

Von: newsletter@deutsches-franchise-institut.com  
Gesendet: Freitag, 27. November 2009 12:06  
An: franz.hofer@franchise-institut.de  
Betreff: DFI Franchiseblick - Ausgabe 33 - November 2009

## DFI-FRANCHISEBLICK

IHR WISSENSMAGAZIN FÜR FRANCHISING



www.franchise-institut.de

Newsletter des Deutschen Franchise Institutes (DFI) Nürnberg

Ausgabe 33 | November 2009



Sehr geehrter Herr Hofer,  
herzlich willkommen zum Online-Newsletter "DFI-Franchiseblick".

### Lesen Sie heute:

1. [Franchise-Finanzierung: Subventionen - Klaus Lockemann](#)
2. [Aktuelle Entwicklungen im Franchise-Recht - Prof. Dr. Eckhard Flohr](#)
3. [Veranstaltungsüberblick](#)
4. [Impressum](#)

Ich wünsche Ihnen anregende Lektüre!

Ihre Stefanie Funk

### Franchise-Finanzierung: Subventionen - Klaus Lockemann



Der Subventionsbegriff ist nicht einheitlich abgegrenzt. Unter Subventionen versteht man die direkte oder indirekte finanzielle Zuwendung des Staates zur Stützung wettbewerbspolitisch benachteiligter, aber existenznotwendiger Branchen (wie. z.B. Existenzgründungen, Erweiterungen, Landwirtschaft u.v.m.). Direkte Subventionen sind staatliche Zuschüsse, meist auch verlorener Zuschuss genannt. Indirekte Subventionen erfolgen z.B. in Form ermäßigter Steuerzahlungen. Bei den Darlehen erhält der Darlehensnehmer Subventionen bei den Zinsen, so dass er zinsgünstige Darlehen in Anspruch nehmen kann.

Ein Unternehmen hat grundsätzlich keinen Anspruch auf Subventionen. Vielmehr entscheidet der Staat entweder im Einzelfall über die Gewährung von direkten Subventionen oder generell auf Grund von Gesetzen oder Verordnungen über steuerliche Vergünstigungen. Dabei ist das öffentliche Interesse am Subventionsziel abzuwägen gegenüber eventuellen negativen Auswirkungen auf die Funktionsfähigkeit der marktwirtschaftlichen Ordnung und auf die gesamtwirtschaftlichen Ziele sowie gegenüber den finanziellen Lasten.

#### Direkte Subventionen

Unter direkten Subventionen werden Geldzahlungen des Staates verstanden. Dies können i.d.R. Kredite/Darlehen zu Vorzugszinsen oder Zuschüsse (verlorene Zuschüsse) sein. Bei Kredite/Darlehen ergibt sich der Subventionswert aus der Zinsdifferenz zu den Marktzinsen und durch die Verbesserung des Finanzstatus aus der Kreditzusage des Staates. Aus ordnungspolitischer Sicht sind Kredit-/Darlehenvergaben zu günstigen Bedingungen eine mildere Form des staatlichen Eingriffs als Zuschüsse und sollten daher i.d.R. den Zuschüssen vorgezogen werden. Zwischenformen zwischen Kredit/Darlehen mit Rückzahlungsverpflichtungen und (verlorenem) Zuschuss sind bedingt rückzahlbare Kredite und Zuschüsse. Für ihren Einsatz gibt es ökonomische Gründe, wie z.B. besonders unsichere Erfolgsaussichten.

#### Indirekte Subventionen

Die indirekten Subventionen stellen Einnahmeverzichte des Staates dar. Die wichtigste Form ist die Steuervergünstigung in ihrer Ausgestaltung als Steuerstundung oder Steuerverzicht. Hierunter fallen die Abschreibungsvergünstigungen (AfA) und die Investitionszulagen für die neuen Bundesländer einschließlich Berlin. Grundlage für Investitionszulagen ist das Investitionszulagengesetz vom 23. Feb. 2007 bzw. das Investitionszulagengesetz 2010 vom 7. Dez. 2008. Steuerliche Begünstigungen unterscheiden sich von direkten Subventionen, insbesondere dadurch, dass auf sie für jeden, der den gleichen steuerlichen Tatbestand aufweist, ein Rechtsanspruch besteht.

#### Antragsweg

Die Subventionsgeber können der Bund, Länder, Gemeinden, EU und das ERPSondervermögen sein. Finanzhilfen aus dem Bundes- oder Landeshaushalt werden meist bei den zuständigen Bundes- oder Landesministerien oder bei besonderen Behörden, wie z.B. Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle, Investitionsbank, Förderbank u.a. beantragt. In vielen Fällen wird das so genannte Hausbankprinzip dabei angewendet, d.h. die Antragstellung erfolgt über ein in Deutschland ansässiges Geldinstitut (Bank, Sparkasse), das auch mit Fördermitteln arbeitet. ERP-Mittel werden über die Banken bei Hauptleihinstituten, wie z.B. Kreditanstalt für Wiederaufbau –KfW beantragt. Steuerliche Subventionen müssen bei den zuständigen Finanzämtern geltend gemacht werden.

Das Nebeneinander von Subventionen verschiedener Herkunft erschwert die Information der Wirtschaft ebenso wie die Koordinierung der Subventionspolitik, ist aber wegen der verfassungsmäßigen Zuständigkeiten der verschiedenen politischen Ebenen kaum vermeidbar.

#### Fazit

Öffentliche Fördermittel werden auch in Zukunft einer der Hauptfinanzierungsbausteine in der Franchise-Wirtschaft sein. So können die öffentlichen Förderprogramme z.B. bei Gründungs- und Innovationsfinanzierungen eingesetzt werden. Dies bedeutet, dass sowohl der

Franchise-Nehmer als auch der Franchise-Geber (Systemaufbau) in den Genuss von öffentlichen Fördermitteln kommen kann. Immer wieder wird darüber diskutiert, ob die öffentlichen Fördermittel nicht besser direkt von den Förderinstituten ausgereicht werden können. Mit anderen Worten, das so genannte Hausbankprinzip soll abgeschafft werden. Bei dem o.g. Hausbankprinzip wendet sich der Franchise-Unternehmer nicht direkt an das Förderinstitut, sondern stellt den Antrag bei seiner Hausbank.

Die Hausbank leitet den Antrag nach der Bearbeitung an das entsprechende Förderinstitut weiter. Auf Grund der schon vorhandenen Verbindung zu der Hausbank liegen weitgehende Informationen über den Antragsteller i.d.R. vor. Die Hausbank ist dabei nicht nur als Programmvermittler zu sehen, sondern die Bank übernimmt mehrere Funktionen. Zum einen ist die Hausbank der direkte Vertriebsweg der Förderinstitute und zum anderen führt die Bank intensive Beratungstätigkeiten durch. Hierunter fällt auch die umfassende Unternehmensanalyse. Diese Analysen sollen erstens eine Risikoanalyse beinhalten und zweitens Fehler in den Unternehmenskonzepten erkennen und frühzeitig beheben. Desweiteren sind die Hausbanken als Filter zu betrachten, die Unternehmen herausfiltern, die nicht die Antragsvoraussetzungen für die Fördermittel erfüllen. Hinzu kommen noch die Verwaltungsfunktionen, wie z.B. Annahme der Fördermittelanträge und Überwachung der laufenden Kredite.

Das Hausbankprinzip hat sich in der Vergangenheit bewährt, und auch für die Zukunft gibt es keine Alternativen. Es wird aber nur dann eine erfolgreiche staatliche Förderpolitik gewährleisten können, wenn die Förderung nicht gegen den Markt erfolgt. Dies bedeutet, dass den Hausbanken stärkere Anreize für die Weiterleitung von Förderkrediten gegeben werden müssen. Dies könnten z.B. die Erhöhung der Margen und/oder eine weitergehende Haftungsfreistellung sein. Die Kosten für die Bearbeitung der Förderanträge sollten entsprechend geringer berechnet werden. Das Personal der Hausbank benötigt hierzu eine spezielle Ausbildung. Einen wesentlichen Beitrag zu der Risikoentlastung tragen die Bürgschaftsbanken und/oder die Kreditgarantiegesellschaften der Bundesländer bei. Diese können, bei fehlenden Sicherheiten des Antragstellers, eine Ausfallbürgschaft i.H.v. max. 80% der Kreditsumme übernehmen. So haben die o.g. Institutionen Bürgschaften / Garantien i.H.v. € 1,4 Mrd. im Jahr 2007 übernommen.

### Aktuelle Entwicklungen im Franchise-Recht - Prof. Dr. Eckhard Flohr



#### I. EINFÜHRUNG

Franchising ist nach wie vor ein Vertriebskonzept, das sich in der ständigen Entwicklung befindet. Da der Begriff des „Franchising“ genauso wenig wie der des „Franchise-Vertrages“ gesetzlich definiert ist, verwundert es nicht, dass nach wie vor neue Entscheidungen die aktuellen Entwicklungstendenzen im Franchiserecht bestimmen, aber auch genauso nach wie vor die Aussage von MEDICUS zutreffend ist: „Am Franchising ist zunächst schon der Name erklärungsbedürftig“.

#### II. NEUE ENTSCHEIDUNGEN IM FRANCHISERECHT

Neue Entscheidungen prägen die vorvertragliche Aufklärung, aber auch die Frage der Sittenwidrigkeit eines Franchise-Vertrages bis hin zur Frage, ob ein Franchise-Vertrag analog § 624 BGB gekündigt werden kann.

##### 1. Vorvertragliche Aufklärung

Nach wie vor gilt der Grundsatz, dass der Franchise-Geber verpflichtet ist, den Franchise-Nehmer richtig und vollständig über das Franchise-System aufzuklären. Jedoch hat der Franchise-Geber dabei nicht die Aufgaben eines Existenzgründungsberaters. Insofern obliegt es ihm nach dem Beschluss des OLG Schleswig vom 22. Januar 2008 (NJW-RR 2009, 64) nicht, den Franchise-Nehmer über die allgemeinen Risiken einer beruflichen Selbständigkeit aufzuklären oder für ihn umfassende Kalkulationen zu erstellen, die ein mit betriebswirtschaftlichen Grundkenntnissen vertrauter Franchise-Nehmer selbst erstellen kann. Insofern gehört es auch nicht zu den Aufgaben des Franchise-Gebers, über die allgemeine Durststrecke in der Aufbauphase aufzuklären. Ergänzend dazu hat das LG Regensburg im Urteil vom 13. Oktober 2009 (4 O 2263/08 n.v.) festgestellt, dass der Franchise-Nehmer nach wie vor das unternehmerische Risiko als selbständiger Unternehmer trägt und die vorvertragliche Aufklärung demgemäß allein die Funktion habe, dieses Risiko besser überschaubar und eingrenzbar zu machen. Insofern sei der Franchise-Geber auch nur verpflichtet, über das zu informieren, was ihm selbst bekannt sei.

Keinesfalls seien die vorvertraglichen Aufklärungspflichten so auszulegen, dass den Franchise-Geber eine Verpflichtung zur kostspieligen Ermittlung und anschließenden Weitergabe von Informationen treffe, die dem Franchise-Geber bis dahin selbst nicht geläufig waren. Daraus folgt das LG Regensburg auch, dass der Franchise-Geber keine selbständige Marktforschung vor Abschluss eines Franchise-Vertrages betreiben muss. Diese neue Rechtsprechung zur vorvertraglichen Aufklärung belegt, dass man sich mittlerweile darauf zurück besinnt, dass jeder Franchise-Nehmer mit dem Abschluss eines Franchise-Vertrages unternehmerisches Risiko trägt und demgemäß primär selbst in der Verantwortung steht, die mit dem Abschluss eines Franchise-Vertrages verbundenen wirtschaftlichen Risiken abzuklären.

##### 2. Sittenwidrigkeit eines Franchise-Vertrages

Immer wieder wird von Franchise-Nehmern vorgetragen, der abgeschlossene Franchise-Vertrag sei gem. § 138 BGB deswegen sittenwidrig, weil er als Knebelvertrag zu verstehen sei. Das OLG Düsseldorf hat hierzu mit Beschluss vom 07. September 2009 (I 16 U 62/08 n.v.) festgestellt, dass Weisungs- und Kontrollrechte für ein Franchise-System typisch und notwendig seien. Insofern sei es auch nicht zu beanstanden, wenn der Franchise-Nehmer zur Umsetzung systemtypischer Qualitätsstandards und zur korrekten Know-how-Anwendung angehalten werde. Keinesfalls könne in der Beachtung dieser Verpflichtungen eine Unterwerfung unter den Willen des Franchise-Gebers gesehen werden.

Die Entscheidung des OLG Düsseldorf bestätigt damit erneut, dass der Franchise-Nehmer mit Abschluss des Franchise-Vertrages zumindest einen Teil seiner unternehmerischen Selbständigkeit abgibt, soweit sich dies auf die Corporate Identity Merkmale des Franchise-Systems und sonstiger Weisungs- und Kontrollrechte bezieht, die einem jeden Franchise-System immanent sind und letztlich jeder Franchise-Nehmer auch verpflichtet ist, als Bestandteil seiner Betreiberpflicht für das Franchise-Outlet das systemtypische Know-how nicht nur zu beachten, sondern auch tatsächlich umzusetzen.

##### 3. Kündigungsfrist analog § 624 BGB

Das OLG München hat in einem Hinweisbeschluss vom 09. Januar 2009 (25 U 3709/09 n.v.) festgestellt, dass bei solchen Franchise-

Verträgen, bei denen der Franchise-Nehmer höchstpersönlich eingebunden sei, die Laufzeitregelung und die Kündigungsbestimmungen eines Franchise-Vertrages gem. § 307 BGB dahingehend zu ergänzen seien, dass der Franchise-Vertrag analog § 624 BGB nach Ablauf von fünf Jahren mit einer Frist von sechs Monaten gekündigt werden könne. Dieser Grundgedanke übersieht, dass § 624 BGB eine Vorschrift ist, die ausschließlich auf das Arbeitsrecht zugeschnitten ist, d.h. davon lebt, dass im Rahmen eines Anstellungsvertrages mit entsprechenden Weisungsbefugnissen des Unternehmers Dienstleistungen durch einen abhängig Tätigen erbracht werden. § 624 BGB ist aber nicht eine Vorschrift, der der Gedanke der Zusammenarbeit zwischen rechtlich selbständigen Unternehmern, nämlich dem Franchise-Geber als Unternehmen einerseits und dem Franchise-Nehmer als Betreiber des Franchise-Outlets andererseits zugrunde liegt.

Aus diesem Grunde wird auch zu Recht abgelehnt, dass auf eine fristlose Kündigung eines Franchise-Vertrages nicht die enge durch die arbeitsrechtlichen Fürsorgepflichten getragene zweiwöchige Ausschlussfrist des § 626 BGB Anwendung findet, sondern für eine fristlose Kündigung allein § 314 I BGB maßgebend ist und damit eine Kündigung i.S.d. § 314 III BGB innerhalb angemessener Frist zu erklären ist, wobei sich die Angemessenheit dieser Frist auf der Grundlage der Rechtsprechung zum Handelsvertreterrecht und damit der Vorschrift des § 89 a HGB bestimmt.

#### **4. Ausgleichsanspruch des Franchise-Nehmers**

Mittlerweile hat sich in der Rechtsprechung verfestigt, dass einem Franchise-Nehmer bei Beendigung des Franchise-Vertrages einen Ausgleichsanspruch für den aufgebauten Kundenstamm nach Handelsvertretergrundsätzen, d.h. analog § 89 b HGB hat (zuletzt noch OLG Celle BB 2007, 1862). Für diesen Ausgleichsanspruch sind zwei neue Entscheidungen und eine Gesetzesänderung von grundsätzlicher Bedeutung. Gem. § 89 b III 2 HGB besteht ein Ausgleichsanspruch des Franchise-Nehmers dann nicht, wenn der Franchise-Vertrag fristlos aus wichtigem Grund vom Franchise-Geber aufgrund eines vom Franchise-Nehmer zur vertretenden wichtigen Grundes gekündigt wurde. Der BGH hat hierzu in seinem Vorlagebeschluss an den EuGH vom 29. April 2009 (EuZW 2009, 667) festgestellt, dass dieser Ausschlussstatbestand auch dann zur Anwendung kommt, wenn sich die Kenntnis vom wichtigen Grund beim Franchise-Geber erst nach Beendigung des Franchise-Vertrages einstellt, also der Franchise-Vertrag wegen der zwischenzeitlich eingetretenen Beendigung vom Franchise-Geber nicht mehr fristlos aus wichtigem Grund gekündigt werden kann. Entscheidend für den Ausschlussstatbestand ist somit ein vom Franchise-Nehmer zu vertretender und eine fristlose Kündigung des Franchise-Vertrages rechtfertigender wichtiger Grund.

Die zweite Entscheidung betrifft ein Urteil des EuGH. Dieser hat nämlich mit Urteil vom 26. März 2009 (IHR 2009, 212) festgestellt, dass für den Ausgleichsanspruch künftige Vorteile des Unternehmers entscheidend sind. Insofern wurde § 89 b HGB durch Gesetz vom 05. August 2009 geändert und nunmehr festgestellt, dass ein Franchise-Nehmer vom Franchise-Geber nach Beendigung des Vertragsverhältnisses einen angemessenen Ausgleich nur dann verlangen kann, wenn und soweit der Franchise-Geber aus der Geschäftsverbindung mit vom Franchise-Nehmer geworbenen Kunden auch nach Beendigung des Franchise-Vertrages erhebliche Vorteile erzielt und die Leistung eines Ausgleichsanspruches unter Berücksichtigung aller Umstände insbesondere der dem Franchise-Nehmer mit diesen Kunden entgehenden Gewinne der Billigkeit entspricht. Dies bedeutet, dass zukünftig bei der Bemessung eines Ausgleichsanspruches eines Franchise-Nehmers nicht auf dessen Umsätze mit dem zu übergebenden Kundenstamm abzustellen ist, sondern ausschließlich darauf, ob der Franchise-Geber nach Beendigung des Franchise-Vertrages aus diesen Geschäftsverbindungen mit neuen Kunden auch weiterhin erhebliche Vorteile erzielt. Hier gilt es für die Berechnung des Ausgleichsanspruches die weitere Entwicklung, insbesondere die Rechtsprechung zum Handelsvertreterrecht abzuwarten.

#### **5. Nachvertragliches Wettbewerbsverbot**

Zahlreiche Franchise-Verträge umfassen ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot, d.h. die Verpflichtung des Franchise-Nehmers nach Beendigung des Franchise-Vertrages dem Franchise-System auf die Dauer von einem Jahr, bezogen auf das Vertragsgebiet gegen Zahlung einer Karenzentschädigung nach den Grundsätzen des § 90 a HGB keine Konkurrenz zu machen. Das eigentliche Problem in diesem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot lag und liegt darin, dem Franchise-Nehmer nachzuweisen, ob gegen das nachvertragliche Wettbewerbsverbot verstoßen wurde. Die Anforderungen dafür sind nun vom OLG Hamm mit Urteil vom 28. April 2009 (4 U 13/09) noch höher als bisher gelegt worden. Danach kann ein Verstoß gegen das nachvertragliche Wettbewerbsverbot nur dann angenommen werden, wenn dargelegt und bewiesen werden kann, dass der Franchise-Nehmer nach Beendigung des Franchise-Vertrages die gemeinsamen im Rahmen der Vertragslaufzeit erzielten gemeinsamen Arbeitsergebnisse durch illoyale Verwertung ausnutzt. Im konkreten Fall ging demgemäß das OLG Hamm davon aus, dass bei einem Nachhilfe-Franchise-System ein Verstoß gegen das nachvertragliche Wettbewerbsverbot auch dann nicht vorliegt, wenn in den gleichen Räumlichkeiten die gleichen Schüler wie vor Vertragsbeendigung unterrichtet werden. Vielmehr sah es das OLG Hamm als notwendig an, dass dann auch der Nachweis dafür erbracht werden kann, dass eben diese Schüler in den Unterrichtsräumen der ehemaligen Franchise-Schule nach den Methoden des Franchise-Systems unterrichtet werden. Ein solcher Nachweis dürfte kaum zu erbringen sein. Insofern erweist sich durch den Beschluss des OLG Hamm zumindest bei solchen Lehr-Franchise-Systemen ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot als ein „stumpfes Schwert“.

#### **6. Übertragung von Eigenfilialen**

Zahlreiche Franchise-Systeme sind zwischenzeitlich dazu übergegangen, Eigenfilialen aufzubauen und dann als Franchise-Outlets an Franchise-Nehmer zu übergeben. Begründet wird dies oftmals damit, dass dann im Hinblick auf die wirtschaftlichen Zahlen bei der vorvertraglichen Aufklärung kein Risiko bestehe, da die Zahlen dieser Eigenfiliale dem Franchise-Nehmer zur Überprüfung vor Abschluss des Franchise-Vertrages vorgelegt werden könnten. Übersehen wird dabei aber immer die arbeitsrechtliche Komponente: wird nämlich eine Eigenfiliale an einen Franchise-Nehmer verkauft und dafür ein Franchise-Vertrag abgeschlossen, so liegt arbeitsrechtlich eine Betriebsübernahme i.S.d. § 613 a BGB vor, d.h. der Franchise-Nehmer ist zur Fortführung der übernommenen Arbeitsverhältnisse Kraft Gesetzes verpflichtet. In entsprechender Weise muss dieser dann auch die Hinweis- und Unterrichtspflichten beachten, die in § 613 a V BGB normiert sind. Soweit mit den Arbeitnehmern ein sog. Erlassvertrag abgeschlossen wird, um die zwingende gesetzliche Rechtsfolge des § 613 a I BGB zu umgehen, hat das Bundesarbeitsgericht mit Urteil vom 19. März 2009 (NJW 2009, 3260) zu Recht festgestellt, dass ein solcher Vertrag wegen eines Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot gem. § 134 BGB nichtig ist.

#### **7. Fristlose Kündigung eines Franchise-Vertrages**

Die fristlose Kündigung eines Franchise-Vertrages ist gem. § 314 I BGB möglich, wenn ein wichtiger vom Franchise-Nehmer zu vertretender Grund vorliegt. Das OLG München hat hierzu mit Urteil vom 24. März 2009 (BB 2009, 2002) festgestellt, dass die Tätigkeit für ein Konkurrenzunternehmen des Franchise-Systems ohne Einwilligung des Franchise-Gebers eine fristlose Kündigung des Franchise-Vertrages ohne vorangegangene Abmahnung ermöglicht.

#### **Veranstaltungshinweise**

Sehr geehrter Herr Hofer, hier noch einige ausgewählte Veranstaltungshinweise für Sie:

<b>Veranstaltungsthema</b>	<b>Datum</b>	<b>Ort</b>	
	<b>Link</b>		
<a href="#">44. Schule des Franchising</a>	30. Nov. - 03. Dez. 2009	München	>>>
<a href="#">Selbst- und Zeitmanagement</a>	23. - 24. Februar 2010	Rottach-Egern	>>>
<a href="#">Online-Marketing</a>	24. - 25. Februar 2010	Heidelberg	>>>
<a href="#">Konfliktmanagement</a>	24. - 26. Februar 2010	München	>>>

Sichern Sie sich Ihre Teilnahme noch heute!

Ihr Deutsches Franchise Institut - DFI

### Impressum

Verantwortlich im Sinne des Presserechts:  
 DEUTSCHES FRANCHISE INSTITUT (DFI) GmbH  
 Peter Karg, Geschäftsführer  
 Erlenstegenstraße 7  
 90491 Nürnberg  
 Telefon: ++49.911.32003-0  
 Erreichbar unter: [info@franchise-institut.de](mailto:info@franchise-institut.de)  
 Internet: [www.franchise-institut.de](http://www.franchise-institut.de)

Möchten Sie unseren Newsletter abmelden? Dann klicken Sie bitte [diesen Link](#) an.