B. *Gauch/Schluemp/Schmid* (Fn. 53) N 888 ff. Die ex tunc-Wirkung erscheint hier übrigens trotz formellen Vorliegens eines Dauerschuldverhältnisses angemessen, weil in der hier behandelten Fallgruppe mit dem Erbringen der Hauptleistungen eben gerade noch nicht begonnen worden ist; vgl. dazu unten Punkt III.5.d).

124 So z.B. im voraus übergebene Unterlagen oder geleistete Anzahlungen.

125 Art. 31 Abs. 3 OR.

126 Er setzt sich sogar umgekehrt der Gefahr aus, wegen fahrlässigen Irrtums selber schadenersatzpflichtig zu werden (Art. 26 OR).

127 *BGE* 66 II 159 f.; *OR-Schwenzer* (Fn. 117) Art. 31 N 23.

128 Also z.B. Art. 28, nicht aber Art. 24 OR.

129 Art. 41 Abs. 1 OR: „Wer einem andern widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird ihm zum Ersatze verpflichtet“.

130 Vgl. *BGE* 108 II 419 ff.; *Gauch/Schluemp/Schmid* (Fn. 53) N 870 f.; *Eugen Bucher*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Auflage, 1988, S. 222; *OR-Schwenzer* (Fn. 117) Art. 31 N 23.

131 *Gauch/Schluemp/Schmid* (Fn. 53) N 870, und *Bucher* (Fn. 130) 223.

132 Art. 26 Abs. 2 OR analog; so *Gauch/Schluemp/Schmid* (Fn. 53) N 870 mit Nachweisen; a.A. *Bucher* (Fn. 130) 223.

bb) Dem Franchisenehmer steht die Alternative zu, sich auf das *Leistungsstörungsrecht* (Art. 97 ff. OR) zu berufen. Denn wie oben gezeigt<sup>133</sup>, hat der Franchisegeber mit dem Verstoß gegen Aufklärungspflichten in der vorvertraglichen Phase Loyalitäts-/Verhaltenspflichten aus dem Franchisevertrag verletzt, wobei es keine Rolle spielen darf, zu welchem Zeitpunkt die Pflichtverletzung stattfand. Auch hier liegt ein Anwendungsfall der culpa in contrahendo vor. Im Gegensatz zur vorstehend<sup>134</sup> geschilderten Tatbestandsvariante ist hier der Vertrag aber gültig zustande gekommen. Aus diesem Grund ist diese Aufklärungspflichtverletzung gleich zu behandeln wie eine gewöhnliche „nicht gehörige Erfüllung“ (positive Vertragsverletzung) i.S.v. Art. 97 Abs. 1 OR:

Je nach konkreter Fallkonstellation ist es möglich, dass der Franchisenehmer seinen Betrieb weiterführen will, aber einen Ausgleich für seine enttäuschten Erwartungen fordert. Aufgrund der nicht gehörigen Erfüllung kann sich eine *Anpassung der zu erbringenden Leistungen* rechtfertigen, die von einem Verschulden des Franchisegebers unabhängig ist. So ist je nach hypothetischem Parteiwillen z.B. denkbar, dass die Einstiegsgebühr bzw. die laufenden Franchisegebühren oder Bezugsverpflichtungen angemessen herabgesetzt (gemindert) werden oder dass Ladenöffnungszeiten angepasst werden etc. Bei Verschulden des Franchisegebers steht dem Franchisenehmer grundsätzlich sogar ein vertraglicher Schadenersatzanspruch zu<sup>135</sup>; er ist also so zu stellen, wie er stünde, wenn er richtig aufgeklärt worden wäre.

Ist der Vertrauensverlust aufgrund einer schwerwiegenden Aufklärungspflichtverletzung groß, kann der Franchisenehmer an einer Vertragsauflösung interessiert sein: Aus dem Umstand, dass das OR für mehrere Dauerverträge neben der ordentlichen Kündigung auch eine verschuldensunabhängige *außerordentliche Kündigung* aus wichtigem Grund vorsieht<sup>136</sup>, wird der allgemein gültige Grundsatz hergeleitet, dass jedes Dauerschuldverhältnis – also auch ein Franchisevertrag – *aus wichtigem Grund* (z.B. wegen gravierender Verletzung von Verhaltenspflichten) jederzeit gekündigt werden kann<sup>137</sup>: Die Kündigung als aufhebendes Gestaltungsrecht führt zur Auflösung des Dauervertrages mit Wirkung ex nunc. Dabei wird wohl das Gericht der verletzten Partei unter Würdigung aller Umstände nach seinem Ermessen einen *Schadenersatzanspruch* zuerkennen können<sup>138</sup>.

Als weitere Alternative befürwortet die neuere Lehre abweichend vom Gesetzeswortlaut von Art. 97 OR zusätzlich ein *Rücktrittsrecht* i.S.v. Art. 107/109 OR, dies jedoch nur, wenn gravierende Pflichten verletzt worden sind<sup>139</sup>: Wenn also der Franchisegeber durch die Verletzung seiner Aufklärungs-/Informationspflichten das Ver-

133 Vgl. oben Punkt III.3.

134 Punkt III.5.b).

135 Dazu generell *OR-Wiegand* (Fn. 46) Art. 97 N 46 ff.

136 So z.B. im Miet-, Pacht-, Arbeitsvertrags-, Agenturrecht und bei der einfachen Gesellschaft (Art. 266g, 297, 337, 337a, 418r und 545 Abs. 2 OR); vgl. *Bucher* (Fn. 130) 384 Fn. 230, und *Schwenzer* (Fn. 110) Rz. 3.27.

137 *Peter Gauch*, System der Beendigung von Dauerverträgen, 1968, S. 186 ff.; *Schwenzer* (Fn. 110) Rz. 3.27.

138 In analoger Anwendung von Miet- (Art. 266g Abs. 2 OR), Pacht- (Art. 297 Abs. 2 OR) bzw. Arbeitsrecht (Art. 337b OR); vgl. schon *Gauch* (Fn. 137) 227 ff.

139 *OR-Wiegand* (Fn. 46) Art. 97 N 58.

trauensverhältnis so stark erschüttert hat, dass dem Franchisenehmer eine Weiterführung des Vertrages nicht mehr zumutbar ist, kann dieser vom Vertrag zurücktreten<sup>140</sup>. Dieser Vertragsauflösungsanspruch steht ihm unabhängig vom Verschulden des Franchisegebers zu. Noch nicht erfüllte Forderungen erlöschen, bereits erbrachte Leistungen können gemäß der Umwandlungstheorie im Rahmen eines vertraglichen Abwicklungs- oder Liquidationsverhältnisses zurückgefordert werden<sup>141</sup>. Wenn dem Franchisegeber die Exkulpation nicht gelingt, kann der Franchisenehmer den aus dem Dahinfallen des Vertrages entstehenden *Vertrauensschaden* (negatives Interesse) geltend machen<sup>142</sup>.

#### d) Geltendmachen nach Vertragsschluss und nach Leistungsbeginn

Für den Fall, dass der Franchisegeber Aufklärungspflichten verletzt hat, die Parteien aber bereits mit dem *Erbringen der typischen Hauptleistung begonnen* haben, stehen dem Franchisenehmer ebenfalls die genannten alternativen Anspruchsgrundlagen zu, wobei sich die Rechtsfolgen nur in wenigen Punkten unterscheiden:

aa) Bei *Irrtum* oder *Täuschung* kann sich der Franchisenehmer auch hier auf seinen Willensmangel berufen, was zur Unverbindlichkeit des Franchisevertrages führt. Im Unterschied zur soeben abgehandelten Fallvariante<sup>143</sup> erachtet die wohl h.L. bei Dauerschuldverhältnissen nach Leistungsbeginn eine *ex tunc* wirkende Unverbindlichkeit indessen als unangemessen<sup>144</sup> und geht stattdessen von *ex nunc*-Wirkungen aus<sup>145</sup>. Bis zur erfolgten Aufhebung bereits erbrachte Leistungen sind als rechtswirksam zu behandeln, die Erfüllung zukünftiger Leistungen kann hingegen verweigert werden. Nur bei absichtlicher Täuschung ist die alternative Vorgehensweise des Franchisenehmers (Genehmigung des Vertrages kombiniert mit Schadenersatzanspruch) zulässig. Für allfällige Schadenersatzansprüche ergeben sich dieselben Probleme wie oben<sup>146</sup>.

bb) Alternativ kann der Franchisenehmer auch hier entweder die Leistungen *anpassen* oder wegen positiver Vertragsverletzung i.S.v. Art. 97 OR einen Anspruch auf

140 OR-Wiegand (Fn. 46) Art. 97 N 58 mit weiteren Nachweisen.

141 BGE 114 II 152 ff., 157; vgl. dazu etwa Peter Gauch, Wirkungen des Rücktritts und Verjährung des Rückforderungsanspruchs bei Schuldnerverzug, Urteilsanmerkung zu BGE 114 II 152 ff., recht 1989, 122 ff.; Gauch/Schluemp/Rey (Fn. 53) N 3084 ff.; Rolf H. Weber, Vertragsaufhebung bei Leistungsstörungen – Rechtsnatur und Rechtsfolgen, ZBJV 1991 634 ff.; OR-Wiegand (Fn. 46) Art. 109 N 4 ff.

142 Art. 109 Abs. 2 OR.

143 Oben Punkt III.5.c).

144 Zumindest sofern weder Täuschung noch Drohung vorliegen, so Mohr (Fn. 37) 62 f.

145 Gauch/Schluemp/Schmid (Fn. 53) N 942 ff. mit Nachweisen, verweisen auf Art. 25 Abs. 1 OR, wonach die Berufung auf Irrtum unstatthaft ist, wenn sie Treu und Glauben widerspricht, bzw. allgemein auf das faktische Vertragsverhältnis. Schwenzler hingegen verallgemeinert Art. 320 Abs. 3 OR (faktisches Arbeitsvertragsverhältnis), so dass bei Dauerverträgen die Unverbindlichkeit in ihrer Wirkung generell auf die Zukunft zu beschränken sei (Schwenzler [Fn. 110] Rz. 3.28, sowie dies. [Fn. 117] Vorbem. Art. 23–31 N 7 mit weiteren Nachweisen).

146 Punkt III.5.c)aa).

Schadenersatz geltend machen<sup>147</sup>. Wie oben<sup>148</sup> steht ihm zudem gegebenenfalls eine *außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund* zu.

Schließlich ist auch hier die oben<sup>149</sup> bereits erwähnte Möglichkeit des Vertragsrücktritts zu prüfen, sofern das Vertrauensverhältnis aufgrund einer gravierenden Pflichtverletzung so gestört ist, dass eine Fortsetzung des Vertrages nicht mehr zumutbar erscheint. Da hier im Unterschied zu oben jedoch mit dem Erbringen der Hauptleistungen bereits begonnen worden ist und somit der besondere Charakter des Dauerschuldverhältnisses zum Tragen gekommen ist, vertritt die h.L. die Ansicht, dass die *Vertragsauflösung* nur mit Wirkung für die Zukunft möglich sei<sup>150</sup>. Wenn sich der Franchisegeber nicht exkulpieren kann, steht dem Franchisenehmer daneben auch ein Anspruch auf Ersatz des *Vertrauensschadens* zu. Die Unterschiede dieser Variante (Vertragsauflösung) sind im Vergleich zu der im vorherigen Absatz geschilderten Variante (außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund) höchstens graduell.

## IV. Durchführung des Vertrages, insbesondere Schutz des Franchisenehmers

### 1. Überblick über die Rechte und Pflichten der Parteien sowie die Durchführung des Vertrages

Da es beim Franchisevertrag nicht eine typische Haupt- und eine typische Gegenleistung gibt, sondern beide Parteien mehrere verschiedene Leistungen zu erbringen haben, die erst zusammen das Franchising ausmachen, und da diese Leistungen in jedem Franchisesystem unterschiedlich ausgestaltet und gewichtet werden<sup>151</sup>, ist es im vorliegenden Rahmen unmöglich, eine komplette und zuverlässige Aufstellung der Rechte und Pflichten der Parteien zu machen. Die häufigsten (und somit auch typischen) Rechte und Pflichten ergeben sich im Ansatz schon aus den Definitionen des Franchising<sup>152</sup>. Da es bezüglich Vertragsinhalt wohl kaum schweizerische Besonderheiten zu beachten gilt, unterscheiden sich die Rechte und Pflichten in Franchiseverträgen nur unerheblich von denjenigen in anderen Ländern<sup>153</sup>. Eine systema-

147 Punkt III.5.c)bb).

148 Punkt III.5.c)bb).

149 Punkt III.5.c)bb).

150 Es handelt sich somit nicht um einen Rücktritt, sondern um eine Kündigung. Vgl. auch BGE 97 II 65 f. (= Pra 1971 450); BGE 78 II 37 (= Pra 1952 124); Gauch (Fn. 137) 212; Gauch/Schluemp/Schmid bzw. Gauch/Schluemp/Rey (Fn. 53) N 942 und n 3090; OR-Wiegand (Fn. 46) Art. 109 N 10; BK-Weber (Fn. 82) Art. 107 OR N 236 und Art. 109 OR N 17, alle mit weiteren Nachweisen; Bucher (Fn. 130) 384 und 391 mit Hinweisen zur Terminologie.

151 Engel/Thévenaz (Fn. 4) 76.

152 Vgl. dazu oben Punkt II.1.

153 Stein-Wigger (Fn. 4) 52 f., hält fest, dass „die Vertragspraxis in der Schweiz weitestgehend derjenigen in Deutschland“ entspreche, weil viele der in der Schweiz vertretenen Systeme international tätig sind und weil aufgrund der vergleichbaren rechtlichen Rahmenbedingungen in beiden Ländern oft nahezu übereinstimmende Vertragsvorlagen verwendet werden. Zudem tragen die in Deutschland veröffentlichten Original- und Musterverträge zu einer gewissen Vereinheitlichung der Vertragspraxis auch in der Schweiz bei.

tische Einteilung ist beispielsweise möglich in Rechte und Pflichten des Franchisenehmers und des Franchisegebers<sup>154</sup> oder in solche lizenzähnlicher<sup>155</sup>, auftragsähnlicher<sup>156</sup> und anderer<sup>157</sup> Art<sup>158</sup>. Bei der vertraglichen Ausgestaltung der Rechte und Pflichten zeigen sich das Machtgefälle zwischen den beiden Parteien und die Ambivalenz des Franchising besonders deutlich: Der Franchisenehmer untersteht einerseits den Weisungen und der Kontrolle des Franchisegebers, da er in das System eingebunden ist, andererseits muss er aber das ganze geschäftliche Risiko tragen, da er zumindest rechtlich (wenn auch nicht wirtschaftlich) selbständig ist.

Kommt es während der Dauer des Franchiseverhältnisses zu Problemen bezüglich der Vertragsdurchführung<sup>159</sup>, ohne dass der Vertrag entsprechende Regeln enthält, sind die Parteien i.d.R. auf die Normen des *allgemeinen Teils des OR* verwiesen<sup>160</sup>: Im Vordergrund stehen Art. 97 (verschuldete nachträgliche Unmöglichkeit sowie nichtgehörige Erfüllung/positive Vertragsverletzung), Art. 119 (unverschuldete nachträgliche Unmöglichkeit), Art. 102 ff. (Schuldnerverzug) und Art. 91 ff. OR (Gläubigerverzug)<sup>161</sup>. In gewissen Einzelfällen kann sich – wie oben einlässlich dargestellt<sup>162</sup> – auch die Anwendung *speziellen Typenrechts* aufdrängen.

Losgelöst von diesen allgemeinen Schwierigkeiten, die sich bei den meisten Vertragstypen ergeben können, verdient beim Franchising ein Problembereich besondere Aufmerksamkeit: das bereits mehrfach erwähnte<sup>163</sup> *Schutzdefizit* des Franchisenehmers – insbesondere im Zusammenhang mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) sowie unter dem Gesichtspunkt der übermäßigen sittenwidrigen Bindung.

154 So z.B. *Schluemp* (Fn. 4) 855 f.; *Engel* (Fn. 25) 793 f.; *Engel/Thévenaz* (Fn. 4) 82 ff.

155 Z.B. Pflichten des Franchisenehmers: Bezahlung der Eintrittsgebühr und der laufenden Gebühren, Benützung der überlassenen Rechte, Abrechnungspflicht, Geheimhaltungspflicht etc.; Pflichten des Franchisegebers: Einräumung der Nutzungsbefugnis, Erhaltung und Verteidigung der Schutzrechte, Gewährleistung und Weiterentwicklung des ganzen Systemkonzepts etc. (so *OR-Schluemp/Amstutz* (Fn. 4) Einl. vor Art. 184 ff. N 160 und 157).

156 Pflichten des Franchisenehmers: Absatzförderung, Befolgen und Dulden von Weisungen und Kontrollen, Treue- und Interessenwahrung etc.; Pflichten des Franchisegebers: Erteilen von Weisungen, Erbringen von Dienstleistungen, Durchführung von Kontrollen, Treue- und Interessenwahrung etc. (so *OR-Schluemp/Amstutz* [Fn. 4] Einl. vor Art. 184 ff. N 161 und 158).

157 Pflichten des Franchisenehmers: Dulden von Bezugs-, Kunden-, Gebiets-, Preisbindungen etc.; Pflichten des Franchisegebers: Gewährleisten des Gebietsschutzes etc. (so *OR-Schluemp/Amstutz* [Fn. 4] Einl. vor Art. 184 ff. N 162 und 159).

158 Vgl. dazu etwa die kurzen Zusammenstellungen bei *OR-Schluemp/Amstutz* (Fn. 4) Einl. vor Art. 184 ff. N 157 ff., *Marsch* (Fn. 4) 19 ff., und *Baudenbacher* (Fn. 2) 377 ff., sowie ausführlicher *Schulthess* (Fn. 3) 89 ff. und 176 ff.; *Wildhaber* (Fn. 2) 58 ff.; *Ebnetter* (Fn. 4) 75 ff. und 109 ff.

159 Nebenbei: Die *Beendigung* des Franchisevertrags ist nicht Thema der vorliegenden Arbeit; vgl. zu diesem Problembereich etwa die Übersicht bei *OR-Schluemp/Amstutz* (Fn. 4) Einl. vor Art. 184 N 169 ff., sowie ausführlich *Stein-Wigger* (Fn. 4) passim, mit umfassenden Nachweisen.

160 *OR-Schluemp/Amstutz* (Fn. 4) Einl. vor Art. 184 N 163; *Engel/Thévenaz* (Fn. 4) 84.

161 Vgl. zu diesen Rechtsinstitutionen generell die Lehrbücher (z.B. *Gauch/Schluemp/Rey* [Fn. 53], *Bucher* [Fn. 130], *Schwenzler* [Fn. 110]) bzw. die Kommentare zum allgemeinen Teil des Obligationenrechts, sowie insbesondere zu einigen Besonderheiten beim Franchising *OR-Schluemp/Amstutz* (Fn. 4) Einl. vor Art. 184 N 163 ff., und *Marsch* (Fn. 4) 32 f.

162 Oben Punkt II.4.d).

163 Vgl. oben die Punkte II.2.b) und III.1. und 2.a).

## 2. Problematik der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

### a) Ziel und Problematik der vorformulierten Vertragsbedingungen

Die Zentralisierung, der vereinheitlichte Marktauftritt sowie die standardisierte Leistungserbringung stellen den wesentlichen Kern jedes Franchise-Konzepts als Massendistributionsform dar<sup>164</sup>. Diesem Ziel dienen – neben den Weisungs- und Kontrollbefugnissen des Franchisegebers<sup>165</sup> – auch straff und konsequent verwendete *Formular- bzw. Standardverträge*<sup>166</sup>. Im Gegensatz zu vielen anderen Vertragsverhältnissen dienen die AGB beim Franchising – genau genommen liegen hier meist *vorformulierte Vertragsbedingungen* vor<sup>167</sup> – nicht nur dem marktmächtigeren Franchisegeber, Vertragsrisiken einseitig auf die Gegenpartei zu verschieben („Diktat-Zweck“<sup>168</sup>): Neben ihm profitiert auch der jeweilige Franchisenehmer von den vereinheitlichten AGB, denn einerseits werden die Vertragsverhandlungen vereinfacht und verkürzt<sup>169</sup> und andererseits vermitteln ihm die sehr detaillierten Vorschriften und Vorgaben im Formularvertrag sowie in den dazu gehörenden Unterlagen (Betriebshandbüchern etc.) das gewünschte Know-how des Franchisegebers<sup>170</sup>. Ebenso profitieren schließlich alle übrigen Mitglieder des Franchisesystems von der konsequenten und streng vereinheitlichten Regelung, Durchsetzung und Kontrolle des ganzen Konzepts, da die Reputation des ganzen Systems auch vom Image jedes einzelnen Franchisenehmers abhängt und es folglich jedes systemschädigende „free riding“ zu verhindern gilt<sup>171</sup>. Neben besseren Übersichts-, Kontroll- und Weisungsmöglichkeiten des Franchisegebers dient die Standardisierung auch der angestrebten Chancengleichheit aller Systempartner<sup>172</sup>. Erst diese Einheitlichkeit des Marktauftrittes – die „corporate identity“ – macht die typische Natur des Franchising aus<sup>173</sup>.

Dieses von allen Parteien mehr oder weniger verfolgte Ziel der konsequent vereinheitlichten AGB ist mit den entgegenstehenden Interessen an ausgewogenen (und

164 *Stein-Wigger* (Fn. 4) 35 f.

165 Vgl. dazu oben Punkt II.2.b) sowie ausführlich *Stein-Wigger* (Fn. 4) 23 ff.

166 *Wildhaber* (Fn. 2) 87; *Gauch/Schluemp/Schmid* (Fn. 53) N 1129.

167 Da die im Folgenden angestellten Überlegungen sowohl für AGB im eigentlichen Sinn als auch für vorformulierte Vertragsbedingungen gelten, wird generell von AGB (als Überbegriff) gesprochen. Vgl. speziell zur Terminologie *Ebnetter* (Fn. 4) 29 ff. mit Hinweis auch auf das deutsche Recht.

168 *Gauch/Schluemp/Schmid* (Fn. 53) N 1121.

169 Zur Rationalisierungsfunktion der AGB vgl. *Ebnetter* (Fn. 4) 29 Fn. 6 mit weiteren Hinweisen.

170 Der Franchisenehmer ist sehr daran interessiert, dieses Absatzkonzept als „schlüsselfertige Existenzgrundlage“ zu übernehmen, da es in der vorliegenden Form erprobt und erfolgswahrscheinlich ist; vgl. *Bellone* (Fn. 79) 10 und 15.

171 Als „free rider“ („Schwarz-“ oder „Trittbrettfahrer“) wird ein Franchisenehmer bezeichnet, der durch Nichteinhalten des geforderten Qualitätsstandards seine eigenen Betriebskosten senkt und die negativen Konsequenzen des Reputationsverlusts des ganzen Systems auf seine „Franchisenehmer-Kollegen“ überwälzen kann; dazu sowie zu Lösungsansätzen und Sanktionen *Stein-Wigger* (Fn. 4) 57 ff. mit weiteren Hinweisen. Speziell zur Verletzbarkeit des Franchisegebers vgl. *Wang* (Fn. 4) 359 ff.

172 *Gitter* (Fn. 77) 485 mit Hinweisen.

173 *Bellone* (Fn. 79) 10 und 15; vgl. auch *Wang* (Fn. 4) 345 f.

wenn möglich sogar individuell ausgehandelten) Vertragsbedingungen unter ein Dach zu bringen. Über den Grundsatz, dass Vereinheitlichung bestehen muss, herrscht unter allen Systemmitgliedern Einigkeit. Nur bei der konkreten Ausgestaltung dieser Uniformität zeigen sich die Differenzen: Viele Franchisegeber – meist mit einer gewissen Marktmacht, finanziellem Übergewicht sowie Erfahrung ausgestattete Gesellschaften – lassen dem Franchisenehmer – als kleinem Unternehmer, der sich mit dem Einsatz oft seiner ganzen persönlichen und finanziellen Ressourcen beruflich selbständig machen will – bei der Vertragsgestaltung keinen Verhandlungsspielraum: „take it or leave it“ lautet die übliche Kurzformel<sup>174</sup>. Zudem ist der Franchisenehmer oft trotz umfassender Aufklärung<sup>175</sup> kaum in der Lage, sich gestützt auf die meist sehr umfassenden Vertragsunterlagen/Handbücher ein zuverlässiges Bild über seine zukünftige Position als Systemmitglied zu machen<sup>176</sup>. Naturgemäß führen diese ungleich verteilten Interessen- und Machtverhältnisse vor und bei Vertragsschluss zu einer Risikoverschiebung zu Ungunsten des Franchisenehmers<sup>177</sup>, so dass dem von den Parteien vereinbarten – d.h. vom Franchisegeber diktierten – Vertragsinhalt keine Richtigkeitsgewähr aufgrund ausgewogener Vertragsverhandlungen zukommen kann<sup>178</sup>. Die Formularverträge sollten deshalb im Einzelfall einer strengen richterlichen Kontrolle unterliegen.

#### b) Vorformulierte Hauptleistungspflichten

Zunächst gilt es, eine Besonderheit des Franchiserechts zu beachten: Während AGB in den allermeisten Fällen (neben ihrem Diktat-Zweck) primär dazu dienen, durch umfassende Regelung aller im Vertrag nicht separat ausgehandelten Nebenspunkte den Vertragsabschluss zu rationalisieren – die Parteien können sich auf die Hauptpunkte konzentrieren, da die Nebenspunkte schon geregelt sind –, ist es bei gewissen Formularverträgen wie z.B. dem Franchising anders: Hier besteht die Hauptleistung insbesondere einer Partei (des Franchisegebers) nicht wie bei anderen Verträgen (z.B. Kauf, Miete, Werkvertrag etc.) aus einer klar definierbaren und abgegrenzten Leistung, sondern aus einem Bündel von einzelnen Leistungen<sup>179</sup>, die erst in ihrer Gesamtheit die Hauptleistung ausmachen. Einige wenige dieser Hauptleistungspunkte (essentialia negotii) werden zwischen den Franchise-Parteien individuell ausgehandelt (z.B. die Vereinbarung des Standortes des neuen Franchise-Betriebs), die Mehrheit von ihnen wird jedoch schon von Anfang an im Formularvertrag vorbestimmt sein (so z.B. die Weisungs- und Kontrollrechte des Franchisegebers). Aufgrund des Prinzips der Privatautonomie und der inhaltlichen Gestaltungsfreiheit begegnen Lehre und Rechtsprechung der Inhaltskontrolle von Vereinbarungen im ver-

traglichen Kernbereich grundsätzlich mit großer Zurückhaltung<sup>180</sup>. Weil viele dieser essentialia negotii jedoch beim Franchising nicht von den Parteien individuell ausgehandelt, sondern einseitig vom Franchisegeber vorformuliert und vom Franchisenehmer nur nolens volens global akzeptiert werden, kann kaum angezweifelt werden, dass auch sie der allgemeinen richterlichen AGB-Kontrolle unterliegen müssen<sup>181</sup>. Dabei dürfte der Vertragszweck als Referenzmaßstab dienen<sup>182</sup>.

#### c) AGB-Kontrolle

aa) Während bis anhin kaum nennenswerte Besonderheiten des schweizerischen Franchiserechts auszumachen waren, gibt es bezüglich AGB-Kontrolle größere (zumindest dogmatische) Differenzen gegenüber anderen europäischen Ländern<sup>183</sup>: Im Gegensatz zu zahlreichen anderen Rechtsordnungen kennt das schweizerische Recht kein spezielles AGB-Gesetz<sup>184</sup> und kaum besondere gesetzliche AGB-Bestimmungen<sup>185</sup>. Daher war und ist es die Aufgabe von Lehre und Rechtsprechung, Lösungen für diesen Problemkomplex zu finden.

bb) In Anlehnung an das deutsche Recht wird auch in der schweizerischen Lehre – kurz zusammengefasst – folgendes methodische Vorgehen postuliert: Als erstes muss festgestellt werden, ob AGB bzw. konkrete Klauseln überhaupt Vertragsbestandteil geworden sind. Dabei gilt es insbesondere den Globaleinbezug zu prüfen und die Ungewöhnlichkeitsregel<sup>186</sup> zu beachten (*Geltungs-/Konsenskontrolle*)<sup>187</sup>.

180 Bisweilen wird sogar von Kontrollfreiheit gesprochen; vgl. dazu Thomas Koller, Fragen zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, recht 1999, 43 ff., 50 f. mit Nachweisen.

181 So für Deckungsausschlussklauseln im Versicherungsvertragsrecht Th. Koller (Fn. 180) 50 ff. Das Bundesgericht hat sich zu dieser Frage noch nicht konkret geäußert.

182 Th. Koller (Fn. 180) 51 mit Hinweis auf § 9 Abs. 2 Ziff. 2 dtAGBG, der im wesentlichen mit Art. 8 lit. b UWG (vgl. unten Fn. 200) übereinstimmt.

183 Vgl. generell zur Problematik statt vieler BK-Kramer (Fn. 89) Art. 1 OR N 173 ff. und Art. 19 OR N 270 ff.; Schwenzler (Fn. 110) Rz. 44.01 ff.; Gauch/Schluemp/Schmid (Fn. 53) N 1116 ff.; Bucher (Fn. 130) 151 ff., Alfred Koller, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Grundriss des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, Bd. I, 1996, N 1542 ff.; alle mit weiteren Nachweisen.

184 Die AGB-Richtlinie der EU (Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5.4.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen) ist für die Schweiz nicht verbindlich und wurde weder ansatzweise noch autonom übernommen oder umgesetzt.

185 Die wohl wichtigste Ausnahme findet sich im Wettbewerbsrecht (Art. 8 UWG), daneben gibt es einzelne Spezialnormen im Miet- und Pachtrecht (Art. 256 Abs. 2 lit. a und Art. 288 Abs. 2 lit. a OR) sowie im Versicherungsvertragsgesetz (z.B. Art. 3 VVG).

186 Nach Ebnetter (Fn. 4) 32, kommt beim Franchisevertrag die Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel kaum in Frage, da diese Regel davon ausgeht, dass der Vertragsinhalt nicht gelesen worden sei, was aber beim Franchising nicht vorkomme. Dieser These ist eine amerikanische Studie entgegenzuhalten, nach welcher die erteilten (disclosure-)Informationen, die auch den Franchisevertrag enthalten, v.a. bei größeren Systemen von mehr als der Hälfte der Franchisenehmer nicht gelesen werden; so Stein-Wigger (Fn. 4) 38 mit Hinweis auf diese Studie in Fn. 147.

187 Vgl. etwa Schwenzler (Fn. 110) Rz. 45.01 ff.; Ebnetter (Fn. 4) 32 ff. mit zahlreichen Hinweisen. Dazu und zum Folgenden auch Th. Koller (Fn. 180) 46 mit Nachweisen und 50.

174 Stein-Wigger (Fn. 4) 36 mit zahlreichen Nachweisen.

175 Dazu oben Punkt III.3.

176 Vgl. dazu unten Fn. 186 mit Nachweisen.

177 So z.B. auch Ebnetter (Fn. 4) 40 f. mit weiteren Nachweisen.

178 Stein-Wigger (Fn. 4) 71, und Ebnetter (Fn. 4) 36 und 46, beide mit Hinweisen; zurückhaltender Wang (Fn. 4) 360 ff.

179 Vgl. dazu oben Punkt IV.1.

cc) Danach wird mittels allgemeiner Auslegungsregeln und -mittel der Sinn einer konkreten AGB-Klausel ermittelt, wobei hier der Unklarheitenregel besondere Bedeutung zukommt (*Auslegungskontrolle*)<sup>188</sup>. Im Unterschied zu Deutschland, wo der Grundsatz einheitlicher Auslegung gilt, werden AGB in der Schweiz nicht allgemein am redlichen Vertragspartner, d.h. am rechtsunkundigen Durchschnittskunden gemessen, sondern individuell am jeweiligen konkreten Vertragspartner, weshalb dieselbe AGB-Bestimmung je nach konkretem Vertragsverhältnis einen unterschiedlichen Sinn haben kann<sup>189</sup>. Dieses Prinzip der intersubjektiven AGB-Auslegung gilt zwar theoretisch generell, in der Praxis werden bestimmte Normenwerke aber im Ergebnis trotzdem immer gleich – also an sich objektiviert – ausgelegt, weil ihnen entweder nahezu (jedenfalls faktisch) Gesetzescharakter zugesprochen wird<sup>190</sup> oder weil – wie z.B. beim Franchising – die AGB-Empfänger selber ein Interesse an der Gleichbehandlung aller am System beteiligten Vertragsparteien haben<sup>191</sup>.

dd) Auf einer dritten und letzten Ebene wird schließlich untersucht, ob das so ermittelte Ergebnis vor übergeordnetem Recht standhält oder ob unbillige Klauseln angepasst werden müssen (*Inhaltskontrolle*)<sup>192</sup>. An diesem Punkt scheiden sich nun die Geister: Die *h.L.* fordert seit Jahren eine *offene Inhaltskontrolle*, welche sich an den der Gesamtrechtsordnung immanenten Wertungs- und Ordnungsprinzipien orientiert<sup>193</sup>, wobei diese Kontrolle ohne weiteres aufgrund der Generalklausel der „öffentlichen Ordnung“ i.S.v. Art. 19 Abs. 2 OR<sup>194</sup> oder allenfalls aufgrund von Art. 8 UWG bzw. Art. 2 Abs. 2 ZGB möglich wäre<sup>195</sup>. Auf der anderen Seite hat es das *Bundesgericht* – und mit ihm soweit ersichtlich auch die Instanzgerichte – bis anhin

188 *Schwenzer* (Fn. 110) Rz. 45.08 ff.; *Ebnetter* (Fn. 4) 34 f.

189 Vgl. dazu OR-*Wiegand* (Fn. 46) Art. 18 N 55; *Gauch/Schluemp/Schmid* (Fn. 53) N 1240 ff.; *BK-Kramer* (Fn. 89) Art. 1 OR N 218; *A. Koller* (Fn. 183) N 1609; a.A. *Peter C. Matt*, Das Transparenzgebot in der deutschen AGB-Rechtsprechung: Ein Mittel zur Aktivierung von Art. 8 UWG?, 1997, S. 117 f.

190 So z.B. die ERA (Einheitliche Richtlinien und Gebräuche für Dokumenten-Akkreditive, ICC-Publikation Nr. 500, Revision 1993).

191 Das Gleiche gilt z.B. auch für Pensionskassenreglemente. Vgl. auch oben Punkt IV.2.a).

192 *Schwenzer* (Fn. 110) Rz. 46.01 ff.; *Th. Koller* (Fn. 180) 46 ff., 50; *BK-Kramer* (Fn. 110) Art. 19 OR N 270 ff.; *Carl Baudenbacher*, Die Rechtslage in der Schweiz, in: B. Stauder (Hg.), Die Bedeutung der AGB-Richtlinie der Europäischen Union für Schweizer Unternehmen, 1996, S. 1 ff., 2 f.

193 Statt vieler OR-*Claire Huguenin Jacobs*, in: H. Honsell/N. P. Vogt/W. Wiegand, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 2. Auflage, 1996, Art. 19/20 N 28; *Schwenzer* (Fn. 110) Rz. 45.12 f.; sowie zum Ganzen *Ernst A. Kramer*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Status quo, Zukunftsperspektiven, Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ) 81 (1985) 17 ff., 33 ff.; alle mit weiteren Nachweisen.

194 Art. 19 Abs. 2 OR: „Von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Vereinbarungen sind nur zulässig, wo ... die Abweichung nicht einen Verstoß gegen die öffentliche Ordnung ... in sich schliesst“.

195 Vgl. statt vieler etwa *BK-Kramer* (Fn. 110) Art. 19–20 OR N 290 ff.; *Schwenzer* (Fn. 110) Rz. 46.07; *Gauch/Schluemp/Schmid* (Fn. 53) N 1148 ff.; OR-*Bucher* (Fn. 88) Art. 1 N 64 f.; OR-*Huguenin Jacobs* (Fn. 193) Art. 19/20 N 24 ff.; *Baudenbacher* (Fn. 192) 3. Speziell zur Inhaltskontrolle von Franchiseverträgen *Ebnetter* (Fn. 4) 45 ff., sowie *Stein-Wigger* (Fn. 4) 247 ff.; beide mit Nachweisen. Zu Art. 8 UWG vgl. unten Fn. 200.

standhaft vermieden, eine offene Inhaltskontrolle durchzuführen; es begnügte sich vielmehr mit einer unsystematischen „*verdeckten Inhaltskontrolle*“<sup>196</sup>. Trotz Kritik in der Lehre dehnte es die Ungewöhnlichkeits- und die Unklarheitenregel so weit aus, dass es krasse Auswüchse unbilliger Normen korrigieren oder aus dem Vertrag eliminieren konnte, bevor es sie offen auf ihren Inhalt hätte überprüfen müssen<sup>197</sup>. Aufgrund des sich daraus ergebenden Regelungsgefälles zwischen der Schweiz und den Nachbarstaaten<sup>198</sup> sind Probleme bei internationalen Franchisesystemen mit Bezug zur Schweiz nicht auszuschließen<sup>199</sup>.

Zumindest in gewissen Fällen vermag Art. 8 UWG<sup>200</sup> als Ventil zu dienen, wobei die Anwendung dieser Norm des Wettbewerbsrechts v.a. wegen ihres Tatbestandsmerkmals der Irreführung, welches nicht so recht ins AGB-Recht passt, mit Problemen verbunden ist<sup>201</sup>. Sofern dem Franchisegeber aber die Verwendung missbräuchlicher AGB i.S.v. Art. 8 UWG nachgewiesen werden kann, sind die entsprechenden Klauseln unlauter und somit widerrechtlich i.S.v. Art. 2 UWG. Nach wohl h.L. leidet eine solche Klausel unter einem Inhaltsmangel und ist deshalb nichtig i.S.v. Art. 20 OR. Dabei ist fraglich, ob das angerufene Gericht die nichtige Klausel auf das gerade noch erlaubte Maß reduzieren oder ob es sie – was wahrscheinlicher ist<sup>202</sup> – als ganz

196 *BK-Kramer* (Fn. 89 und 110) Art. 1 OR N 206 und Art. 19–20 OR N 279; *Baudenbacher* (Fn. 192) 6 ff.; OR-*Huguenin Jacobs* (Fn. 193) Art. 19/20 N 27; *Ebnetter* (Fn. 4) 35 f. und 45.

197 Vgl. z.B. *BGE* 119 II 443 ff. (= Pra 1994 752 ff.); *BGE* 112 II 450, 456 (= Pra 1987 505 ff.); *BGE* 109 II 452, 457; 109 II 213, 216 ff.

198 Die EU-AGB-Richtlinie schreibt eine offene Inhaltskontrolle vor.

199 Da kollisionsrechtliche Aspekte nicht Gegenstand dieser Arbeit bilden, sei hier nur am Rande erwähnt, dass die Vertragspartner das anwendbare Recht im Rahmen von Art. 116 IPRG (Bundesgesetz vom 18.12.1987 über das Internationale Privatrecht; SR 291) frei wählen können, weshalb in den AGB meist das Recht des Sitzstaates des Franchisegebers diktiert wird (vgl. *Wang* (Fn. 4) 358). Treffen die Parteien keine oder keine gültige Rechtswahl, kommt Art. 117 IPRG zur Anwendung, wobei die objektive Anknüpfung beim Franchising umstritten ist. Nach OR-*Schluemp/Amstutz* (Fn. 4) Einl. vor Art. 184 ff. N 176, ist das Recht am Niederlassungsort des Franchisenehmers anwendbar. Vgl. zum Franchising im internationalen Privatrecht auch *Baudenbacher* (Fn. 2) 387 ff.; *Baudenbacher/Rommé* (Fn. 4) 7 ff., sowie ausführlich *Wildhaber* (Fn. 2) 119 ff.; *Marsch* (Fn. 4) 155 ff., und IPRG-*Marc Amstutz/Nedim Peter Vogt/Markus Wang*, in: H. Honsell/N. P. Vogt/A. K. Schnyder (Hg.), Internationales Privatrecht, 1996, Art. 117 N 62; alle mit weiteren Nachweisen.

200 Nach Art. 8 UWG (Bundesgesetz vom 19.12.1986 gegen den unlauteren Wettbewerb; SR 241) handelt unlauter, wer „missbräuchliche Geschäftsbedingungen“ verwendet; gemeint sind „vorformulierte allgemeine Geschäftsbedingungen ..., die in irreführender Weise zum Nachteil einer Vertragspartei a) von der unmittelbar oder sinngemäss anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen oder b) eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen“ (Hervorhebung hinzugefügt); vgl. dazu z.B. *Gauch/Schluemp/Schmid* (Fn. 53) N 1151, und *Schwenzer* (Fn. 110) Rz. 46.03 ff., beide mit weiteren Nachweisen.

201 Vgl. etwa die Kritik bei *Ebnetter* (Fn. 4) 48 f.; *Baudenbacher* (Fn. 2) 385, und *ders.* (Fn. 192) 9 Fn. 21 mit Nachweisen; Art. 8 UWG wird z.B. bezeichnet als „Pseudo-AGB-Norm“ (*Eugen Bucher*, Wie lange noch Belastung des Kunden mit den Fälschungsrisiken im Bankverkehr?, recht, 1997, 41 ff., 54).

202 *BK-Kramer* (Fn. 110) Art. 19–20 OR N 376 ff., und *Schwenzer* (Fn. 110) Rz. 32.45 und 46.09, sowie *BGE* 123 III 292 ff. für den Fall einer Übervorteilung (vgl. auch unten zu Fn. 234).

ungültig streichen und sie durch eine neue Norm nach den oben geschilderten Grundsätzen ersetzen wird<sup>203</sup>.

### 3. Sonstige Schutzbehelfe

#### a) Allgemeines zur Anwendbarkeit von Art. 27 Abs. 2 ZGB

Ein unausgeglichener Vertrag leidet möglicherweise an einem (Teil-)Nichtigkeits- oder Anfechtungsgrund<sup>204</sup>. Im Vordergrund steht dabei der Fall, dass der Franchisenehmer eine *Verletzung seiner Persönlichkeit* geltend macht. Nach Art. 27 Abs. 2 ZGB kann sich niemand „seiner Freiheit entäussern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken“. Auch juristische Personen können sich auf Art. 27 ZGB berufen, wenn sie in ihrer wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit in gravierender Weise eingeschränkt sind, wobei hier allerdings ein Verstoß gegen diese Norm nur mit Zurückhaltung angenommen wird<sup>205</sup>. Nach h.L. und Rechtsprechung sind die gemäß Art. 27 Abs. 2 ZGB persönlichkeitsverletzenden Verträge unter das Kriterium der Sittenwidrigkeit i.S.v. Art. 20 OR zu subsumieren<sup>206</sup>, obwohl die Sittenwidrigkeit im Unterschied zum ursprünglichen Sittenwidrigkeits-Tatbestand, bei dem sie i.d.R. im geschuldeten Verhalten, also in der (faktisch) zu erbringenden Leistung liegt, bei Art. 27 Abs. 2 ZGB in der (normativen) Tatsache der vertraglichen Bindung selber besteht<sup>207</sup>.

Weil Franchiseverträge i.d.R. nicht einen absoluten Schutzbereich betreffen, in dem Freiheitsbeschränkungen generell unzulässig sind, interessiert v.a. die Tatbestandsvariante, dass die Sittenwidrigkeit durch das *Übermaß* einer an sich zulässigen Bindung/Freiheitsbeschränkung begründet wird<sup>208</sup>. Bei dessen Beurteilung ist einerseits auf die Dauer und die Intensität, d.h. die Knebelungswirkung, andererseits aber auch auf die Angemessenheit der Gegenleistung abzustellen<sup>209</sup>, wobei sich die Intensität und die Dauer als alternative Voraussetzungen gegenseitig ergänzen und ersetzen können. Nach Bundesgericht hängt die zulässige Dauer der Bindung vom Gegenstand der Beschränkung ab<sup>210</sup>. Bezüglich Intensität ist das Bundesgericht zurück-

haltender: Eine übermäßige Einschränkung der „wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit“ nimmt es erst dann an, „wenn sie den Verpflichteten der Willkür eines anderen ausliefert, seine wirtschaftliche Freiheit aufhebt oder in einem Masse einschränkt, dass die Grundlagen seiner wirtschaftlichen Existenz gefährdet sind“<sup>211</sup>. Weil Art. 27 Abs. 2 ZGB niemandem verbiete, „sich über seine finanziellen Kräfte hinaus zu verpflichten“<sup>212</sup>, ist das Bundesgericht generell sehr zurückhaltend. Zur Illustration mögen die folgenden Fallgruppen dienen, die beim Franchising eine gewisse Relevanz haben.

#### b) Anwendungsfälle von Art. 27 Abs. 2 ZGB beim Franchising

aa) Eine Persönlichkeitsverletzung kann vorliegen, wenn der Franchisenehmer – obwohl er bekanntlich das unternehmerische Risiko zu tragen hat – aufgrund z.B. der Weisungsbefugnis des Franchisegebers in seiner *Dispositionsfreiheit* so stark eingeschränkt ist, dass er in seiner Selbständigkeit als Unternehmer entmündigt und somit gewissermaßen zum Angestellten seines eigenen Betriebs degradiert wird<sup>213</sup>. In krassen Fällen kann eine „Knebelung“ bzw. „Versklavung“ zur Nichtigkeit des ganzen Vertrages führen<sup>214</sup>. In aller Regel wird aber schon die Aufhebung einzig der nichtigen Klausel bzw. deren Anpassung v.a. mittels analoger Anwendung von Schutzvorschriften des Typenrechts den Interessen beider Parteien gerecht: so kann z.B. bei zu starren Arbeits- und Präsenzzeiten Arbeitsvertragsrecht (Art. 321c OR) analog herangezogen werden<sup>215</sup>.

bb) Franchiseverträge sind in aller Regel sog. *Exklusivverträge*, die neben der negativen Pflicht des Franchisenehmers, mit Dritten nicht zu kontrahieren, auch die positive Pflicht enthalten, rechtsgeschäftliche Kontakte bestimmten Inhalts während der Dauer der Vertragsbeziehung ausschließlich mit dem Franchisegeber zu pflegen. Besonders häufig sind *Bezugsverpflichtungen*, wobei deren Inhalt und deren zeitliche Dauer wohl nur selten problematisch sind. V.a. beim Warenfranchising hat der Franchisenehmer selber ein Interesse daran, möglichst lange vom Franchisegeber beliefert zu werden, denn mit dem Weiterverkauf der vom Franchisegeber gelieferten Ware steht und fällt oft sein Franchisebetrieb.

Generell verboten sind aber alle obligatorischen Verpflichtungen, die ohne Auf Lösungsmöglichkeit auf „ewige Zeiten“ abgeschlossen worden sind, und zwar auch dann, wenn sie die betroffene Partei nur in einem relativ unerheblichen Bereich zu

203 Vgl. zur Vertragsergänzung oben Punkt II.4.b).

204 Art. 20, 21 und 23 ff. OR; Art. 27 ZGB. Vgl. *Ebneter* (Fn. 4) 44 mit Hinweisen.

205 *BGE* 114 II 162, 164; 106 II 378 f. (= Pra 1981 225 f.); OR-*Huguenin Jacobs* (Fn. 193) Art. 19/20 N 7; BK-*Kramer* (Fn. 110) Art. 19–20 OR N 126; *Gauch/Schluemp/Schmid* (Fn. 53) N 659.

206 So etwa *BGE* 106 II 377 (= Pra 1981 225); *BGE* 84 II 367; *Gauch/Schluemp/Schmid* (Fn. 53) N 658 und 685; *Andreas von Tuhr/Hans Peter*, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3. Auflage, 1979, S. 258 f.; anders BK-*Kramer* (Fn. 110) Art. 19–20 OR N 128, 178, 186, 208 f., 370 f., und *Bucher* (Fn. 130) 265 ff.

207 Mit anderen Worten ist hier nicht das Erbringen der Leistung an sich sittenwidrig, wohl aber die vertragliche Verpflichtung zur Erbringung dieser Leistung; vgl. dazu etwa *Bucher* (Fn. 130) 259 f.

208 Im Arbeitsrecht (Art. 340a OR) und im Auftragsrecht (Art. 404 OR) finden sich Sondernomen, die bei der Konkretisierung der Generalklausel von Art. 27 ZGB heranzuziehen sind; *Bucher* (Fn. 130) 261.

209 *BGE* 114 II 161 f.

210 Bei Verpflichtungen zu wiederkehrenden Leistungen ist sie kürzer als z.B. beim Verzicht, wäh-

rend einer absehbaren Dauer über eine Sache zu verfügen; *BGE* 114 II 162 mit Hinweis auf *BGE* 93 II 300.

211 *BGE* 114 II 162; 111 II 337; 104 II 8; 102 II 218.

212 *BGE* 95 II 58.

213 *Wildhaber* (Fn. 2) 97 f. mit Hinweisen auch auf das deutsche Recht.

214 Vgl. als illustratives Bsp. *BGE* 104 II 108, 116 ff., wo das „Talentstudio“ einer Managerin eine angehende 22-jährige Schlagersängerin in einem „Management-Vertrag“ richtiggehend zu knebeln versuchte.

215 Dazu ausführlich *Wildhaber* (Fn. 2) 99 ff. mit weiteren Nachweisen. Vgl. auch oben Punkte II.2.c) und II.4.d).

binden versuchen<sup>216</sup>. Die zulässige Höchstdauer ist in jedem konkreten Fall separat zu bestimmen. Dabei ist die Wechselwirkung zu beachten: Je intensiver die persönliche bzw. wirtschaftliche Freiheit des Verpflichteten eingeschränkt wird und je geringer die Gegenleistung ist, desto weniger lang darf die Einschränkung dauern und umgekehrt<sup>217</sup>. Für die Parteien ist problematisch, dass sie kaum abschätzen können, von wann an ein zeitliches Übermaß erreicht ist. Als Orientierungshilfe dient einerseits ein älterer höchstrichterlicher Entscheid, wonach eine auf 10 Jahre bemessene Mehlbezugsverpflichtung noch nicht als übermäßig betrachtet wurde<sup>218</sup>. Andererseits finden sich beim Franchisevertrag auch Parallelen zum Bierlieferungsvertrag, wobei zumindest ein gewichtiger Unterschied zu beachten ist: Beim Bierlieferungsvertrag liegt es primär im Interesse der Brauerei, den Wirt zu einem möglichst langen Bierbezug zu verpflichten, da sie ihm z.B. das Inventar der Gastwirtschaft gratis zur Verfügung gestellt oder ihm ein (zinsloses) Darlehen gewährt hat. Für den Wirt hingegen spielt die Herkunft des Bieres kaum eine wesentliche Rolle, da der Durchschnittsgast eine Wirtschaft nach anderen Kriterien als nach der Biermarke auswählt<sup>219</sup>. Je nach konkreter Ausgestaltung des Vertrags können die Interessen beim Franchising zwar ähnlich gelagert sein; daneben kann der Franchisenehmer jedoch selber ein gewichtiges Interesse an der Lieferung ganz bestimmter (Marken-)Ware durch den Franchisegeber haben, so dass auch er auf ein möglichst langes Bezugsrecht erpicht ist. Das Bundesgericht hat jedenfalls eine 15- und eine 20-jährige Bierbezugsverpflichtung von Gastwirten noch nicht als sittenwidrig qualifiziert<sup>220</sup>, jedoch je nach Einzelfall eine 15 Jahre „erheblich übersteigende“ Bezugspflicht<sup>221</sup>. Soweit eine obligatorische Verpflichtung die nach Art. 27 ZGB zulässige Höchstdauer überschreitet, führt dies zur Teilnichtigkeit des Vertrags<sup>222</sup>, die durch Vertragsergänzung aufgrund des hypothetischen Parteiwillens zu beheben ist<sup>223</sup>. In der Regel wird die als übermäßig qualifizierte Klausel durch eine neue ersetzt, wonach der Vertrag nach einer zumutbaren

und zulässigen Höchstdauer durch eine außerordentliche Kündigung auflösbar wird.

Wie bereits erwähnt, ist unter gewissen Umständen übrigens auch der umgekehrte Fall problematisch: Die wirtschaftliche Existenz des Franchisenehmers kann ebenso auf unsittliche Weise gefährdet sein, wenn der Franchisegeber nur einen *kurzfristigen* Vertrag abzuschließen bereit ist, aber vom Franchisenehmer unverhältnismäßig hohe Anfangsinvestitionen/Eintrittsgebühren verlangt<sup>224</sup>.

cc) Ist im Franchisevertrag ein *Konkurrenzverbot* vereinbart worden, so misst sich dieses je nach Ausgestaltung des Franchisingvertrages an den Sondernormen des Arbeitsrechts (Art. 340–340c OR), und zwar entweder direkt oder qua Verweisung im Agenturrecht (Art. 418d Abs. 2 OR) oder analog, da die Generalklausel von Art. 27 Abs. 2 ZGB i.S.v. Art. 340a OR zu konkretisieren ist. Nach Art. 340a Abs. 1 OR ist das Konkurrenzverbot, das i.d.R. nicht mehr als drei Jahre dauern darf, „nach Ort, Zeit und Gegenstand angemessen zu begrenzen, so dass eine unbillige Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens“ ausgeschlossen ist. Nach Abs. 2 kann das Gericht „ein übermässiges Konkurrenzverbot unter Würdigung aller Umstände nach seinem Ermessen einschränken“. Dabei hat es eine allfällige Gegenleistung angemessen zu berücksichtigen<sup>225</sup>.

dd) Geht der Franchisenehmer *existenzgefährdende finanzielle Verpflichtungen* ein oder nimmt er Geldschulden auf, liegt meistens keine übermäßige, persönlichkeitswidrige vertragliche Bindung vor, da es hier letztlich nur um die Pflicht zur Duldung der Vollstreckung in das Vermögen geht<sup>226</sup>. Das Bundesgericht führt dazu aus, dass Art. 27 Abs. 2 ZGB niemandem verbiete, „sich über seine finanziellen Kräfte hinaus zu verpflichten“, da nicht diese Bestimmung, sondern das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht dafür Sorge, dass der Schuldner durch Geldschulden nicht vollständig entblößt wird<sup>227</sup>. Anders könnte die Situation aber in krassen Fällen sein, wenn z.B. der Franchisegeber selber dem Franchisenehmer ein Darlehen zwecks Aufbau des Franchisebetriebes gewährt oder vermittelt hat, obwohl er bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses genau wusste – oder wissen musste –, dass sein geschäftlich unerfahrener bzw. wirtschaftlich bedrängter Vertragspartner aufgrund seines Vermögens bzw. des zu erwartenden Einkommens unmöglich in der Lage sein wird, seinen Verpflichtungen nachzukommen. In solchen Fällen wäre u.E. ein Verstoß gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB zumindest zu prüfen<sup>228</sup>.

216 Z.B. BGE 113 II 209 ff. (= Pra 1988 387); BGE 97 II 399; 93 II 300; *Gauch/Schluelp/Schmid* (Fn. 53) N 664.

217 Bei der Verpflichtung zu einem positiven Tun ist sodann eher ein Übermaß anzunehmen als bei Duldungspflichten, BGE 93 II 300.

218 BGE 51 II 162 ff., 168 f.

219. Auch hier sind jedoch Ausnahmen denkbar: Nachdem z.B. die in der Deutschschweiz ansässige Brauerei Feldschlösschen die in der französischen Schweiz (Fribourg) ansässige Brauerei Cardinal übernommen hatte und das Brauen des „Cardinal-Bieres“ unter Aufgabe von Arbeitsplätzen und des Produktionsstandortes in Fribourg in die Deutschschweiz verlegen wollte, gab es heftige Proteste bis hin zu Boykott-Drohungen. Wäre der Entscheid von Feldschlösschen nicht (teilweise) rückgängig gemacht worden, hätten Gastwirte in der französischen Schweiz, die aufgrund einer Bierbezugsverpflichtung „Cardinal-Bier“ ausschenken mussten, wohl empfindliche Umsatzeinbussen hinnehmen müssen. Ähnlich kann es auch den Franchisenehmern gehen, wenn der Franchisegeber z.B. durch eine ungeschickte Werbekampagne das System gefährdet (z.B. McDonald's in Japan oder Benetton).

220 BGE 114 II 159; 40 II 238 ff.; *Wildhaber* (Fn. 2) 96.

221 BGE 93 II 300 f.

222 Teilnichtigkeit i.S.v. Art. 20 Abs. 2 OR.

223 So BGE 114 II 163 f. mit Hinweis auf BGE 107 II 218 f.; *ZK-Jäggi/Gauch* (Fn. 49) Art. 18 OR N 498 ff.; *Roland Hürlimann*, Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR, 1984, N 261 ff., sowie *Claire Huguenin*, Nichtigkeit und Unverbindlichkeit als Folgen anfänglicher Vertragsmängel, 1984, S. 50 f.

224 *Ebneter* (Fn. 4) 53 mit Hinweisen.

225 Vgl. z.B. BGE 114 II 161 f.

226 *BK-Kramer* (Fn. 110) Art. 19–20 OR N 229; *Bucher* (Fn. 130) 264; vgl. auch BGE 95 II 57 f., wobei gewisse Aussagen dieses Entscheides wohl etwas zu apodiktisch sein dürften.

227 BGE 95 II 58.

228 Bzw. allenfalls auch das Vorliegen eine Übervorteilung i.S.v. Art. 21 OR; zum ganzen *BK-Kramer* (Fn. 110) Art. 19–20 OR N 229 mit weiteren Hinweisen.

## c) Freizeichnungsklauseln

Thematisch verwandt mit dem Problembereich der persönlichkeitsverletzenden und sittenwidrigen Verträge sind schließlich auch zu weit gehende Freizeichnungsklauseln des Franchisegebers<sup>229</sup>: Während Art. 100 Abs. 1 OR jede Freizeichnung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit verbietet, kann das Gericht gemäß Abs. 2 nach seinem Ermessen auch einen Haftungsverzicht für leichtes Verschulden für nichtig erklären, „wenn der Verzichtende ... im Dienst des anderen Teiles stand“. Aufgrund des Machtgefälles im Franchisesystem drängt sich die Anwendung von Art. 100 Abs. 2 OR auch für das Franchising auf<sup>230</sup>. Für den Fall, dass nicht der Franchisegeber selber bzw. eines seiner Organe den Franchisenehmer schädigen sollte, sondern seine Hilfspersonen<sup>231</sup>, ergänzt Art. 101 OR, dass die Hilfspersonenhaftung „höchstens für leichtes Verschulden“ eingeschränkt werden kann<sup>232</sup>. Für Klauseln, welche die Haftung des Franchisegebers „für jedes Verschulden“ ablehnen, heisst das nach wohl herrschender Lehre<sup>233</sup> grundsätzlich, dass die Haftungsbeschränkung reduziert wird auf das erlaubte Maß, d.h. auf die Fälle leichten Verschuldens von Hilfspersonen des Franchisegebers. In einem neuen Entscheid zur Übervorteilung hat das Bundesgericht festgehalten, dass eine wucherische Mietzinsvereinbarung nicht zwingend den ganzen Vertrag nichtig werden lasse, sondern dass je nach Umständen eine geltungserhaltende Reduktion angemessener sei. Dabei musste es aus prozessrechtlichen Gründen keine Stellung nehmen zur Feststellung des kantonalen Obergerichts, wonach die wucherische Forderung nicht auf das gerade noch zulässige Höchstmaß reduziert, sondern – wohl mit erzieherischen Hintergedanken – auf das „marktübliche Durchschnittsentgelt“ herabgesetzt wird<sup>234</sup>. Es ist durchaus denkbar, dass dieses den Übervorteilenden sanktionierende Prinzip mutatis mutandis auch auf den überbordenden Verwender von Franchise-AGB Anwendung finden wird in dem Sinne, dass

eine unzulässige Klausel nach den oben genannten Grundsätzen<sup>235</sup> gestrichen und durch eine vernünftige Regel ersetzt wird<sup>236</sup>.

## V. Schlussbetrachtungen

Wie bereits eingangs erwähnt, gibt es in der Schweiz kaum Gerichtsentseide zum Franchising. Dies kann als Indiz dafür verstanden werden, dass Streitfälle unter Franchisepartnern nicht allzu häufig sind, weshalb anscheinend auch kein Bedarf nach einer gesetzlichen Regelung besteht.

Besonders wichtig ist, dass ein Franchise-Aspirant schon vor Vertragsschluss verständlich, umfassend und wahrheitsgetreu über das Franchisesystem und den geplanten Betrieb informiert wird, so dass er seine zukünftige wirtschaftliche und auch persönliche Situation möglichst reell im Voraus abschätzen kann. Denn ein fundierter Entscheid eines aufgeklärten und überzeugten Franchisenehmers dient sowohl ihm selber als auch dem Franchisegeber sowie letztlich allen Franchisepartnern im System.

Weil sich die Rechtsprechung bis heute geweigert hat, eine offene Inhaltskontrolle durchzuführen, ist denkbar, dass aufgrund des Macht- und Informationsgefälles bei der AGB-Inhaltskontrolle Lücken zum Nachteil der schwächeren Vertragspartei auftreten. Neben Art. 8 UWG vermag auch das Kriterium der Sittenwidrigkeit (Art. 27 Abs. 2 ZGB) hier nur bedingt und punktuell Abhilfe zu schaffen, da es zu wenig griffig und konkret ausgestaltet ist. Die einzelnen Franchisepartner<sup>237</sup> sehen sich daher mit einer erheblichen Rechtsunsicherheit konfrontiert.

Ein neuerer Entscheid – allerdings nicht zum Franchisevertrag, sondern zur Problematik der Übervorteilung<sup>238</sup> – weckt nun jedoch die Erwartung, dass das Bundesgericht sich in Zukunft im Gebiete der AGB mit der „Materialisierung“ des Vertragsrechts beschäftigen will und bereit sein wird, der materiellen Vertragsgerechtigkeit neben der formalen Vertragsfreiheit mehr Beachtung zu schenken<sup>239</sup>. Falls es bei der Beurteilung von Verhältnissen mit markantem Kräfteungleichgewicht und insbesondere bei der Kontrolle von Formularverträgen und AGB jedoch weiterhin nicht gewillt sein sollte, strengere Maßstäbe anzusetzen, und falls auch die Selbstkontrolle durch die Franchisegeberverbände versagen sollte<sup>240</sup>, ist durchaus denkbar, dass aufgrund des Schutzbedarfs der Franchisenehmer auch in der Schweiz gelegentlich der Ruf nach einem Gesetz laut werden könnte, welches die Rechtsunsicherheit sowie die bestehenden Schutzdefizite beheben soll. Diesfalls wäre eine umfassende Heran-

229 Z.B. Freizeichnung im Franchisevertrag für „jedes Verschulden“.

230 So auch *Wildhaber* (Fn. 2) 97. Art. 100 Abs. 2 OR kommt überall dort zur Anwendung, wo einerseits soziale oder ökonomische Abhängigkeit und andererseits ein Weisungsrecht bestehen; vgl. etwa *Martina Buol*, Beschränkung der Vertragshaftung durch Vereinbarung, 1996, N 252 f., und *Thomas Oesch*, Die Freizeichnung im schweizerischen vertraglichen Schadenersatzrecht und ihre Schranken, 1978, S. 63 f. Die Schranke von Art. 100 Abs. 2 OR soll entgegen dem Gesetzeswortlaut nicht nur für Freizeichnungen während der Dauer des Vertragsverhältnisses, sondern (analog) auch schon für das vorvertragliche Stadium gelten, da sich das Machtgefälle bei der Vertragsausgestaltung besonders stark auswirken kann; so *Buol*, N 293, und *Oesch*, S. 65 f., mit Hinweisen auf die gegenteilige Ansicht.

231 Vgl. zur Hilfspersonenhaftung generell etwa *OR-Wiegand* (Fn. 46) Art. 101 N 1 ff., *Gauch/Schluemp/Rey* (Fn. 53) N 2824 ff., beide mit zahlreichen Hinweisen.

232 Z.B. *OR-Wiegand* (Fn. 46) Art. 101 N 17.

233 *OR-Wiegand* (Fn. 46) Art. 100 N 4; *Bucher* (Fn. 130) 348. Für ein Verbot der geltungserhaltenden Reduktion treten hingegen ein: *BK-Kramer* (Fn. 110) Art. 19–20 OR N 376 ff., und *Ingeborg Schwenzler*, Beschränkung und Modifikation der vertraglichen Haftung, in: A. Koller (Hg.), Haftung aus Vertrag, 1998, S. 99 ff., 121 f.

234 BGE 123 III 292 ff., 305. Vgl. auch die Besprechungen von *Peter Gauch*, recht 1998, 55 ff.; *Bernhard Schwyder*, ZBJV 1998, 436 f.; *Wolfgang Wiegand*, ZBJV 1998, 683 ff., und *Ernst A. Kramer*, AJP 1997, 1556 ff. mit Hinweis auf die UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (Art. 3.10 Abs. 2) für „gross disparity“.

235 Punkt IV.3.

236 Vgl. *Hürlimann* (Fn. 223) N 265 und 274 f. mit Hinweis auch auf die deutsche Lehre.

237 Da auch der Franchisegeber nicht weiss, wie weit er mit seinen Vertragsbestimmungen gehen darf, wird ihm in der Praxis empfohlen, bei kritischen Normen salvatorische Klauseln zu vereinbaren, um das Risiko einer Nichtigkeit möglichst gering zu halten; vgl. *Wildhaber* (Fn. 2) 95.

238 Art. 21 OR.

239 BGE 123 III 298; dazu schon oben zu Fn. 234, sowie *Wiegand* (Fn. 234) 689.

240 Generell skeptisch *Baudenbacher* (Fn. 2) 403 f.

ziehung von ausländischen Gesetzen, Selbstregulierungen, Gerichtsentscheidungen sowie Literatur zwecks Rechtsvergleichung unerlässlich.

## VI. Summary

In Switzerland as well as in numerous other countries, franchising is economically very important. There is no statutory law for this type of contract. Judgements of courts are rather rare and there is not much legal literature dealing with franchising either. Since no legal culture has evolved with respect to franchising in Switzerland, comparative law is of great significance in this area.

According to Swiss law, franchising agreements are governed by the general principles of contract law. Questions not explicitly addressed in the contract have to be solved by applying the General Part of the Swiss Code of Obligations (*Allgemeiner Teil des Obligationenrechts*); gaps have to be filled by applying the terms of the parties' hypothetical will and – if necessary – by default rules enacted for similar types of contracts.

There are two very delicate problem areas: First, the violation of the duty to disclose information while negotiating. The question which facts have to be disclosed as well as the legal consequences of a failure to disclose are solved by applying the general principles of contract law (including the doctrine of *culpa in contrahendo*). The second problem area deals with the protection of the franchisee after the conclusion of the contract. In this respect, the main problems are the use of standard-form contracts, which are not regulated by statutory law in Switzerland, and – in the light of the frequently unequal power of the contracting parties – the protection of the personal rights of the franchisee, e.g. against excessive commitment.