

Publikationen

zur rechtlichen Zusammenarbeit

4/2022

შედარებითი სამართლის
ქართულ - გერმანული ჟურნალი

Deutsch-Georgische Zeitschrift
für Rechtsvergleichung



Gefördert durch:



Bundesministerium
der Justiz

aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages



4/2022

Deutsch-Georgische
ZEITSCHRIFT FÜR
RECHTSVERGLEICHUNG

შპლაკობითი
სამართლის

ქართულ-გერმანული ჟურნალი



JURISTISCHE FAKULTÄT DER STAATLICHEN UNIVERSITÄT TIFLIS

Die vorliegende Publikation wird durch finanzielle Unterstützung der Deutschen Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit e.V (IRZ) herausgegeben.

Seit ihrer Gründung im Jahr 1992 berät die Deutsche Stiftung für internationale Rechtliche Zusammenarbeit e.V. (IRZ) ihre Partnerstaaten im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz bei der Reformierung ihrer Rechtssysteme und der Justizwesen. Rechtsstaatlichkeit und Demokratisierung sind Voraussetzung, um grundrechtliche Freiheiten zu wahren, stabile staatliche und gesellschaftliche Strukturen zu stärken sowie wirtschaftliches Wachstum anzuregen. Diesen Entwicklungsprozess zu unterstützen ist Aufgabe der IRZ, wobei die Bedürfnisse des jeweiligen Partnerstaats immer im Mittelpunkt stehen.

Die Zusammenarbeit mit Georgien basiert auf einer gemeinsamen Erklärung zwischen dem georgischen Justizministerium und dem Bundesministerium der Justiz von 2005 und wurde im Jahr 2006 aufgenommen. Die Schwerpunkte der Tätigkeit liegen in der Umsetzung internationaler Abkommen in georgisches Recht, in der Beratung im Straf- und Strafvollzugsrecht sowie der Aus- und Fortbildung von Rechtsanwenderinnen und Rechtsanwendern.

DEUTSCHE STIFTUNG FÜR
INTERNATIONALE RECHTLICHE
ZUSAMMENARBEIT E.V.



Gefördert durch:



Bundesministerium
der Justiz und
für Verbraucherschutz

aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages



ISSN 2587-5191 (print)

ISSN 2667-9817 (online)

© Juristische Fakultät der Staatlichen Universität Tiflis, 2022

© Deutsche Stiftung für Internationale Rechtliche Zusammenarbeit e.V. (IRZ) 2022

© Autoren, 2022

Schriftleitung

Assoz. Prof. Dr. Giorgi Rusiashvili

Assoz. Prof. Lado Sirdadze

Assoz. Prof. Dr. Tamar Zarandia

Herausgeber

Prof. Dr. Dr. hc Tiziana J. Chiusi

Prof. Dr. Olaf Muthorst

Notar Justizrat Richard Bock

Richter Wolfram Eberhard

Prof. Dr. Arkadiusz Wudarski

Richter Dr. Timo Utermark

Rechtsanwalt Dr. Max Gutbrod

Prof. Dr. Giorgi Khubua

Prof. Dr. Lasha Bregvadze

Prof. Dr. Irakli Burduli

Prof. Dr. Zviad Gabisonia

Frank Hupfeld

Khatuna Diasamidze

Assoz. Prof. Dr. Sul Khan Gamqrelidze

Assoz. Prof. Dr. Giorgi Rusiashvili

Assoz. Prof. Dr. Shalva Papuashvili

Assoz. Prof. Lado Sirdadze

David Maisuradze

Rechtsanwalt Giorgi Zhorzholiani

Rechtsanwalt Temur Bigvava

Rechtsanwalt Zviad Batiashvili

Khatia Papidze

Rechtsanwalt Gocha Oqreshidze

Demetre Egnatashvili

Rechtsanwalt Ketevan Buadze

Rechtsanwalt Nikoloz Sheqiladze

Tornike Darjania

Assist. Prof. Dr. Temur Tskitishvili

Razhden Kuprashvili

Sul Khan Gvelesiani

Natali Gogishvili

Giorgi Kvantaliani

Technische Unterstützung und Layout

David Maisuradze

Arbeitsgruppe

Nino Kavshbaia

Tatia Jorbenadze

Ana Baiadze

Tilman Sutor

Inhaltsverzeichnis

AUFSATZ

Allgemeine Geschäftsbedingungen nach dem Gesetzesentwurf des georgischen Parlaments zum „Schutz der Verbraucherrechte“	7
<i>Khatia Papidze</i>	
Materielle und formelle Abstraktheit der Bankgarantie und Ansprüche der Bank beim unwirksamen Auftragsvertrag	4
<i>Giorgi Rusiashvili</i>	
Überblick über die wesentlichen Merkmale des Franchisevertrages	8
<i>Phikria Bakradze</i>	
Prerequisites of Compensation for Damage According to Tortious General Clause	28
<i>Irakli Svanadze</i>	

Allgemeine Geschäftsbedingungen nach dem Gesetzesentwurf des georgischen Parlaments zum „Schutz der Verbraucherrechte“*

Khatia Papidze

Leitende Juristin des Rechtssausschusses des georgischen Parlaments

I. Einleitung

Am 29. März 2022 verabschiedete das Parlament Georgiens das georgische Gesetz zum „Schutz der Verbraucherrechte“. Seit der Aufhebung des vorherigen Verbraucherschutzgesetzes im Jahr 2012 gab es in Georgien kein einheitliches Gesetz über Verbraucherbeziehungen. Mit der Verabschiedung des oben genannten Gesetzes durch das Parlament wurde ein richtungweisendes Gesetzgebungsdokument geschaffen, das nicht nur die bestehende Rechtslücke schließen wird, sondern auch die Konsumkultur sowohl von Verbrauchern als auch von Unternehmen erhöhen wird.¹ Verbraucherschutz und eine informierte Gesellschaft werden zur Entwicklung solider Wirtschaftsbeziehungen und auf internationaler Ebene zur Integration in die Europäische Union beitragen.

Während der Ausschlussdiskussion und der vorbereitenden Workshops wurden mehrere Meinungen zum Gesetzesentwurf geäußert. Dieser Artikel konzentriert sich jedoch auf einen der zentralen und wichtigsten Punkte des initiierten Gesetzesentwurfes, dessen Nichtbeachtung Rechtsunsicherheit geschaffen und später weitere Gesetzesänderungen erforderlich gemacht hätte.

Insbesondere wurde im ursprünglich initiierten Gesetzespaket eine Änderung vorgeschlagen, wonach Art. 347 und 348 (Normen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen) aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch gestrichen werden sollten. Die Entfernung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen aus dem Geltungsbereich des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist völlig ungerechtfertigt und würde nicht nur im Verhältnis zu Verbrauchern zu einer Reihe von Problemen führen.

II. Die Rolle und Bedeutung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind gemäß Art. 342 GZGB als für den mehrmaligen Gebrauch vorformulierte Bedingungen definiert, die eine Partei (Anbietender) der anderen stellt. Zweck der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist die Vereinfachung des Vertragsabschlusses, was sich in der Einsparung von Zeit und anderen Ressourcen widerspiegelt und sich auf die Transaktionskosten auswirkt.² Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind aufgrund der einheitlichen und zahlreichen Verhältnisse insbesondere im Verbraucherbereich weit verbreitet. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Allgemeinen Geschäftsbedingungen nur für Verbraucherbeziehungen gelten. Ihre Bedeutung ist auch bei ande-

* Aus dem Georgischen von *Natalia Gogiasvili*.

¹ Das liegt daran, dass dieses Gesetz das wegweisende Dokument für die besten Praktiken im Verbraucherrecht sein wird.

² Ausführlich zu den Zielen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen *Rusiashvili/Aladashvili*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch III, Chanturia/Rusiashvili (Hrsg.), 2021, Art. 342, Rn. 1.

ren Arten von Rechtsverhältnissen groß, beispielsweise im Arbeitsverhältnis.³ In der Regel hat der Arbeitgeber eine Betriebsverfassung, die ein detaillierter Rechtsakt zur arbeitsrechtlichen Grundordnung ist. Diese ist einerseits vorformuliert und kann vom Arbeitnehmer nicht geändert werden, andererseits ist sie für den mehrmaligen Gebrauch bestimmt. Daher handelt es sich bei der Betriebsverfassung (die Teil des Arbeitsvertrags ist) um Allgemeine (und nicht die individuelle) Geschäftsbedingungen, für die die Bestimmungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Bürgerlichen Gesetzbuches unter Berücksichtigung des Inhalts unverändert gelten.⁴ Im Arbeitsverhältnis kommt nicht nur die Betriebsverfassung als Allgemeine Geschäftsbedingung in Betracht, sondern auch andere Bestimmungen des Arbeitsvertrags, wenn sie den Kriterien der Allgemeinen Geschäftsbedingungen entsprechen.

III. Kriterien, um eine Bedingung als Allgemeine Geschäftsbedingung zu qualifizieren

Um eine Bedingung als Allgemeine Geschäftsbedingung zu qualifizieren, muss sie bestimmte Voraussetzungen erfüllen. Insbesondere muss es sich um eine Vertragsbedingung handeln (a), d.h. auf die Vertragserfüllung abzielen, und sie muss vorformuliert sein (b). Genauer gesagt müssen die Bedingungen so gestaltet sein, dass die andere Partei an deren Ausarbeitung nicht beteiligt ist. Außerdem muss die Bedingung für den mehrmaligen Gebrauch bestimmt sein (c).⁵ Zur Erfüllung dieses Erfordernisses reicht nur der Zweck des mehrmaligen Gebrauchs der Bedingungen, auch wenn sie nur einmal verwendet

wurde. Letztlich müssen Bedingungen auferlegt werden, was bedeutet, dass die andere Partei nicht befugt ist, sie (die Bedingung) zu ändern (d).⁶

Somit kann eine Bedingung, die die oben genannten Kriterien erfüllt, außer in Arbeits- und Verbraucherbeziehungen auch zwischen zwei natürlichen Personen, die beide keine Unternehmer sind, bestehen. Für solche Verhältnisse gelten auch Art. 347 und 348 GZGB. Es ist daher nicht gerechtfertigt, diese Vorschriften nur in ein Verbraucherschutzgesetz zu transformieren.

IV. Art. 347 und 348 als Grenze für die Auslegung des Art. 346

Die Entfernung der Art. 347 und 348 aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch würde deren Anwendung zur Bestimmung der Grenze des Art. 346 unmöglich machen. Art. 346 ist eine allgemeine Regel zur Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die unter anderem für gewerbliche Rechtsverhältnisse gilt.⁷ Art. 347 und 348 weisen ausdrücklich auf nichtgewerbliche Rechtsverhältnisse hin, auf deren Grundlage es unmöglich ist, die für einen Unternehmer geltenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen für ungültig zu erklären. Dies schließt jedoch die Anwendung von Art. 347 und 348 zur Auslegung des Inhalts von Art. 346 und zur Bestimmung seines allgemeinen Anwendungsbereichs aus. Ansonsten hätte Art. 346, getrennt betrachtet, ein sehr breites Spektrum von Rechtsverhältnissen abgedeckt und eine umfassende und unvorhersehbare Rechtsprechung geschaffen. Enthält der Vertrag zwischen den Unternehmern eine Allgemeine Geschäftsbedingung, die dem in den Art. 347 und 348 vorgesehenen Fall entspricht,

³ *Markesinis/Unberath/Johnston*, The German Law of Contract, A Comparative Treatise, 170.

⁴ Vgl. § 310 Abs. 4 BGB.

⁵ Der Anbieter muss beabsichtigen, diese oder jene Bedingung mehrfach zu verwenden, wenn er eine Bedingung auferlegt. Ausführlich dazu siehe in *Rusiashvili/Aladashvili*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch III, Chanturia/Rusiashvili (Hrsg.), 2021, Art. 342, Rn. 13.

⁶ *Markesinis/Unberath/Johnston*, The German Law of Contract, A Comparative Treatise, 165-166.

⁷ *Rusiashvili/Aladashvili*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch III, Chanturia/Rusiashvili (Hrsg.), 2021, Art. 346, Rn. 6.

und nach der Prüfung wirksam ist,⁸ so darf diese Bedingung nicht nach Art. 346 für nichtig erklärt werden. Art. 347 und 348 enthalten die wegweisenden Bestimmungen für die Ungültigkeitserklärung einer Allgemeinen Geschäftsbedingung.⁹ Was in den von diesen Normen vorgesehenen Fällen behandelt wird und was nach diesen Artikeln wirksam ist, darf nicht gegen die Grundsätze von Treu und Glauben im Rahmen vom Art. 346 verstoßen.

Die Streichung der Art. 347 und 348 aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch belässt somit Art. 346 unbegrenzt und schafft die Gefahr seines Missbrauchs und der Unwirksamkeit des Geltungsbereichs der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Da das Verbraucherschutzgesetz Georgiens spezielle Verhältnisse regelt und ein besonderes Subjekt – den Verbraucher – zum Gegenstand hat, ist es unmöglich, die Normen des genannten

Gesetzes auf vertragliche Rechtsverhältnisse mit Nichtverbrauchern anzuwenden.

V. Zusammenfassung

Der Anwendungsbereich der Art. 347 und 348 GBGB geht über Verbraucherbeziehungen hinaus. Aus diesem Grund ist es besonders wichtig, sie im Bürgerlichen Gesetzbuch zu belassen, um die Möglichkeit einer Ausweitung auf andere Beziehungen nicht auszuschließen. Die Normen, die die Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Verbraucherschutzgesetz Georgiens regeln, werden bereits unverändert angewendet. Daher ist es besser, zusätzliche Regelungen in ein spezielles Gesetz zu überführen, um die Systematik und den Kern der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht zu beeinträchtigen.

⁸ Das heißt, es geht nicht über die in diesen Artikeln festgelegten Grenzen hinaus.

⁹ Vgl. *Rusiashvili/Aladashvili*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch III, Chanturia/Rusiashvili (Hrsg.), 2021, Art. 346, Rn. 6.

Materielle und formelle Abstraktheit der Bankgarantie und Ansprüche der Bank beim unwirksamen Auftragsvertrag*

Assoz. Prof. Dr. Giorgi Rusiashvili

Bei der Bankgarantie stellt die Bank die Leistung eines Dritten (Prinzipal) an den Begünstigten sicher. Diesem dreidimensionalen Verhältnis liegen drei Verträge zugrunde: Erstens verpflichtet sich der Prinzipal gegenüber dem Begünstigten, dass die Bank seine Verbindlichkeit mittels der Bankgarantie sichert. Dieses Verhältnis wird als „Valutaverhältnis“¹ bezeichnet. Der Prinzipal beauftragt die Bank, eine Garantie gegenüber dem Begünstigten auszusprechen (Deckungsverhältnis²), weshalb er auch als Garantiefordergeber bezeichnet wird. Schließlich schließt die Bank mit dem Begünstigten einen Garantievertrag ab. Während das Leistungsversprechen vom dem Garantiennehmer (Prinzipal) an den Begünstigten verschiedenen Inhalts sein kann (z.B. Geldschuld, Warenlieferung, Dienstleistung), sollte die Bank das wirtschaftliche Interesse des Begünstigten in der Regel in Geld abdecken.

Die Bankgarantie ist ein abstraktes Rechtsgeschäft,³ weil der Begünstigte sie grundsätzlich unabhängig vom Valuta- oder vom Deckungsverhältnis in Anspruch nehmen kann. In Bezug auf die Dogmatik abstrakter Rechtsgeschäfte ist für das georgische Recht nicht das deutsche Recht (mit

seinem Abstraktionsprinzip) maßgeblich, sondern die Rechtsordnungen der deutschen Rechtsfamilie, in denen nicht das Abstraktionsprinzip, sondern das Kausalitätsprinzip greift, wie es ebenfalls dem georgischen Recht zugrunde liegt. Das Kausalitätsprinzip impliziert, dass die Wirksamkeit der Leistungsgeschäfte von ihrer Grundlage (causa) abhängt. Aber auch in den Rechtsordnungen, in denen das Kausalitätsprinzips gilt, müssen bestimmte Geschäfte abstrakt sein, zum Beispiel das Schuldenanerkennnis (Art. 341 GZGB), ansonsten würden diese ihre Bedeutung und Funktion gänzlich verlieren. Darunter fällt auch eine Bankgarantie, die im österreichischen Recht ebenfalls abstrakt ist, wenn sie in Dreipersonenverhältnissen abgegeben wird – eine Person übernimmt eine Garantie für die Verpflichtung einer anderen Person gegenüber einem Dritten.⁴ Die ausführliche Erklärung dieser abstrakten Natur soll weiter unten noch Gegenstand der Betrachtung sein.

Da der Prinzipal die Bank beauftragt, dem Begünstigten eine Garantie zu bestellen und sich die Bank verpflichtet, mit dem Begünstigten im Interesse des Auftraggebers und auf seine Rechnung

* Aus dem Georgischen von *Natalia Gogiashvili*.

¹ Vgl. *Rusiashvili*, Kommentar zum Zivilgesetzbuch, *Chanturia* (Hrsg.), Tiflis 2019, Art. 349 Rn. 20, Fn. 21.

² Auch „Gegenleistungsverhältnis“, sonst: „Proportionales Verhältnis“, vgl. *Rusiashvili*, Kommentar zum Zivilgesetzbuch, *Chanturia* (Hrsg.), Tiflis 2019, Art. 349 Rn. 20.

³ Diese Auffassung gilt gleichermaßen für alle Rechtsordnungen der deutschen Rechtsfamilie, Vgl. *Canaris*, Bankvertragsrecht, Teil 2, München 2014, Rn. 1134.

⁴ *Koziol*, in: *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II, Wien 1998, Rn. 3/4.

einen Garantievertrag abzuschließen, werden auf das Rechtsverhältnis von Bank und Auftraggeber die Vorschriften über den Auftragsvertrag im österreichischem Recht (Art. 1002 ff. ABGB (Österreich)) angewendet.⁵ Nach deutschem Recht wird dieser Vertrag als Geschäftsbesorgungsvertrag gemäß §§ 675 und 631 BGB eingestuft.⁶ Der Geschäftsbesorgungsvertrag in Deutschland (§§ 675 ff. BGB) gilt nicht als ein bestimmter Vertragstyp, sondern als ein Rahmenverhältnis, unter dem Werk- und Dienstleistungsverträge zusammengefasst werden, wenn deren Inhalt die Übertragung einer vom Gläubiger selbst vorzunehmenden Handlung auf einen anderen ist. Sowohl im georgischen als auch im österreichischen Recht existiert keine direkte Entsprechung für dieses Verhältnis und es besteht keine (zumindest von der Rechtsprechung anerkannte) Möglichkeit, dass beispielsweise ein Werkvertrag gleichzeitig einen anderen Rahmenvertrag erfüllt und dass dieser Regulierungskomplex auch für diesen gelten soll. Daher sollte nach georgischem Recht ein Garantievertrag zwischen einem Auftraggeber und einer Bank als Werkvertrag (Art. 629 ff. GZGB) oder als entgeltlicher Auftragsvertrag (Art. 709, 710 ff. GZGB) qualifiziert werden. Letzteres steht dem Inhalt der von der Bank geschuldeten Leistung näher, denn hier steht eher die Übernahme der Leistung im Vordergrund als das Versprechen, zu einem bestimmten Erfolg zu führen – der Erfolg ist integraler Bestandteil der nach Treu und Glauben erbrachten Leistung und nicht ein unabhängig versprochenes Element.

Wie oben erwähnt, ist bei einer Bankgarantie nicht nur die Garantie der Wirkung der Erfüllung der bestehenden Verpflichtung gewährleistet, sondern unabhängig davon das Versprechen eines bestimmten Erfolgs, nämlich der Erhalt der Leistung durch den Begünstigten. Daher ist es für die Garantie entscheidend, dass der gesicherte Gläubiger einen Beitrag erhält und nicht, dass die vom Prinzipal zu leistende wirksame Verpflichtung erfüllt wird. Daher ist die Bankgarantie vom Valutaverhältnis zwischen dem Begünstigten und dem Auftraggeber losgelöst, d.h. sie ist nicht akzessorisch. Dies ist ein gemeinsames und unerschütterliches Dogma sowohl im deutschen⁷ als auch im österreichischen Recht⁸. Was die Abstraktheit (d.h. die Unabhängigkeit von der causa) betrifft, so weist auch hier zunächst das österreichische wie das deutsche Recht auf deren abstrakte Natur hin,⁹ da ihre Wirksamkeit unabhängig vom Deckungsverhältnis¹⁰ zwischen dem Prinzipal und dem Garanten ist und ihre causa in sich trägt.¹¹ Allerdings unterscheidet das österreichische Recht im Gegensatz zum deutschen Recht zwischen materieller und formeller Abstraktheit: Die Loslösung des Garantievertrages von seiner Grundlage kann dauerhaft sein und damit jede Rückabwicklung ausgeschlossen sein (materielle Abstraktheit) oder die Loslösung kann nur vorübergehend sein, was bedeutet, dass das Grundverhältnis für den Zahlungsanspruch vom Garanten nicht ausschlaggebend sein muss, jedoch nach der Zahlung (und nach Feststellung der Unwirk-

⁵ *Koziol*, in: *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II, Wien 1998, Rn. 3/53.

⁶ *Canaris*, Bankvertragsrecht, Teil 2, München 2014, Rn. 1107.

⁷ *Canaris*, Bankvertragsrecht, Teil 2, München 2014, Rn. 1124, 1137 ff.

⁸ *Koziol/Potyka*, in: *Apathy/Koziol*, Bankvertragsrecht V, 2. Aufl., 2009, Rn. 3/4.

⁹ *Canaris*, Einwendungsausschluss und Einwendungsdurchgriff bei Dokumentenakkreditiven

und Außenhandelsgarantien, ÖBA 1987, 769f; OGH in JBl 1985, 425; 3 Ob 546/95 in ÖBA 1996, 69; ÖBA 1997, 482; ÖBA 1988, 1230; 7 Ob 145/97t in ÖBA 1998, 229; 8 Ob 190/98v in ÖBA 2000, 322 mit Anm von *Rummel*.

¹⁰ *Schönle*, Missbrauch von Akkreditiven und Bankgarantien, SJZ 1983, 58f.

¹¹ *Büsser*, Einreden und Einwendungen der Bank als Garantin gegenüber dem Zahlungsanspruch des Begünstigten, Fribourg 1997, 121 ff.

samkeit des Kausalgeschäfts) eine Rückforderung in Betracht kommt (formelle Abstraktion).¹²

Bei einem Garantievertrag bedarf es einer ausdrücklichen Vereinbarung zwischen der Garantiegeberbank und dem Begünstigten, um von seiner materiellen Abstraktheit zugunsten einer formellen Abstraktheit abzuweichen.¹³ Auch in diesem Fall kann laut OGH¹⁴ die Zustimmung des Prinzipals erforderlich sein. Die Ersetzung materieller Abstraktheit durch die formelle bedeutet folgendes: Der Begünstigte kann die Bank verklagen und zur Leistung zwingen, ohne die Wirksamkeit des Valuta- oder Deckungsverhältnisses nachweisen zu müssen, jedoch kann die Bank im weiteren Verfahren die fehlende Rechtsgrundlage einwenden und Rückzahlung verlangen.¹⁵ Dieses Verhältnis unterscheidet sich von einer typischen Bürgschaft dadurch, dass der Begünstigte die Grundlage seines Anspruchs gegenüber einem Dritten nicht begründen und beweisen muss. Zudem muss, wie bei einer „Bürgschaft auf erstes Anfordern“¹⁶, der Garant zunächst zahlen und kann erst dann die Rückzahlung einklagen.

Bei einer materiellen Abstraktheit, wenn die Bank an den Begünstigten auf Grundlage eines Garantievertrags leistet und sich dann herausstellt, dass der Auftragsvertrag zwischen der Bank und dem Prinzipal nichtig ist, ist sie berechtigt, den Prinzipal nur durch die Leistungskondition in Anspruch zu nehmen. Dieser Anspruch zielt darauf ab, das zurückzugeben, was der Prinzipal un-

gerechtfertigt von ihr erhalten hat: Die Bankgarantie hat ihren Marktwert und diesen Wert muss der Prinzipal der Bank erstatten. Was den Zahlungsanspruch gegen den Begünstigten vom Prinzipal betrifft, soll dies nicht durch die Leistungskondition erfolgen, sondern durch Art. 905 GZGB analog, durch den gesetzlichen Regress. Die Bank kann diesen Betrag im Falle einer materiellen Abstraktheit nicht vom Begünstigten zurückfordern.¹⁷

Der Bank steht zwar kein vertraglicher Regress nach Art. 890 I GZGB bei Nichtigkeit des Auftragsvertrages zwischen der Bank und dem Auftraggeber zu, jedoch findet nach absolut herrschender Meinung¹⁸ Art. 905 GZGB analoge Anwendung auf die Bankgarantie. Die Analogie ist zunächst aufgrund gleicher Interessenlage bei einer Bürgschaft und einer Bankgarantie gerechtfertigt – der Garant ist durch die Gewährung eines Rückgriffsanspruchs in gleicher Weise schutzwürdig wie der Bürge. Darüber hinaus ergibt sich die Zulässigkeit dieser Analogie aus dem Grundsatz des Art. 473 I GZGB, einer Norm, die viel weiter geht als nur die Regelung eines Einzelfalls zu enthalten und vielmehr den allgemeinen Gedanken der Regressbedürftigkeit in ähnlichen Situationen verkörpert, was die Gewährung des Regressanspruches des Garanten gegenüber dem Prinzipal rechtfertigt. Der Bürge hat auch dann einen Regressanspruch nach Art. 905 GZGB, wenn der Vertrag zwischen ihm und dem Hauptschuldner nichtig ist.¹⁹ Gleiches gilt für den Rückgriff des Bürgen, unabhängig

¹² *Koziol/Potyka*, in: *Apathy/Koziol*, Bankvertragsrecht V, 2. Aufl., 2009, Rn. 3/4.

¹³ *Koziol*, Die Rückforderung bei unberechtigter Inanspruchnahme der Garantie, OBA 1999, 254f; *Jabornegg*, OBA 1988, 621; *G. Graf*, Übermassige Inanspruchnahme der Garantie: Voraussetzungen der Rückforderung durch den Garanten, *ecolex* 1998, 15; OGH 1 Ob 208/99s in OBA 2000, 418 mit Anm von *Apathy* = SZ 72/131 = *ecolex* 2000, 33 mit Anm von *G. Wilhelm*; 8 Ob 200/02y in OBA 2003, 954.

¹⁴ OGH in OBA 2000, 418 mit Anm von *Apathy*; OBA 2003, 954.

¹⁵ *Gröschler*, Einwendungsausschluss bei der Garantie auf erstes Anfordern und der einfachen Garantie, JZ 1999, 822.

¹⁶ Vgl. *Rusiashvili*, Online-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, *gccg.ge*, 03.04.2022, Art. 891, Rn. 42 ff.

¹⁷ *Canaris*, Bankvertragsrecht, Teil 2, München 2014, Rn. 1141.

¹⁸ Vgl. *Canaris*, Bankvertragsrecht, Teil 2, München 2014, Rn. 1112 m.w.Nachw. zur Literatur.

¹⁹ BeckOK BGB/*Rohe*, 61. Ed. 1.2.2022, BGB § 765 Rn. 13.

von der Unwirksamkeit des Abtretungsvertrages mit dem Auftraggeber.

Eine Bank kann einen unmittelbaren Kondiktionsanspruch gegen einen Begünstigten erlangen, wenn sie die Bankgarantie nur unter die auflösende Bedingung der Nichtigkeit des Deckungsverhältnisses (des mit dem Prinzipal abgeschlossenen Auftragsvertrages) stellt (Art. 97 GZGB). In diesem Fall ist mit der Nichtigkeit des Auftragsvertrages automatisch auch die Bankgarantie nichtig und aufgrund dieser kann die Bank Rückzahlung durch die Leistungskondition verlangen. Die Bankgarantie kann unter der auflösenden Bedingung der Zahlung des Prinzipals an den Begünstigten im Valutaverhältnis

vorgenommen werden - in diesem Fall hat die Bank einen Zahlungsanspruch unabhängig davon, ob der Prinzipal vor oder nach der Zahlung der Bank zahlt.²⁰

Darüber hinaus kann der Garant einen Kondiktionsanspruch nach Art. 983 GZGB haben, wenn der Prinzipal nach Zahlung der Bank erneut an den Begünstigten leistet.²¹ Dadurch, dass die Forderung gegen den Prinzipal mit der Zahlung an den Begünstigten auf die Bank übergeht (Art. 905 GZGB analog), erhält der Begünstigte diese Leistung vom Prinzipal als Nichtberechtigter und muss sie an die Bank nach Art. 983 GZGB zurückerstatten, wenn diese Leistung nach Art. 207, 200 GZGB wirksam ist.

²⁰ Reuter/Martinek Ungerechtfertigte Bereicherung, Tübingen 1983, § 140 ff.

²¹ Canaris, Bankvertragsrecht, Teil 2, München 2014, Rn. 1143.

Überblick über die wesentlichen Merkmale des Franchisevertrages

Phikria Bakradze

Rechtsanwältin, Doktorandin an der staatlichen Universität Tiflis

1. Einführung

Während der Entwicklung der unternehmerischen Tätigkeit ist in Georgien das Franchising aktuell geworden, da das Tempo der Bedürfnisse der Verbraucher an Waren und Dienstleistungen beschleunigt wurde.¹ Obwohl die georgische Gesetzgebung hinter der Entwicklungsgeschwindigkeit der gesellschaftlichen Beziehungen verhältnismäßig zurückbleibt, spielt das Prinzip der Vertragsfreiheit während der Entwicklung der Marktwirtschaft eine wichtige Rolle, das den Privatrechtssubjekten die Möglichkeit einräumt,² das Franchising als eine der flexiblen Form der Rechtsbeziehungen zwischen den Unternehmen in jedem Bereich der Marktwirtschaft anzuwenden,³ damit der Franchisenehmer und der Franchisegeber durch die Erfüllung der spezifischen Verpflichtungen die Herstellung von Waren, den Weiterverkauf von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen begünstigen können.⁴ Daher gilt

das Franchising als ein durch die Praxis entwickeltes Rechtsinstitut.⁵

Die Rechtsvorschriften, die das Franchising regeln, sind als komplex zu charakterisieren und stehen in einem engen Zusammenhang mit den verschiedenen Rechtsinstituten und den Rechtsgebieten.⁶ Der Franchisevertrag zeichnet sich durch seine übergreifende Natur aus.⁷ Es ist zu betonen, dass das Franchising mit der rechtlichen Liberalisierung und mit der fortschreitenden Integration der europäischen Märkte für die deutsche Unternehmen eine abwechslungsreiche Möglichkeit darstellt, um die europäischen Märkte mit ihren Produkten zu erschließen.⁸ Das Rechtsinstitut des Franchisings ist in England nicht kodifiziert und wird bei allen franchiserechtlichen Streitigkeiten sowohl von den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, als auch von den Vorschriften des Handels-, Wettbewerbs-, Gesellschafts- und des allgemeinen Vertragsrechts gelöst.⁹

¹ *Tsertsvadze G.*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch III, Vertragsrecht (Besonderer Teil), Tiflis, 2016, Art. 607, Rn. 1, 2.

² *Svanadze G.*, in: Vertragsrecht, *Jugheli G.* (Redakteur), Tiflis, 2014, 102, 103.

³ *Tsertsvadze G.*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch III, Vertragsrecht (Besonderer Teil), Tiflis, 2016, Art. 607, Rn. 10; *Jorbenadze S.*, Franchisevertrag, Tiflis, 2000, 4.

⁴ Siehe Art. 607 des georgischen Zivilgesetzbuches.

⁵ Vgl. *Tsertsvadze G.*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch III, Vertragsrecht (Besonderer Teil), Tiflis, 2016, Art. 607, Rn. 2.

⁶ *Tsertsvadze G.*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch III, Vertragsrecht (Besonderer Teil), Tiflis, 2016, Art. 607, Rn. 2.; *Chachanidze T.*, rechtliche Regelung des Franchiseverhältnisses, Tiflis, 2010, 23.

⁷ *Tsertsvadze G.*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch III, Vertragsrecht (Besonderer Teil), Tiflis, 2016, Art. 607, Rn. 3.

⁸ *Hahn A.*, Franchising und vorvertragliche Aufklärung im englischen Recht, Zeitschrift für Vertriebsrecht, Heft 5., Verlag C.H.BECK oHG, München, 2019, 293.

⁹ *Hahn A.*, Franchising und vorvertragliche Aufklärung im englischen Recht, Zeitschrift für Vertriebsrecht, Heft 5., Verlag C.H.BECK oHG, München, 2019, 293.

In Georgien ist das Franchising als eine der besten Möglichkeiten für den Investitionsanstieg der einheimischen Wirtschaft hervorzuheben.¹⁰ Es ist erwähnenswert, dass das Franchising in Georgien vielmehr durch die ausländischen Unternehmen, etwa in der Gastronomie oder im Hotelbereich entwickelt wurde.¹¹ Da die georgische Rechtsprechung über das Franchising kaum ausreichend ist, lässt sich dieses Problem empirisch nicht erfassen. Deswegen ist es effizienter, durch die rechtsvergleichende Methode die aktuellen Fragen des Franchisings theoretisch zu untersuchen. Daher wird im vorliegenden Aufsatz zum Zweck der Rechtsvergleichung die Analyse sowohl der Regulierung als auch der Rechtsprechung des deutschen Franchiserechtes vorgelegt.

Der vorliegende Aufsatz wird sich mit der Frage der Rechtsnatur des Franchisings und mit dem Vertragsbegriff des Franchisings beschäftigen. Besonders werden die wesentlichen Merkmale des Franchisevertrages untersucht, etwa die Dauer der Franchiseverhältnisse, das Verhältnis zwischen den selbstständigen Unternehmen, das System der spezifischen Verpflichtungen und der Zweck des Franchiseverhältnisses für die Beteiligten. In diesem Aufsatz werden Rechte und Pflichten der Franchisepartner in Bezug auf die wesentlichen Merkmale des Franchisevertrages analysiert. Die wesentlichen Merkmale des Franchisevertrages werden rechtsvergleichend untersucht, damit das georgische Recht verständlicher ausgelegt wird und effektive Mechanismen für die Aus-

legung des georgischen Rechts zur Verfügung gestellt werden können. In der Zusammenfassung wird schließlich das Untersuchungsergebnis dargestellt.

2. Begriff des Franchisevertrages

Das Franchising ist ursprünglich in den Vereinigten Staaten entdeckt worden und hat sich danach in der ganzen Welt ausgebreitet.¹² Das in Kalifornien im Jahr 1970 verabschiedete Gesetz gilt als erster gesetzgeberischer Akt zur Regulierung des Franchisings.¹³ Dennoch hatte einer Ansicht zufolge im Mittelalter die katholische Kirche ein dem Franchising ähnliches Modell verwendet, um Steuern zu erheben.¹⁴ Der Begriff „Franchising“ stellt eine Mischung der englischen und französischen Wörter dar,¹⁵ jedoch ist das Wort „Franchising“ aus dem französischen Wort „Franchise“ hergeleitet, was „Privileg“, „Begünstigung“ bedeutet.¹⁶

In der Rechtslehre ist keine einheitliche Definition des Franchisevertrags anerkannt.¹⁷ Nach dem georgischen Zivilgesetzbuch kann das Franchising als ein Nutzungssystem sowohl von Ware, als auch von Dienstleistung oder Technologie definiert werden, das auf dem gemeinsamen Dauerverhältnis des Franchisegebers und des Franchisenehmers, die selbständige Unternehmen darstellen, basiert.¹⁸

Die internationale Vereinigung des Franchisings¹⁹ definiert das Franchising als „ein zwischen

¹⁰ *Jorbenadze S.*, Franchisevertrag, Tiflis, 2000, 6.

¹¹ *Tsertsvadze G.*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch III, Vertragsrecht (Besonderer Teil), Tiflis, 2016, Art. 607, Rn. 4.

¹² *Chachanidze T.*, Rechtliche Regelung des Franchiseverhältnisses, Tiflis, 2010, 7.

¹³ *Tsertsvadze G.*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch III, Vertragsrecht (Besonderer Teil), Tiflis, 2016, Art. 607, Rn. 8.

¹⁴ *Tsertsvadze G.*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch III, Vertragsrecht (Besonderer Teil), Tiflis, 2016, Art. 607, Rn. 6.

¹⁵ *Tsertsvadze G.*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch III, Vertragsrecht (Besonderer Teil), Tiflis, 2016, Art. 607, Rn. 7.

¹⁶ *Chachanidze T.*, Rechtliche Regelung des Franchiseverhältnisses, Tiflis, 2010, 7.

¹⁷ *Chachanidze T.*, Rechtliche Regelung des Franchiseverhältnisses, Tiflis, 2010, 25.

¹⁸ Siehe, Art. 607 des georgischen Zivilgesetzbuches.

¹⁹ Internationale Vereinigung des Franchisings, <<https://www.franchise.org>> [10.03.2022].

dem Franchisegeber und dem Franchisenehmer bestehendes Dauerverhältnis, währenddessen dem Franchisenehmer von dem Franchisegeber gegen Zahlung einer entsprechenden Gebühr Kenntnis, Erfolg, Vertriebssystem und System der Marketingmethoden zur Verfügung gestellt wird.“²⁰ Nach der Weltorganisation für geistiges Eigentum stellt das Franchising einen solchen Vertrag dar, durch den der Franchisegeber, der für die Durchführung bestimmter Tätigkeiten über das entwickelte Geschäftskonzept verfügt, der anderen Partei das Recht einräumt, das von dem Franchisegeber entwickelte Geschäftskonzept unter Beachtung seiner Anforderungen und gegen entsprechende Gebühr nutzen zu dürfen.²¹ Laut „UNIDROIT“ ist das Franchising eine Vereinbarung, durch die dem Franchisenehmer das Franchisesystem von dem Franchisegeber übergeben wird.²² Im weiteren Sinne kann das Franchisesystem als das System der Objekte des geistigen Eigentums angenommen werden, die etwa Software, Datenbanken, Elemente des Designs, Rechte über Erfindungen u.a. enthalten können.²³

Im Unterschied zu der georgischen Regelung existiert in der deutschen Rechtsordnung keine normative Definition des Franchisings. In der Praxis wurden aber unter dem Einfluss verschiedener Umstände verschiedene Definitionen über das Franchising herausgebildet.²⁴ Der Begriff des Franchisings könnte wie folgt lauten: „Unter einem Franchising wird die Gesamtheit der Rechte angenommen, welche eine Partei (Franchisege-

ber) der anderen Partei (Franchisenehmer) gewährt und welche den Franchisenehmer berechtigen und auch verpflichten, gegen unmittelbare oder mittelbare finanzielle Vergütung, das Geschäft des Vertriebs von Waren und/oder Dienstleistungen und/oder Technologien im Rahmen eines von dem Franchisegeber bestimmten Systems (Franchisesystem) zu übernehmen, welches ein geheimes Know-how und die Erbringung von Unterstützungsleistungen vorsieht, in welchem im Wesentlichen die Art und Weise des Betriebs des Franchisenehmers (Franchisebetrieb) vorgeschrieben ist, in dem eine fortlaufende Betriebskontrolle durch den Franchisegeber erfolgt und in dem der Franchisenehmer im Zusammenhang mit seinem Franchisebetrieb zur Nutzung der vom Franchisegeber vorgesehenen geistigen und gewerblichen Schutzrechte berechtigt und verpflichtet ist.“²⁵ Daher ist der Franchisevertrag als eine Vereinbarung zu verstehen, in welcher sich die Parteien zur Vergabe und Inanspruchnahme der Franchise verpflichten. Als Franchising soll die Methode verstanden werden, die dazu dient, die Bindung von den Franchisenehmern durch die Franchiseverträge zu gewährleisten, um den Vertrieb von Waren, Dienstleistungen und Technologien zu organisieren und aufbauen zu lassen.“²⁶

Wie bereits erwähnt wurde, gibt es in der juristischen Literatur zahlreiche Definitionen des Franchisings, aber keiner davon wird es leicht fallen, das Franchising präzise zu beschreiben. Das Franchising ist ein einzigartiges Rechtsinstitut. Daher

²⁰ Chachanidze T., *Rechtliche Regelung des Franchiseverhältnisses*, Tiflis, 2010, 26.

²¹ Chachanidze T., *Rechtliche Regelung des Franchiseverhältnisses*, Tiflis, 2010, 25.

²² „UNIDROIT“ stellt ein internationales Institut zur Vereinheitlichung des Privatrechts dar, siehe hierzu Tsertvadze G., in: *Vertragsrecht*, Jugheli G., (Redakteur), Tiflis, 2014, 22-24.; Chachanidze T., *Rechtliche Regelung des Franchiseverhältnisses*, Tiflis, 2010, 27.

²³ Chachanidze T., *Rechtliche Regelung des Franchiseverhältnisses*, Tiflis, 2010, 31.

²⁴ Giesler J. P., Dauner-Lieb/Langen, *Nomos Kommentar BGB – Schuldrecht*, Band 2, 3. Aufl., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2016, Vorbemerkung zu §§ 535 - 580 a, Rn. 1, 4.

²⁵ Giesler J. P., Dauner-Lieb/Langen, *Nomos Kommentar BGB – Schuldrecht*, Band 2, 3. Aufl., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2016, Vorbemerkung zu §§ 535 - 580 a, Rn. 4.

²⁶ Giesler J. P., Dauner-Lieb/Langen, *Nomos Kommentar BGB – Schuldrecht*, Band 2, 3. Aufl., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2016, Vorbemerkung zu §§ 535 - 580 a, Rn. 4.

ist es schwierig, seine präzise Definition festzulegen. Trotzdem lassen diese verschiedenen Definitionen die Regelung des georgischen ZGB besser verdeutlichen und dienen dazu, den Sinn und Zweck der Regelung zu verstehen.

3. Rechtsnatur des Franchisevertrages

Die Rechtsnatur des Franchisevertrages ist verhältnismäßig spezifisch. Der Franchisevertrag wird als komplex charakterisiert, da der Franchisevertrag sowohl die Vorschriften des Schuldrechts, als auch die des geistigen Eigentums und des Wettbewerbsrechts zusammenfasst.²⁷

Die Weltorganisation für geistiges Eigentum unterscheidet zwischen mehreren praktisch wichtigen Merkmalen, die eine klarere Vorstellung von dem rechtlichen Wesen des Franchisings vermitteln und ein angemessenes Verständnis seiner Rechtsnatur ermöglichen. Diese Kennzeichen sind: 1. Übertragung der Rechte auf das Franchisesystem, 2. Entstehung der langfristigen Vertragsbeziehungen und 3. Bevorzugte Stellung des Franchisegebers.²⁸

Nach der deutschen juristischen Literatur sind die Rechtsnatur und der Inhalt des Franchisevertrages dem Vertragshändlervertrag angenähert.²⁹ Die Absatztätigkeit erfolgt bei beiden im eigenen Namen und auf eigene Rechnung, jedoch ist der

Franchisenehmer stärker in das Vertriebs- und Absatzsystem des Franchisegebers eingegliedert.³⁰

Die Frage der Rechtsnatur des Franchiseverhältnisses haben der BGH und das OLG Hamm offengelassen.³¹ Die herrschende Meinung der deutschen juristischen Literatur charakterisiert den Franchisevertrag als einen Misch- und Typenkombinationsvertrag, der wechselnde Elemente des Kaufvertrages, des Miet- und Pachtvertrages, des Dienstvertrages, des Geschäftsbesorgungsvertrages und des Lizenzvertrages enthält.³² Trotzdem lässt sich festhalten, dass im Vordergrund häufig die Dienstleistungselemente und die Geschäftsbesorgungselemente stehen, die mit den Pachtvertragsselementen kombiniert sind.³³ Der Ausgangspunkt für die Frage der Rechtsnatur des Franchisings ist das Franchisesystem, da das Franchisesystem das wichtige Indiz dafür gibt, wie unterschiedlich die Gewichtung der Leistungspflichten aus den verschiedenen Typenelementen in jedem Franchisevertrag ist.³⁴

Grundsätzlich unterscheidet man zwischen zwei Arten von Franchiseverträgen. Die erste Art betrifft den Vertrieb von Produkten, während die Zweite die Übertragung des gesamten Geschäftsbetriebs umfasst. Bei der Übertragung des gesamten Geschäftsbetriebs unterscheidet der Verbraucher grundsätzlich nicht zwischen dem Franchisegeber und dem Franchisenehmer, da der Fran-

²⁷ Chachanidze T., *Rechtliche Regelung des Franchiseverhältnisses*, Tiflis, 2010, 85.

²⁸ Chachanidze T., *Rechtliche Regelung des Franchiseverhältnisses*, Tiflis, 2010, 29.

²⁹ Preis U., *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, BGB § 611a Arbeitsvertrag, 20. Aufl., C.H.BECK. Verlag, München, 2020, Rn. 110.

³⁰ Preis U., *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, BGB § 611a Arbeitsvertrag, 20. Aufl., C.H.BECK. Verlag, München, 2020, Rn. 110.

³¹ Giesler J. P., Dauner-Lieb/Langen, *Nomos Kommentar BGB – Schuldrecht*, Band 2, 3. Aufl., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2016, Vorbemerkung zu §§ 535 - 580 a, Rn. 12.

³² Giesler J. P., Dauner-Lieb/Langen, *Nomos Kommentar BGB – Schuldrecht*, Band 2, 3. Aufl., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2016, Vorbemerkung zu §§ 535 - 580 a, Rn. 12.

³³ Giesler J. P., Dauner-Lieb/Langen, *Nomos Kommentar BGB – Schuldrecht*, Band 2, 3. Aufl., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2016, Vorbemerkung zu §§ 535 - 580 a, Rn. 12.

³⁴ Giesler J. P., Dauner-Lieb/Langen, *Nomos Kommentar BGB – Schuldrecht*, Band 2, 3. Aufl., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2016, Vorbemerkung zu §§ 535 - 580 a, Rn. 12.

chisenehmer in das Betriebssystem des Franchisegebers integriert ist.³⁵ Daher ist für die Bewertung der Rechtsnatur des Franchisings das Franchisesystem von besonderer Bedeutung. Da die Rechte und Pflichten der Parteien aus dem Franchisesystem hergeleitet werden und der Franchisevertrag daher einen vielschichtigen Vertrag darstellt, wird der Franchisevertrag mit einem gemischten Vertrag verbunden und als ein gemischter Vertrag verstanden.

4. Überblick über die wesentlichen Merkmale des Franchisevertrages

Die Regelung des georgischen ZGB lässt wesentliche Merkmale des Franchisevertrages aufzeigen, etwa die Dauer der schuldrechtlichen Beziehung, das Verhältnis zwischen den selbstständigen Unternehmen, das System der spezifischen Verpflichtungen, die Auskunftspflicht sowie die Verpflichtung zur Vertraulichkeit und den Zweck für die Vertragsparteien.

4.1. Dauer der schuldrechtlichen Beziehung der Parteien

Die Gültigkeitsdauer des Franchisevertrages ist von praktischer Bedeutung, weil die Vertragspartner die Zeit benötigen, um ihre Aktivitäten erfolgreich durchzuführen. Der Franchisenehmer handelt durch das von dem Franchisegeber entwickelte und an ihn überlassene Franchisesystem gegen Bezahlung der vereinbarten Gebühr.³⁶ Die Verwendung eines solchen Franchisesystems soll

dem Franchisenehmer die Kosten für das Marketing ersparen. Dieses legitime finanzielle Interesse des Franchisenehmers kann erst dann erfüllt werden, wenn zwischen den Parteien langfristige Verhältnisse bestehen. Sowohl der Franchisenehmer als auch der Franchisegeber haben ein schützenswertes Interesse an langen Vertragslaufzeiten, um den erhofften Gewinn erwirtschaften zu können. Dementsprechend bestimmt der Zweck des Franchisevertrags dessen Dauerhaftigkeit.

In Art. 612 I ZGB räumt der Gesetzgeber den Parteien das Recht ein, die Vertragslaufzeit selbst zu bestimmen. Die Vertragslaufzeit wird unter Berücksichtigung der Anforderungen des Weiterverkaufs von Waren oder der Erbringung von Dienstleistungen bestimmt.³⁷ Die Vertragsparteien müssen aber auch Rücksicht darauf nehmen, dass es z.B. schwer einzuschätzen ist, die Vertragslaufzeit für das erfolgreich funktionierende Franchisesystem eindeutig zu bestimmen.³⁸ Dies wird in folgendem Beispiel spannend verdeutlicht: Ein georgisches Unternehmen hatte den großen Vorrat für die Herstellung von Cognac und hat daher Kontakt zu einer französischen Handelsmarke aufgenommen. Nach dem Gutachten eines französischen Technologen wurde das georgische Mittel als positiv bewertet, um daraus das Getränk herzustellen. Jedoch wurde auch erwähnt, dass der Produktionsprozess des teuren französischen Cognacs mehrere Jahre dauern würde und eine Vereinbarung der Vertragslaufzeit von sechs Monaten oder einem Jahr mit dem Vertragsgegenstand nicht in Einklang stehen würde.³⁹ Dieses Beispiel zeigt deutlich, dass die Bestimmung der Vertragslaufzeit eng mit dem Vertragsgegenstand

³⁵ *Tsertsvadze G.*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch III, Vertragsrecht (Besonderer Teil), Tiflis, 2016, Art. 607, Rn. 13.

³⁶ Vgl. *Jorbenadze S.*, Franchisevertrag, Tiflis, 2000, 7.

³⁷ *Tsertsvadze G.*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch III, Vertragsrecht (Besonderer Teil), Tiflis, 2016, Art. 612, Rn. 1, 2.

³⁸ *Tsertsvadze G.*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch III, Vertragsrecht (Besonderer Teil), Tiflis, 2016, Art. 612, Rn. 4.

³⁹ Siehe dieses Beispiel in: *Tsertsvadze G.*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch III, Vertragsrecht (Besonderer Teil), Tiflis, 2016, Art. 612, Rn. 3.

verbunden ist. Eine große Bedeutung erlangt auch die Tatsache, dass die Vertragsparteien das Wesen und den Zweck des Franchisesystems begriffen haben, dessen effektives Funktionieren ohne einen rechtzeitig erstellten, detaillierten Plan unmöglich ist.⁴⁰

Es ist zu beachten, dass es sich für den Franchisenehmer wirtschaftlich nicht lohnt, den kurzfristigen Franchisevertrag abzuschließen, besonders dann, wenn ihm bei Vertragsabschluss hohe Kosten entstehen.⁴¹ Zu der Anfangsinvestition kommt noch die für die Verwendung des Franchisesystems zu zahlende regelmäßige Gebühr hinzu. Daher hat der Franchisenehmer ein berechtigtes Interesse, den Vertrag für eine lange Zeit abzuschließen.⁴²

Um die Laufzeit des Franchisevertrags optimal zu bewerten, sollen folgende Umstände beachtet werden: 1. Die Art von Waren und Dienstleistungen, in denen die Unternehmen tätig sind;⁴³ 2. Die Höhe des Kapitals von den Unternehmen und der Umfang des Jahresumsatzes;⁴⁴ 3. Die Erfahrung der Parteien. Einerseits ist der erfahrene Franchisegeber für den Franchisenehmer gefährlich im dem Sinne, dass er jede Vertragsbestimmung einschließlich die Laufzeit des Vertrages an seine eigenen Interessen anpasst, andererseits aber wird der Franchisenehmer sich mit der Zeit weiter entwickelt haben und wird die Erfahrung sammeln, die in direkter Verbindung mit der Verlängerung

der Vertragslaufzeit und mit dem Erhalt des Gewinns stehen wird.⁴⁵

Das deutsche Recht sieht die Frage der Laufzeit des Franchisevertrages interessant an.⁴⁶ Das OLG Frankfurt hat in einem Urteil⁴⁷ entschieden, dass sowohl die angemessenen Kündigungsfristen, als auch eine feste Laufzeit des Vertrages nicht nur im Interesse des Franchisegebers liegen, der sich im Fall der Vertragskündigung durch den Franchisenehmer der Schwierigkeit ausgesetzt sieht, einen Nachfolger zu finden und das von dem Franchisenehmer erworbene know-how möglichst lang dem eigenen Franchisesystem vorbehalten wissen möchte. Vielmehr hat der Franchisenehmer Interesse an einer nicht zu kurzen Mindestlaufzeit des Franchisevertrages, weil aus seiner Sicht die Laufzeit des Vertrages in einem angemessenen Verhältnis zu der Eintrittsgebühr und den sonstigen Anfangsinvestitionen stehen muss. Auch nach der Amortisation der Anfangsinvestitionen benötigt der Franchisenehmer noch einige Zeit, um aus dem Franchisesystem Gewinne erzielen und seinen Lebensunterhalt bestreiten zu können. Die Vertragslaufzeit muss mindestens einen Zeitraum abdecken, innerhalb dessen eine Amortisation der Investitionen regelmäßig zu erwarten ist. Weiter ist zu berücksichtigen, dass sich der Franchisenehmer in eine enge wirtschaftliche Abhängigkeit zum Geschäftskonzept des Franchisegebers begibt, die mit zunehmender Vertragsdauer darüber hinaus noch ansteigt. Im Ge-

⁴⁰ *Tsertsvadze G.*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch III, Vertragsrecht (Besonderer Teil), Tiflis, 2016, Art. 612, Rn. 4.

⁴¹ *Chachanidze T.*, Rechtliche Regelung des Franchiseverhältnisses, Tiflis, 2010, 121-123.

⁴² *Chachanidze T.*, Rechtliche Regelung des Franchiseverhältnisses, Tiflis, 2010, 121-123.

⁴³ In diesem Fall soll einerseits der Umfang der Bedürfnisse an Waren oder Dienstleistungen und andererseits die Struktur der technologischen Prozesse und Schwierigkeiten beachtet werden, die die rechtzeitige Lieferung gewährleisten müssen.

⁴⁴ Damit sind der Jahresumsatz von Unternehmen und der Personalbestand des Franchisenehmers sowie die von ihm hinterlegten Ressourcen gemeint.

⁴⁵ *Chachanidze T.*, Rechtliche Regelung des Franchiseverhältnisses, Tiflis, 2010, 123.

⁴⁶ Oberlandesgericht Frankfurt a.M., 08.10.2014 - 4 U 41/14, in: AGB-rechtliche Zulässigkeit von Laufzeitregelungen in Franchiseverträgen, Zeitschrift für Vertriebsrecht, München, 2015, 161.

⁴⁷ Oberlandesgericht Frankfurt a.M., 08.10.2014 - 4 U 41/14, in: AGB-rechtliche Zulässigkeit von Laufzeitregelungen in Franchiseverträgen, Zeitschrift für Vertriebsrecht, München, 2015, 161.

richtsurteil ist auch erwähnt, dass die Vertragslaufzeiten von Franchiseverträgen bis zu 5 Jahren aus Sicht von Franchisenehmer und Franchisegeber grundsätzlich gleichermaßen akzeptabel sind und bedenkenlos abgeschlossen werden können. Sogar Vertragslaufzeiten von bis zu 10 Jahren werden in der deutschen juristischen Literatur als zulässig angesehen.⁴⁸

Art. 612 II ZGB sieht vor, dass, wenn die Laufzeit des Franchisevertrages über 10 Jahre hinausgeht, jede Partei berechtigt ist, den Vertrag, im Zeitraum von einem Jahr, das für die Kündigung vorgeschrieben ist, zu kündigen. Solche Formulierungen zeigen beispielhaft, dass sich das Gesetz auf die 10-jährige Frist konzentriert.⁴⁹

Sollten aufgeführte Überlegungen berücksichtigt werden, scheint es wünschenswerter, den Franchisevertrag als Langzeitvertrag anzusehen, während dem die erfolgreiche Tätigkeit des Franchisenehmers auf die Bekanntheit und auf das entwickelte Franchisesystem des Franchisegebers zurückzuführen ist, was seinerseits das Ergebnis einer langzeitigen und erfolgreichen Tätigkeit des Franchisegebers darstellt.⁵⁰

4.2. Verhältnis zwischen den selbständigen Unternehmen

Nach der Regelung des georgischen ZGB verpflichten sich mit dem Franchisevertrag die selbständigen Unternehmen, bestimmte Rechte und

Pflichten zu erfüllen.⁵¹ Diese Regelung berücksichtigt also nicht tatsächliche, sondern organisatorische, rechtliche Unabhängigkeit, welche nicht den Abschluss des Franchisevertrages mit dem Tochterunternehmen oder mit dem anders verbundenen Unternehmen ausschließt.⁵²

Während der franchiserechtlichen Verhältnisse verwendet der Franchisenehmer eine für den Verbraucher bekannte Handelsmarke, indem er von dem Franchisegeber das hergestellte und entwickelte Franchisesystem benutzt, welches über große Erfahrung und noch größere finanziellen und rechtlichen Ressourcen verfügt.⁵³ Dies könnte die vertragliche Gleichgewichtslage zerstören, was dazu führen würde, dass der Franchisegeber als dominierende Partei des Vertrages dargestellt wird.⁵⁴

Die Selbständigkeit des Franchisenehmers verdeutlicht im deutschen Recht die Tatsache, dass dem Franchisenehmer über den eigentlichen Vertragszweck des Franchisings hinaus keine weiteren Weisungen erteilt werden, insbesondere hinsichtlich der Verkaufszeiten. Der zwischen den Parteien abgeschlossene Vertrag bestimmt deren Pflichten, die sich auf den Kern des Franchisings

⁴⁸ Oberlandesgericht Frankfurt a.M., 08.10.2014 - 4 U 41/14, in: AGB-rechtliche Zulässigkeit von Laufzeitregelungen in Franchiseverträgen, Zeitschrift für Vertriebsrecht, München, 2015, 161.

⁴⁹ *Tsertsvadze G.*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch III, Vertragsrecht (Besonderer Teil), Tiflis, 2016, Art. 612, Rn. 5.

⁵⁰ *Tsertsvadze G.*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch III, Vertragsrecht (Besonderer Teil), Tiflis, 2016, Art. 607, Rn. 1, 15; *Jorbenadze S.*, Franchisevertrag, Tiflis, 2000, 7.

⁵¹ *Tsertsvadze G.*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch III, Vertragsrecht (Besonderer Teil), Tiflis, 2016, Art. 607, Rn. 16.

⁵² *Tsertsvadze G.*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch III, Vertragsrecht (Besonderer Teil), Tiflis, 2016, Art. 607, Rn. 16.

⁵³ *Chachanidze T.*, Rechtliche Regelung des Franchiseverhältnisses, Tiflis, 2010, 49; *Chorgolashvili N.*, Analyse der am Franchisevertrag verbundenen franchiserechtlichen Fragen, aktuelle Zeitschrift des Rechtes, Tbilissi, 2017, 191.

⁵⁴ *Chachanidze T.*, Rechtliche Regelung des Franchiseverhältnisses, Tiflis, 2010, 49.

beschränken.⁵⁵ Darüber hinaus spricht für die Selbstständigkeit, dass der Franchisenehmer seinen Betrieb weitgehend selbst organisiert. Abrechnungen, Art und Umfang der Werbung, Mitbestimmung über das Sortiment sprechen ebenfalls für die Selbstständigkeit und gegen ein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien.⁵⁶ Der erfolglos operierende Franchisenehmer wird jedoch nicht allein wegen seiner Erfolgslosigkeit zum Arbeitnehmer.⁵⁷ Nach der deutschen Rechtsprechung ist auf den Grad der Weisungsbindung und die persönliche Abhängigkeit des Franchisenehmers abzustellen.⁵⁸ Letztere wird verneint, wenn der Franchisenehmer seine Chancen auf dem Markt selbständig und im Wesentlichen weisungsfrei suchen kann.⁵⁹ Wenn der Franchisevertrag die ausschließliche Erwerbsquelle ist, kann dies für eine wirtschaftliche Abhängigkeit sprechen, die den Status einer arbeitnehmerähnlichen Person begründen kann.⁶⁰

Das LAG Berlin hat sich nunmehr mit seinem Beschluss vom 03.05.2012 mit der Frage der Selbstständigkeit des Franchisenehmers befasst und erwähnt, dass die Kriterien für die Selbstständigkeit eines Franchisenehmers nach § 84 I 2 HGB zu beurteilen sind. Gem. § 84 I 2 HGB ist selbständig, wer im Wesentlichen seine Tätigkeit frei gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann.⁶¹ Demgemäß sind die Selbstständigkeitskriterien, die das

Bild des Handelsvertreters prägen, auch als Abgrenzungskriterien für die Selbstständigkeit des Franchisenehmers geeignet.⁶²

Die Analyse der deutschen Rechtsprechung zeigt klar, dass insbesondere dann die Selbstständigkeit des Franchisenehmers in Frage steht, wenn dieser aufgrund von Weisungs- und Zustimmungrechten des Franchisegebers sowie deren Umfang in die Organisation des Franchisesystems eingebunden war, sodass seine Tätigkeit faktisch der eines Angestellten entsprach.⁶³ Der Franchisevertrag soll klare Bestimmungen von Rechten und Pflichten der Parteien enthalten, damit deutlich aufgezeigt wird, dass der Franchisenehmer selbständig ist.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass das Franchising die Form der Herstellung von Waren und die Erbringung von den Dienstleistungen ist, die sich aus der engen und dauerhaften Zusammenarbeit zwischen den sowohl rechtlich, als auch wirtschaftlich selbständigen Unternehmen entwickelt.

4.3. System der spezifischen Verpflichtungen der Parteien

Die Parteien des Franchisevertrags sind daran orientiert, die spezifischen Verpflichtungen zu er-

⁵⁵ Preis U., Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, BGB § 611a Arbeitsvertrag, 20. Aufl., C.H.BECK. Verlag, München, 2020, Rn. 112.

⁵⁶ Preis U., Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, BGB § 611a Arbeitsvertrag, 20. Aufl., C.H.BECK. Verlag, München, 2020, Rn. 112.

⁵⁷ Preis U., Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, BGB § 611a Arbeitsvertrag, 20. Aufl., C.H.BECK. Verlag, München, 2020, Rn. 112.

⁵⁸ Preis U., Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, BGB § 611a Arbeitsvertrag, 20. Aufl., C.H.BECK. Verlag, München, 2020, Rn. 111.

⁵⁹ Preis U., Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, BGB § 611a Arbeitsvertrag, 20. Aufl., C.H.BECK. Verlag, München, 2020, Rn. 111.

⁶⁰ Preis U., Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, BGB § 611a Arbeitsvertrag, 20. Aufl., C.H.BECK. Verlag, München, 2020, Rn. 111.

⁶¹ Flohr E., Die Selbstständigkeit des Vertriebspartners nach deutschem Recht, Zeitschrift für Vertriebsrecht, Heft 6, München, 2012, 354.

⁶² Flohr E., Die Selbstständigkeit des Vertriebspartners nach deutschem Recht, Zeitschrift für Vertriebsrecht, Heft 6, München, 2012, 354.

⁶³ Flohr E., Die Selbstständigkeit des Vertriebspartners nach deutschem Recht, Zeitschrift für Vertriebsrecht, Heft 6, München, 2012, 354.

füllen. Die Besonderheit der Verpflichtungen ist von den wesentlichen Merkmalen von Waren und Dienstleistungen geprägt,⁶⁴ die Vertragsgegenstand werden sollen.⁶⁵ Art. 607 ZGB räumt den Parteien das Recht ein, den Inhalt ihrer Rechte selbst zu bestimmen. Hiernach werden die Erfüllung der spezifischen Verpflichtungen durch die Parteien und der Umfang dieser Verpflichtungen selbst von den Parteien durch den zwischen ihnen abgeschlossenen Vertrag bestimmt. Franchisenehmer können mehrere Personen sein und jede von ihnen kann verschiedene Rechte und Vergünstigung haben.⁶⁶

Wie bereits erwähnt wurde, vertraut der Franchisenehmer auf den hohen Standard der Reputation und die praktische Erfahrung des Franchisegebers. Sollte berücksichtigt werden, dass der Franchisegeber überwiegend einheitlich den Handelsplan bestimmt, der das ganze System der Rechte und Pflichten der Parteien enthalten soll, könnte der Franchisenehmer vor der Realität stehen, indem er entscheiden müsste, ob er damit einverstanden ist, unter den ihm gestellten Bedingungen den Vertrag abzuschließen, besonders dann, wenn er in diesem konkreten Bereich ein Laie ist.⁶⁷ Der Franchisenehmer ist darauf angewiesen, sich durch die ihm von dem Franchisegeber übergebenen Rechte, etwa das Recht zur Nutzung von Marken und Warenzeichen, die Beratung zu den Vertriebsmethoden zu entwickeln. Als Gesamtheit der Verpflichtungen der Parteien sollte eine Informationspflicht, eine Pflicht zur

Vertraulichkeit und Zusammenarbeit berücksichtigt werden.

4.3.1. Informationspflicht

Das Franchisesystem ist schwer durchschaubar. Deswegen ist es wichtig, in der vorvertraglichen Phase wichtige Fragen geregelt zu haben, wie etwa die Pflicht, die andere Partei informiert zu haben. Die Parteien können eine informierte Entscheidung erst dann treffen, wenn sie über die möglichen Risiken informiert sind. Für den Franchisenehmer ist besonders wichtig, vorvertraglich sachliche Information über das Franchisesystem zu haben. Art. 610 ZGB verpflichtet die Parteien bei dem Abschluss des Vertrages die vollständigen Informationen auszutauschen. Der informierte Franchisenehmer kann die zu erwartenden Kosten, den Gewinn, das rechtliche und kommerzielle Risiko berechnen und vermeiden. Erst danach entscheidet der Franchisenehmer, ob er einen Vertrag abschließen möchte.⁶⁸

Im englischen Recht ist die starke Informationssymmetrie des Franchisenehmers besonders problematisch, weil man vor dem Abschluss des Vertrages grundsätzlich nicht verpflichtet wird, die andere Vertragspartei zu informieren. Dementsprechend muss jede Partei die für den Vertragsabschluss erforderlichen Informationen selbst besorgen und folglich im Falle eines Informationsdefizits das entsprechende Risiko tragen.⁶⁹ Zur Vermeidung dieser Risiken in der vorvertraglichen Phase hat die englische Rechtspre-

⁶⁴ *Tsertsvadze G.*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch III, Vertragsrecht (Besonderer Teil), Tiflis, 2016, Art. 607, Rn. 19.

⁶⁵ *Tsertsvadze G.*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch III, Vertragsrecht (Besonderer Teil), Tiflis, 2016, Art. 608, Rn. 3.

⁶⁶ *Tsertsvadze G.*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch III, Vertragsrecht (Besonderer Teil), Tiflis, 2016, Art. 607, Rn. 17.

⁶⁷ Vgl. *Chachanidze T.*, Rechtliche Regelung des Franchiseverhältnisses, Tiflis, 2010, 32, 33.

⁶⁸ *Chachanidze T.*, Rechtliche Regelung des Franchiseverhältnisses, Tiflis, 2010, 56; *Tsertsvadze G.*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch III, Vertragsrecht (Besonderer Teil), Tiflis, 2016, Art. 610, Rn. 5.

⁶⁹ Vgl. *Hahn A.*, Franchising und vorvertragliche Aufklärung im englischen Recht, Zeitschrift für Vertriebsrecht, Heft 5., Verlag C.H.BECK oHG, München, 2019, 293.

chung Instrumente zum Schutz der schwächeren Partei vor den Risiken, etwa einen allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben, entwickelt. Dieser Grundsatz verpflichtet den Franchisegeber zur besonderen Sorgfalt bei der Äußerung von Meinungen oder Prognosen über die Umsätze und Gewinnaussichten.⁷⁰ Der umfangreiche Erfahrungs- und Kenntnisstand des Franchisegebers ist dafür geeignet, um bei dem Franchisenehmer als schwächerer Vertragspartei großes Vertrauen zu wecken und ihm den Eindruck zu vermitteln, er könne sich auf die Richtigkeit der Aussagen des Franchisegebers verlassen.⁷¹ Da der Franchisenehmer auf die von dem erfahrenen Franchisegeber in Aussicht gestellte Umsatzprognose vertraut, ist der Franchisegeber nach dem englischen Recht zu besonderer Sorgfalt bei der Äußerung von Meinungen oder Prognosen verpflichtet.⁷² Die im englischen Recht zur Problemlösung angebotenen Mechanismen zeigen, dass der Franchisenehmer ausreichend geschützt ist, obwohl eine Kodifizierung der franchiserechtlichen Verhältnisse ausgeblieben ist und obwohl ein vorvertragliches Schuldverhältnis, welches durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen begründet wird, das englische Recht nicht kennt.

In der deutschen juristischen Literatur ist erwähnt, dass bei den Franchiseverhältnissen der Franchisegeber zwar verpflichtet ist, den Franchisenehmer im Vorfeld über die Rentabilität des von ihm angebotenen Franchisesystems aufzuklären und es ihm nicht obliegt, für den Franchisenehmer umfassende Kalkulation auf eigene Kosten zu erstellen.⁷³ Der Franchisegeber hat als (po-

tentieller) Vertragspartner nicht die Aufgaben eines Existenzgründungsberaters. Ihm obliegt es insbesondere nicht, den Franchisenehmer über die allgemeinen Risiken einer beruflichen Selbständigkeit aufzuklären.⁷⁴ Der Franchisegeber ist indes verpflichtet, den Vertragspartner vor dem Abschluss des Franchisevertrages über die Rentabilität des von ihm angebotenen Franchisesystems auf insgesamt zutreffender Tatsachenbasis zu informieren. Der Franchisegeber ist also verpflichtet, insgesamt wahrheitsgemäß aufzuklären, da die Rentabilität des Systems für den potentiellen Franchisenehmer im Vorfeld des Vertragsschlusses von besonderer Bedeutung ist. Die Aufklärungspflicht des Franchisegebers über die Rentabilität umfasst insbesondere auch die Pflicht, zutreffende Angaben über die erzielbaren Umsätze zu machen und sein System nicht erfolgreicher darstellen als es tatsächlich ist.⁷⁵ Das zur Aufklärung über die erzielbaren Umsätze verwendete Datenmaterial muss auf einer sorgfältigen Untersuchung des Marktes beruhen, auf den konkreten Standort ausgerichtet sein und darf – ohne entsprechenden eindeutigen Hinweis – nicht lediglich den Charakter einer Schätzung aufweisen.⁷⁶ Wenn der Franchisenehmer hinreichend substantiiert Anzeichen für zumindest unzureichende bzw. irreführende und auch tatsächlich falsche vorvertragliche Angaben des Franchisegebers vorgetragen hat, obliegt es – zumindest nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungslast – dem Franchisegeber, die Vollständigkeit und inhaltliche Richtigkeit seiner vorvertraglichen wört-

⁷⁰ Hahn A., Franchising und vorvertragliche Aufklärung im englischen Recht, Zeitschrift für Vertriebsrecht, Heft 5., Verlag C.H.BECK oHG, München, 2019, 295.

⁷¹ Hahn A., Franchising und vorvertragliche Aufklärung im englischen Recht, Zeitschrift für Vertriebsrecht, Heft 5., Verlag C.H.BECK oHG, München, 2019, 295.

⁷² Hahn A., Franchising und vorvertragliche Aufklärung im englischen Recht, Zeitschrift für Vertriebsrecht, Heft 5., Verlag C.H.BECK oHG, München, 2019, 295.

⁷³ Grünberg C, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 77. Aufl., München, 2018, § 311, Rn. 50.; Oberlandesgericht Düsseldorf, Urteil vom 25.10.2013 – I-22 U 62/13.

⁷⁴ Oberlandesgericht Düsseldorf, Urteil vom 25.10.2013 – I-22 U 62/13.

⁷⁵ Oberlandesgericht Düsseldorf, Urteil vom 25.10.2013 – I-22 U 62/13.

⁷⁶ Oberlandesgericht Düsseldorf, Urteil vom 25.10.2013 – I-22 U 62/13.

lichen Angaben und seines vorvertraglichen Zahlenwerks substantiiert darzutun.⁷⁷

4.3.2. Verpflichtung zur Vertraulichkeit

Der Pflicht zur Vertraulichkeit über die im Rahmen des Franchiseverhältnisses ausgetauschte Informationen kommt besondere Bedeutung zu. Generell stellt die Vereinbarung über die Vertraulichkeit das erforderliche Merkmal der kommerziellen Rechtsgeschäfte dar.⁷⁸ In der vorvertraglichen Phase zeigt der Vertragspartner den anderen Vertragspartner sowie die Besonderheit des Vertragsgegenstandes, die Herstellung von Waren und die Erbringung von Dienstleistungen, als auch die Marketingmethoden und das kommerzielle Geheimnis. Jede Phase soll nicht mit dem Vertragsabschluss abgeschlossen werden. Deswegen ist es nicht auszuschließen, dass die Parteien ohne an dem Vertrag gebunden zu sein, solche Informationen erhalten, deren Verraten zum Schaden der anderen Partei führen wird.⁷⁹ Art. 610 ZGB gilt zwingend für alle Fälle der Vertragsabschlüsse auch dann, wenn der Vertrag aus nicht näher bestimmbarer Grund nicht abgeschlossen wird.⁸⁰ Dies beabsichtigt den Schutz des Franchisegebers. Von dem Franchisegeber gutgläubig zur Verfügung gestellte Informationen soll der Franchisegeber vertraulich bewahren. Sollte der Vertrag zwischen den Vertragspartnern nicht abgeschlos-

sen sein, darf er nicht während der vorvertraglichen Phase erhaltene Informationen verraten.⁸¹

Art. 608 ZGB bestimmt nicht nur die einmalige Pflicht des Franchisegebers, dem Franchisenehmer Kenntnisse und Information über das Franchisesystem zu übergeben, sondern enthält auch die Pflicht des Franchisegebers, das Franchisesystem kontinuierlich zu entwickeln.⁸² Gemäß dieses Artikels ist der Franchisegeber verpflichtet, zu gewährleisten, dass anderen erforderlichen Informationen für den Vertrieb von Waren dem Franchisenehmer übergeben werden und dass das einheitliche Handelssystem der Parteien vor dem Eingriff eines Dritten geschützt wird. Das kann dadurch erreicht werden, dass der gutgläubige Franchisegeber dem Franchisenehmer dabei hilft, die ihm gegebene Information richtig anzuwenden, etwa wenn der Franchisenehmer die Information über die Durchführung von Training praktisch anwendet.⁸³ Die Vertragspartner können im Vertrag die Rücksicht auf die fakultative Verpflichtungen nehmen.⁸⁴ Die Spezifik des Franchisevertrages aber verursacht in einigen Fällen die Belastung des Franchisegebers mit den solchen fakultativen Verpflichtungen, die weder durch das Gesetz, noch durch den Vertrag bestimmt werden können.⁸⁵

Die Gesetzgebung verpflichtet nicht nur den Franchisegeber, sich redlich zu verhalten. Der Franchisenehmer muss gem. Art. 609 ZGB seine Tätigkeit aktiv und vergleichbar ausüben, wie es

⁷⁷ Oberlandesgericht Düsseldorf, Urteil vom 25.10.2013 – I-22 U 62/13.

⁷⁸ Svanadze G., in: *Vertragsrecht*, Jugheli G. (Redakteur), Tiflis, 2014, 102, 114.

⁷⁹ Svanadze G., in: *Vertragsrecht*, Jugheli G. (Redakteur), Tiflis, 2014, 102, 114.

⁸⁰ Tsertsvadze G., *Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches*, Buch III, Vertragsrecht (Besonderer Teil), Tiflis, 2016, Art. 610, Rn. 2.

⁸¹ Tsertsvadze G., *Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches*, Buch III, Vertragsrecht (Besonderer Teil), Tiflis, 2016, Art. 610, Rn. 6.

⁸² Tsertsvadze G., *Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches*, Buch III, Vertragsrecht (Besonderer Teil), Tiflis, 2016, Art. 608, Rn. 21.

⁸³ Tsertsvadze G., *Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches*, Buch III, Vertragsrecht (Besonderer Teil), Tiflis, 2016, Art. 608, Rn. 20.

⁸⁴ Tsertsvadze G., *Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches*, Buch III, Vertragsrecht (Besonderer Teil), Tiflis, 2016, Art. 608, Rn. 21.

⁸⁵ Tsertsvadze G., *Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches*, Buch III, Vertragsrecht (Besonderer Teil), Tiflis, 2016, Art. 608, Rn. 22.

an seiner Stelle ein redlicher Kaufmann täte. Der Grundsatz von Treu und Glauben spielt eine besondere Rolle, wenn es sich um ein Rechtsverhältnis handelt, wie es in diesem Fall das Franchising ist. Dieser Grundsatz bestimmt, dass die Parteien auf die berechtigten Interessen des anderen Vertragspartners Rücksicht nehmen sollen. Ob der Unternehmer seine Tätigkeit nach Treu und Glauben ausübt, prüft der andere Vertragspartner. Sollten sich die Vertragspartner darüber nicht geeinigt haben, trifft der Richter die Entscheidung, die für keine Partei das vertretbare Ergebnis darstellen kann.⁸⁶ Das verdeutlicht folgendes Beispiel klar:⁸⁷ Die Vertragspartner des Franchising waren das in Batumi tätige georgische Unternehmen als Franchisenehmer und ein weltbekannter Jazzklub als Franchisegeber. Da ein kurzfristiger Franchisevertrag vorlag, sollten kleine Klubs in Batumi entlang des Strandes eröffnet werden, die meistens nachts arbeiten sollten. Dem Vertrag konnte nicht entnommen werden, welche Öffnungszeiten vorgesehen sein sollten. Die durch den Vertrag beabsichtigte Dienstleistung war auf die Verbraucher gezielt, die hohe Einkommen haben, Wert auf Jazz legen und daher die ganze Nacht Jazz hören können sowie Alkohol trinken, um somit die Zeit angenehm zu verbringen. Obwohl der Franchisegeber den Franchisenehmer mehrmals gewarnt hat, hat der Franchisenehmer die Klubs immer um 1 Uhr zugemacht, damit er die für die Mitarbeiter zu zahlenden Kosten sparen konnte, die durch den Nachtzuschlag entstehen würden. Nach der Beendigung des Vertragsverhältnisses hat der Franchisenehmer verneint,

den Restbetrag zu zahlen, da nach seiner Meinung das Projekt nicht erfolgreich war. Die konkreten Öffnungszeiten des Klubs waren zwar im Vertrag nicht direkt vorgeschrieben, es sollte aber vermutet werden, dass dem Franchisenehmer nach Treu und Glauben auferlegt war, spezifisch nach seiner Tätigkeit zu handeln, sodass die Interessen beider Vertragspartner angemessen berücksichtigt würden.⁸⁸

4.3.3. Recht auf Kontrolle des Franchisegebers

Die in Art. 607 ZGB verankerte allgemeine Formulierung der spezifischen Verpflichtungen soll jede Form der Kontrollausübung des Franchisegebers enthalten.⁸⁹ Die Ausübung der Kontrolle des Franchisegebers spielt eine besondere Rolle für das Funktionieren des Unternehmens und für den Schutz des geistigen Eigentums des Franchisegebers. Diese Kontrollfunktion dient dazu, den von dem Franchisegeber überlassenen einheitlichen Handelsplan präzise durchzuführen und den Schutz des in diesem Franchisesystem eingeführten Warenzeichens zu gewährleisten.⁹⁰

Es soll der Umfang der Kontrolle berücksichtigt werden. Dem Franchisegeber ist es nicht erlaubt, jegliche Kontrolle durchzuführen, sondern er hat das Recht, die Kontrolle nur über die Fragen auszuüben, die mittelbar oder unmittelbar mit der Tätigkeit des Franchisenehmers verbunden sind.⁹¹ Ansonsten stünde die uneingeschränkte Kontrolle in Widerspruch mit der Selbständigkeit des anderen Vertragspartners. Seinerseits ist der

⁸⁶ *Tsertsvadze G.*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch III, Vertragsrecht (Besonderer Teil), Tiflis, 2016, Art. 609, Rn. 6.

⁸⁷ *Tsertsvadze G.*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch III, Vertragsrecht (Besonderer Teil), Tiflis, 2016, Art. 608, Rn. 7.

⁸⁸ *Tsertsvadze G.*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch III, Vertragsrecht (Besonderer Teil), Tiflis, 2016, Art. 608, Rn. 7.

⁸⁹ *Chachanidze T.*, Rechtliche Regelung des Franchiseverhältnisses, Tiflis, 2010, 108.

⁹⁰ *Chachanidze T.*, Rechtliche Regelung des Franchiseverhältnisses, Tiflis, 2010, 108.

⁹¹ *Chachanidze T.*, Rechtliche Regelung des Franchiseverhältnisses, Tiflis, 2010, 108.

Franchisenehmer verpflichtet, während der Vertragslaufzeit die ausgeübte Kontrolle des Franchisegebers zu dulden.⁹² Dabei ist der Franchisenehmer verpflichtet, die Anweisungen des Franchisegebers zu folgen, die dazu dienen, dass das Franchisesystem effektiv funktioniert.⁹³

Die ausgeübte Kontrolle des Franchisegebers sieht präventive Verbote vor.⁹⁴ Die monetäre Dimension wird die dem Franchisenehmer auferlegte Kontrolle erst dann erhalten, wenn der Franchisenehmer vorsätzlich oder grob fahrlässig einen wesentlichen Fehler macht, der seinerseits das im Franchisesystem integrierte Markenzeichen beschädigt.⁹⁵

Die dem Franchisenehmer auferlegte Kontrolle zeigt sich darin, dass der Franchisenehmer eine Preiskontrolle einführt, während der Franchisegeber ein Unternehmen darstellt, der Franchisenehmer aber den Vertrieb von Waren gewährleistet. In diesem Fall bestimmt der Franchisenehmer den niedrigen oder höchsten Preis von Waren, der auch minimale Anzahl der zu verkaufende Waren enthalten kann.⁹⁶

4.3.4. Vertrauen und Zusammenwirken

Das Vertrauen zwischen den Parteien und deren Zusammenwirken spielt in Dauerschuldverhältnissen zum effektiven Funktionieren der Rechtsbeziehungen eine besondere Rolle. Das Vertrauen und das Zusammenwirken von den Vertragspartnern ist dann besonders wichtig,

wenn die Vertragspartner die wirtschaftliche Zusammenarbeit verbindet. Das aufrichtige Vertrauen bestimmt im gewissen Sinne das Mitwirken zwischen den Vertragspartnern.⁹⁷ Das Zusammenwirken stellt einerseits die Pflicht, die auf den zwischen den Vertragspartnern abgeschlossenen Vertrag stützt, andererseits aber die ethische Verpflichtung der Parteien dar.⁹⁸ Für das effektive Funktionieren des Franchisesystems ist es erforderlich, dass der Franchisegeber dem Franchisenehmer die speziellen Kenntnisse und die Erfahrungen vermittelt. Daher benötigt der Franchisenehmer ständig vielfältige Unterstützung von dem Franchisegeber, damit er das im Franchisesystem enthaltene Know-how vollständig benutzen kann.⁹⁹ In den USA ist es z.B. durch den Vertrag geregelt, dass der Franchisegeber verpflichtet ist, den Franchisenehmer regelmäßig zu informieren. Diese Information behandelt wichtige Fragen im Zusammenhang mit den Trainings, einschließlich der Kostenerstattung.¹⁰⁰ Das vertragliche Gleichgewicht der Parteien wird erst dann aufrechterhalten bleiben, wenn die Vertragspartner ihre Verpflichtungen erfüllen und sich gegenseitig wichtige Informationen im Zusammenhang mit dem Franchisesystem dauerhaft zur Verfügung stellen.¹⁰¹ Andernfalls wird es immer zu einem Interessenkonflikt zwischen dem Franchisegeber und dem Franchisenehmer kommen, so dass das Vertrauen zwischen den Parteien, das für die erfolgreiche Umsetzung des Franchisesystems unerlässlich ist, erheblich untergeben wird.

⁹² Chachanidze T., *Rechtliche Regelung des Franchiseverhältnisses*, Tiflis, 2010, 108.

⁹³ Chachanidze T., *Rechtliche Regelung des Franchiseverhältnisses*, Tiflis, 2010, 108.

⁹⁴ Chachanidze T., *Rechtliche Regelung des Franchiseverhältnisses*, Tiflis, 2010, 108.

⁹⁵ Chachanidze T., *Rechtliche Regelung des Franchiseverhältnisses*, Tiflis, 2010, 110.

⁹⁶ Chachanidze T., *Rechtliche Regelung des Franchiseverhältnisses*, Tiflis, 2010, 110.

⁹⁷ Chachanidze T., *Rechtliche Regelung des Franchiseverhältnisses*, Tiflis, 2010, 113.

⁹⁸ Chachanidze T., *Rechtliche Regelung des Franchiseverhältnisses*, Tiflis, 2010, 113.

⁹⁹ Chachanidze T., *Rechtliche Regelung des Franchiseverhältnisses*, Tiflis, 2010, 114.

¹⁰⁰ Chachanidze T., *Rechtliche Regelung des Franchiseverhältnisses*, Tiflis, 2010, 114.

¹⁰¹ Chachanidze T., *Rechtliche Regelung des Franchiseverhältnisses*, Tiflis, 2010, 114.

Es ist auch erwähnenswert, dass der Franchisegeber daran interessiert ist, seine Haftung zu beschränken, falls das Geschäft des Franchisenehmers fehlgeschlagen sollte.¹⁰² In Fällen, in denen einem Dritter unmöglich ist, festzustellen, ob der Schaden vom Franchisegeber oder vom Franchisenehmer verursacht wurde, dürfen die Parteien nicht vereinbaren, die Haftung des Franchisegebers für vorsätzliches oder fahrlässiges Handeln ausdrücklich und eindeutig auszuschließen.¹⁰³ In einem solchen Fall ist es einerseits dem Franchisegeber nicht gestattet, sich der Verantwortung zu entziehen und die Schadensersatzpflicht auf den redlichen Franchisenehmer zu übertragen, andererseits können dem Franchisegeber nicht mehr Verpflichtungen auferlegt werden, als er zu Beginn des Vertragsverhältnisses vorhersehen konnte.¹⁰⁴

In der deutschen juristischen Literatur wird vertreten, dass der Franchisevertrag um Kontroll- und Eingriffsbefugnisse sowie Ausbildungs-, Unterstützungs- und Fortentwicklungspflichten des Franchisegebers ergänzt wird.¹⁰⁵ Soweit Letzterer die Fabrikation, vor allem aber die Konstruktion der herzustellenden Waren bestimmt, die einzuhaltenden Qualitätsstandards definiert und über das Maß der dem Produkt beizufügenden Verbraucherinformation entscheidet, wird er selbst Adressat deliktsrechtlicher Sorgfaltspflichten sein.¹⁰⁶ Im Gegenzug kann sich der Franchisenehmer auf die Erfüllung dieser Pflichten verlassen

und haftet nur, wenn er von Mängeln Kenntnis hat oder besondere Umstände eine Nachprüfung erfordern.¹⁰⁷ Voll verantwortlich bleibt er selbstverständlich für den von ihm selbst kontrollierten Bereich, insbesondere für die fehlerfreie Fabrikation im Rahmen der Vorgaben des Franchisegebers.¹⁰⁸

4.3.5. Gebühr des Franchisesystems

Der Franchisegeber schließt mit dem Franchisenehmer jeweils gesonderte, aber inhaltlich gleichlautende Vereinbarungen zur Optimierung des Warenabsatzes durch Anwendung einer einheitlichen Marketingkonzeption ab. Der Franchisegeber überlässt dem Franchisegeber gegen Entgelt ein Bündel aus Dienstleistungen und Rechten und befähigt ihn damit, bestimmte Produkte zu vertreiben. Der Franchisenehmer ist seinerseits insbesondere zur Wahrung der Interessen des Franchisegebers verpflichtet.¹⁰⁹ Viele Hotels und Gastronomiebetriebe haben die Möglichkeit, das Franchising als besondere Form zu verwenden, um an gewerblichen Aktivitäten teilzunehmen.

Die für das Franchisesystem zu zahlende Gebühr muss dem Wert des Gewinns entsprechen, den der Franchisenehmer durch die Nutzung des von dem Franchisegeber übertragenen Franchisesystems erhält.¹¹⁰ In der Praxis und in der juristi-

¹⁰² *Tsertsvadze G.*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch III, Vertragsrecht (Besonderer Teil), Tiflis, 2016, Art. 608, Rn. 24.

¹⁰³ *Tsertsvadze G.*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch III, Vertragsrecht (Besonderer Teil), Tiflis, 2016, Art. 608, Rn. 26.

¹⁰⁴ *Tsertsvadze G.*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch III, Vertragsrecht (Besonderer Teil), Tiflis, 2016, Art. 608, Rn. 26.

¹⁰⁵ *Wagner G.*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6, 7. Aufl., München, 2017, BGB § 823, Rn. 799.

¹⁰⁶ *Wagner G.*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6, 7. Aufl., München, 2017, BGB § 823, Rn. 799.

¹⁰⁷ *Wagner G.*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6, 7. Aufl., München, 2017, BGB § 823, Rn. 799.

¹⁰⁸ *Wagner G.*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6, 7. Aufl., München, 2017, BGB § 823, Rn. 799.

¹⁰⁹ *Oetker H.*, Handelsgesetzbuch Kommentar, 6. Aufl., C.H.BECK. Verlag, München, 2019, § 84, Rn. 10.

¹¹⁰ *Chachanidze T.*, Rechtliche Regelung des Franchiseverhältnisses, Tiflis, 2010, 115.

schen Literatur wird zwischen drei Arten der Gebühr unterschieden. Diese sind: 1. Gebühren, die für die Integration in das Netzwerk und die Geschäftsorganisation des Franchisegebers bestimmt sind und sich aus der Übertragung der erforderlichen Rechte und Infrastruktur ergeben; 2. Ein in dem vom Franchisegeber geschaffenen Netzwerk für die Mitgliedschaft regelmäßig zu zahlender Betrag; 3. Kosten der von dem Franchisegeber durchgeführten Werbekampagne.¹¹¹ Obwohl die Vertragsparteien die Methode zur Berechnung der Gebühr selbstständig bestimmen können, sieht die Gesetzgebung gem. Art. 609 ZGB eine Methode zur Berechnung der Vergütung vor, nach der die Höhe der vom Franchisenehmer zu zahlenden Vergütung im Wesentlichen unter der Berücksichtigung des für die Umsetzung des Franchisesystems geleisteten Beitrags berechnet wird. Einem Autor zufolge wird ein Franchisegeber den Beitrag zur Entwicklung des Systems als sorgfältige und gewissenhafte Erfüllung der Pflichten des Auftragnehmers qualifizieren und damit wird vermieden, dass die zu erfüllende Verpflichtung die Zahlung des Beitrages vermindern wird.¹¹² Es wurde aber bereits erwähnt, dass der Gesetzgeber nicht nur einen Vertragspartner zu Treu und Glauben verpflichtet. Daher kann der Franchisenehmer nicht in allen Fällen als schwächere Partei angesehen werden.

4.4. Zweck, der von Parteien des Franchisevertrages verfolgt wird

Es sollte nicht überraschend sein, dass es im Interesse des Franchisegebers liegt, mit möglichst geringen Kosten in den Markt einzutreten. Der Franchisegeber verfügt bereits über einen guten Ruf, Bekanntheitsgrad und praktische Erfahrung für den spezifischen Bereich, in dem der Franchisenehmer tätig sein soll.¹¹³ Wenn der Franchisenehmer ein eigenständiges Unternehmen darstellt, ist es für ihn auch von Vorteil, mit einer bereits bekannten Marke zusammenzuarbeiten, die wiederum ein beliebtes Markenzeichen für den Verbraucher darstellt.¹¹⁴

In der deutschen juristischen Literatur wird vertreten, dass aus Sicht des Franchisegebers das Franchising ein Finanzierungsinstrument ist, das es ihm ermöglicht, ein zur Marktreife entwickeltes Geschäftskonzept mit fremdem Kapital und auf fremdes unternehmerisches Risiko zu vervielfältigen.¹¹⁵ Vor allem ist das Franchising für den Franchisegeber eine Methode, Waren und Dienstleistungen zu vermarkten – nicht nur abzusetzen – und dadurch eine Marke aufzubauen.¹¹⁶

Im Art. 607 ZGB ist als Hauptzweck der Parteien die Herstellung und schlüsselfertige Lieferung von Waren sowie die Erbringung von Dienstleistungen geregelt. Diese Aufzählung beschränkt die Parteien nicht darauf, die zur Erreichung ihres beabsichtigten Zwecks erforderlichen Pflichten,

¹¹¹ *Tsertsvadze G.*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch III, Vertragsrecht (Besonderer Teil), Tiflis, 2016, Art. 609, Rn. 2.

¹¹² *Chachanidze T.*, Rechtliche Regelung des Franchiseverhältnisses, Tiflis, 2010, 119.

¹¹³ Vgl. *Jorbenadze S.*, Franchisevertrag, Tiflis, 2000, 7; *Tsertsvadze G.*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch III, Vertragsrecht (Besonderer Teil), Tiflis, 2016, Art. 607, Rn. 20.

¹¹⁴ *Chorgolashvili N.*, Analyse der am Franchisevertrag verbundenen franchiserechtlichen Fragen, aktuelle Zeitschrift des Rechtes, Tbilissi, 2017, 191.

¹¹⁵ *Giesler J. P.*, Dauner-Lieb/Langen, Nomos Kommentar BGB – Schuldrecht, Band 2, 3. Aufl., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2016, Vorbemerkung zu §§ 535 - 580 a, Rn. 1.

¹¹⁶ *Giesler J. P.*, Dauner-Lieb/Langen, Nomos Kommentar BGB – Schuldrecht, Band 2, 3. Aufl., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2016, Vorbemerkung zu §§ 535 - 580 a, Rn. 1.

die den Grundsätzen des Vertragsrechts entsprechen müssen, frei zu bestimmen.

4.5. Gegenstand des Franchisevertrags

Art. 608 ZGB bestimmt den Gegenstand des Franchisevertrages, der nicht immaterielle Vermögensrechte umfasst. Dem Franchisenehmer werden die Gesamtheit von exklusiven Rechten, etwa Markenzeichen, Handelsnamen, Gebrauchsmuster, Konzepte über Warenvertrieb, Wareneinkauf, Warenverkauf und Handelsorganisation, sowie andere Informationen, die für Abwicklung des Vertriebs notwendig sind übergeben.¹¹⁷ Die in der vorliegenden Aufzählung erwähnten Objekte des geistigen Eigentums sind nicht nur durch die nationale Gesetzgebung, sondern auch durch internationale Übereinkommen und internationale Abkommen geschützt.¹¹⁸ Daher ist der Gegenstand des Franchisevertrages selbst das Franchisesystem und nicht ein irgendein konkretes immaterielles Vermögensrecht.

Nach der Weltorganisation für geistiges Eigentum ist das Franchisesystem als Gesamtheit von Rechten des geistigen Eigentums definiert. Das Franchisesystem ist die mit einem oder mit mehreren Markenzeichen, mit dem Firmennamen, mit den Erfindungen und Objekten des Urheberrechts, sowie mit dem obligatorischen Know-how verbunden, die erforderlich sind, um an den Endverbraucher die Waren zu liefern oder eine

Dienstleistung anzubieten.¹¹⁹ Auf diese Weise beschreibt der europäische Ethikkodex detailliert das Franchisesystem.¹²⁰

In der deutschen juristischen Literatur wird vertreten, dass der Begriff „Franchise“ die Befugnis eines selbständigen Unternehmers als Franchisenehmer bedeutet, die Geschäftsbezeichnung oder die Marke sowie Geschäftsmethoden und das Know-how eines anderen Unternehmers, des Franchisegebers, in der Herstellung oder dem Vertrieb von Waren oder Dienstleistungen gegen Entgelt in Übereinstimmung mit der Vertriebspolitik des Franchisegebers zu nutzen.¹²¹ Daher bezeichnet das Franchising die Gesamtheit von Rechten an dem gewerblichen oder geistigen Eigentum wie Markenzeichen, Handelsnamen, Ladenschilder, Gebrauchsmuster, Urheberrechte, Know-how oder Patenten, die zum Zweck des Weiterverkaufs von Waren oder der Erbringung von Dienstleistungen an den Endverbraucher genutzt werden.¹²²

Da der Franchisenehmer Rechte aus dem geistigen Eigentum des Franchisegebers nutzt, enthalten Franchise-Vereinbarungen regelmäßig Elemente eines Lizenzvertrages.¹²³ Die Franchisevereinbarungen beinhalten dementsprechend zu meist Lizenzen für die Rechte des geistigen Eigentums (insbesondere über die Nutzung von Markenrechten, sonstiger Zeichen und Know-how). Zudem gewährt der Franchisegeber häufig für die Dauer der Vertragslaufzeit kommerzielle und

¹¹⁷ *Chanturia L.*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch IV, Bnd. I, Tbilisi, 2001, 204.

¹¹⁸ *Chachanidze T.*, Rechtliche Regelung des Franchiseverhältnisses, Tiflis, 2010, 30.

¹¹⁹ *Chachanidze T.*, Rechtliche Regelung des Franchiseverhältnisses, Tiflis, 2010, 30.

¹²⁰ *Chachanidze T.*, Rechtliche Regelung des Franchiseverhältnisses, Tiflis, 2010, 31.

¹²¹ *Mäger T.*, Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht – Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 3. Aufl., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2015, § 16 Kartellrecht, Rn. 149.

¹²² *Preis U.*, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, BGB § 611a Arbeitsvertrag, 20. Aufl., C.H.BECK. Verlag, München, 2020, Rn. 110; *Hopt K.*, Baumbach/Hopt, Handelsgesetzbuch, 38. Aufl., München, 2018, Einleitung vor § 373, Rn. 43.

¹²³ *Jorbenadze S.*, Franchisevertrag, Tiflis, 2000, 8; *Mäger T.*, Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht – Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 3. Aufl., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2015, § 16 Kartellrecht, Rn. 149.

technische Unterstützung.¹²⁴ Darin ist zu erkennen, dass die Rechtsvorschriften, die das Franchising regeln, komplex sind und in einem engen Zusammenhang mit den verschiedenen Rechtsinstituten und den Rechtsgebieten, besonders mit geistigem Eigentum, stehen.

4.5.1. Konzept des Franchisings

Nach der georgischen Regelung muss der Franchisegeber, vor der Übergabe die Gesamtheit von exklusiven Rechten, das Konzept des Franchisings erstellen, damit die durchzuführende Idee gestaltet wird, um die Bedürfnisse der Verbraucher zu erfüllen.

Kennzeichnend für die im Handelsgesetzbuch nicht geregelten, auf der privatautonomen Vereinbarung der Beteiligten beruhenden Franchiseverträge ist, dass ein Unternehmer mit anderen Unternehmern jeweils gesonderte, aber inhaltlich gleichlautende Vereinbarungen zur Optimierung des Warenabsatzes durch Anwendung einer einheitlichen Marketingkonzeption abschließt.¹²⁵ Eine wesentliche Leistung des Franchisegebers besteht in dem Transfer von Know-how auf den Franchisenehmer.¹²⁶ Diese Leistung ist unentbehrlich, um den Franchisenehmer in die Lage zu versetzen, ein fremdes Geschäftskonzept in seinem eigenen Unternehmen selbständig anzuwenden.¹²⁷ Aus dem Umstand, dass das Geschäftskon-

zept von dem Franchisegeber bestimmt wird, folgt zugleich eine Informationsasymmetrie zulasten des Franchisenehmers, die insbesondere in dem vorvertraglichen Schuldverhältnis Probleme aufwirft.¹²⁸

Mit einem Franchisekonzept geht typischerweise einher, dass die Betriebe der Franchisenehmer dem Prinzip der Quasifilialität unterliegen.¹²⁹ Die Betriebe der selbständigen Franchisenehmerunternehmen sollen gleichsam wie Filialen eines Großunternehmens am Markt auftreten. Daraus folgen Außenhaftungsrisiken für den Franchisegeber. Mit dem Prinzip der Quasifilialität geht einher, dass einem Franchisesystem ein einheitliches Marketingkonzept zugrunde liegen muss, das vielfach auch als Synonym des gesamten Franchisekonzepts verstanden werden kann. Die Umsetzung des Franchisekonzepts in den Franchisenehmerunternehmen bringt es außerdem notwendig mit sich, dass die unternehmerische Freiheit der Franchisenehmer eingeschränkt werden muss. Der Franchisenehmer investiert sein Kapital also in ein fremdes Geschäftskonzept, dessen Erfolg er nur bedingt steuern kann und dem er das Schicksal seines Unternehmens ausliefert. Daraus folgt schließlich, dass der Investitionsschutz zugunsten des Franchisenehmers eine wichtige Rolle spielt und einen wesentlichen Grund für die anerkannte Schutzbedürftigkeit des Franchisenehmers darstellt.¹³⁰

¹²⁴ Wollmann H., Herzog A., Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., München, 2015, AEUV Art. 101, Rn. 296.

¹²⁵ Oetker H., Handelsgesetzbuch Kommentar, 6. Aufl., C.H.BECK. Verlag, München, 2019, § 84, Rn. 10.

¹²⁶ Giesler J. P., Dauner-Lieb/Langen, Nomos Kommentar BGB – Schuldrecht, Band 2, 3. Aufl., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2016, Vorbemerkung zu §§ 535 - 580 a, Rn. 6.

¹²⁷ Giesler J. P., Dauner-Lieb/Langen, Nomos Kommentar BGB – Schuldrecht, Band 2, 3. Aufl., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2016, Vorbemerkung zu §§ 535 - 580 a, Rn. 6.

¹²⁸ Giesler J. P., Dauner-Lieb/Langen, Nomos Kommentar BGB – Schuldrecht, Band 2, 3. Aufl., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2016, Vorbemerkung zu §§ 535 - 580 a, Rn. 6.

¹²⁹ Giesler J. P., Dauner-Lieb/Langen, Nomos Kommentar BGB – Schuldrecht, Band 2, 3. Aufl., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2016, Vorbemerkung zu §§ 535 - 580 a, Rn. 6.

¹³⁰ Giesler J. P., Dauner-Lieb/Langen, Nomos Kommentar BGB – Schuldrecht, Band 2, 3. Aufl., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2016, Vorbemerkung zu §§ 535 - 580 a, Rn. 6.

Gem. Art. 611 I ZGB muss der Franchisevertrag schriftlich abgeschlossen werden, um wirksam zu sein. Dieses Erfordernis des georgischen ZGB ergibt sich aus der Stabilität der Rechtsordnung. Da der Franchisevertrag ein Dauerschuldverhältnis darstellt und einige Gefahren verursachen kann, ist es sinnvoller, den Vertrag schriftlich abzuschließen. Die Gesetzgebung sieht daher eine einfache Schriftform vor und erfordert keine notarielle Beurkundung.¹³¹ Darüber hinaus müssen die Parteien gem. Art. 611 ZGB im Franchisevertrag das Franchisesystem ausführlich beschreiben.¹³²

Der Franchisegeber muss das Konzept des Franchisings, das auf die Bedürfnisse der Kunden ausgerichtet sein soll, so schematisch und strukturiert formulieren, dass es nicht nur für den Kunden, sondern auch für jeden potenziellen Franchisenehmer verständlich ist.¹³³

4.5.2. Wesentliche Bedingungen des Franchisevertrages

Obwohl sich die Überschrift des Art. 611 ZGB auf die Vertragsform konzentriert, bezieht sie sich auch auf solche wichtigen Bedingungen, die dafür wesentlich sind, um den Franchisevertrag als abgeschlossen zu bewerten. Als solche Bedingungen legt der Gesetzgeber die Beschreibung der gegenseitigen Pflichten der Parteien, die Angabe der Vertragsdauer, Kündigung oder Verlängerung der Laufzeit fest. Hiermit zielt der Gesetzgeber darauf

ab, dass die Parteien die Bedingungen berücksichtigen, die die Gültigkeit ihres Vertrages gewährleisten sollen.¹³⁴ Der Franchisegeber und der Franchisenehmer müssen sich im Vorhinein darüber einigen, aus welchen konkreten Gründen der Franchisegeber berechtigt wird, den Vertrag vorzeitig zu kündigen.¹³⁵

Die Parteien sollen im Franchisevertrag nicht nur die Dauer der Vertragslaufzeit berücksichtigen, sondern sich auch auf die Bedingungen der Verlängerung der Vertragslaufzeit einigen. Es ist wünschenswert, im Vertrag anzugeben, nach welchem Zeitraum jeder von den Vertragspartnern das Recht hat, den Vertrag zu überprüfen, was durch die Änderung der wirtschaftlichen Interessen der Parteien aufgrund der Auswirkung von Umweltfaktoren verursacht wird.¹³⁶

Unter den wesentlichen Bedingungen des Franchisevertrages sind die Bedingungen zu hervorzuheben, die das Franchisesystem vollständig beschreiben. Das Franchisesystem umfasst die notwendigen Einrichtungen, die für die Lieferung der Waren an den Endverbraucher erforderlich sind, d.h die Gesamtheit der Güter, für die die Parteien eine vertragliche Zusammenarbeit eingehen.¹³⁷ Das Ziel des Gesetzgebers ist es, die Parteien auf die Bedeutung einer vollständigen Beschreibung des Franchisesystems hinzuweisen. Der redliche Franchisegeber muss über einen effektiven Geschäftsplan verfügen, der im Franchisesystem verankert ist und dazu dient, bestimmte Güter zu verwenden. Ohne einen Geschäftsplan

¹³¹ *Tsertsvadze G.*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch III, Vertragsrecht (Besonderer Teil), Tiflis, 2016, Art. 611, Rn. 1, 2.

¹³² *Chachanidze T.*, Rechtliche Regelung des Franchiseverhältnisses, Tiflis, 2010, 34.

¹³³ *Tsertsvadze G.*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch III, Vertragsrecht (Besonderer Teil), Tiflis, 2016, Art. 608, Rn. 5.

¹³⁴ *Tsertsvadze G.*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch III, Vertragsrecht (Besonderer Teil), Tiflis, 2016, Art. 611, Rn. 5.

¹³⁵ *Tsertsvadze G.*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch III, Vertragsrecht (Besonderer Teil), Tiflis, 2016, Art. 611, Rn. 6.

¹³⁶ *Chachanidze T.*, Rechtliche Regelung des Franchiseverhältnisses, Tiflis, 2010, 128.

¹³⁷ *Tsertsvadze G.*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch III, Vertragsrecht (Besonderer Teil), Tiflis, 2016, Art. 611, Rn. 8.

ist es unmöglich, dass das Unternehmen eine erfolgreiche Tätigkeit ausüben kann.¹³⁸

5. Zusammenfassung

Der vorliegende Aufsatz wurde überwiegend der Definition des Begriffs des Franchisevertrags, der Rechtsnatur des Franchisevertrags und den Hauptmerkmalen des Franchisevertrages gewidmet. Dabei wurde auch die Bedeutung des Franchisings als eine noch entwickelnde praktische Institution in der georgischen Realität im Prozess der Entwicklung der Marktwirtschaft in den Mittelpunkt gerückt.

Das Fehlen einer allgemein anerkannten Definition eines Franchisevertrags stellt kein Hindernis dar. Die verschiedenen, in der Rechtslehre diskutierten Definitionen des Begriffes des Franchisings und die erwähnten Auslegungen der deutschen Rechtslehre und Rechtsprechung helfen dabei, das Franchising als ein entwickeltes System zur Ausübung von Tätigkeiten in einem bestimmten Gebiet zu qualifizieren, das die Übertragung von Kenntnissen und Erfahrung von einer Partei auf eine andere Partei gegen entsprechende Vergütung vorsieht.

Aufgrund der Besonderheit der Rechtsvorschriften, die den Franchisevertrag regeln, sollte bei der Klärung der Rechtsnatur des Franchisings die Aufmerksamkeit auf das Franchisesystem und die Art der darin enthaltenen Rechte und Pflichten gerichtet werden, die wiederum bestimmen, aus welcher Art von Vertrag das Franchising (als ein gemischter Vertrag) besteht.

Der Franchisenehmer erreicht dadurch das Ziel, dass er durch das von dem Franchisegeber

eingerrichtete und entwickelte Franchisesystem die Waren vertreiben, weiterverkaufen und die Dienstleistung anbieten kann. Die Durchsetzung des berechtigten Interesses an dem wirtschaftlichen Nutzen der genannten Tätigkeit hängt von der Besonderheit des Vertragsgegenstandes, der Erfahrung der Parteien und der Höhe des Kapitals des Unternehmens ab. Sollte abgewogen werden, dass der Franchisenehmer für die Nutzung des Franchisesystems zusätzlich zur Anfangsinvestition eine Gebühr zahlen muss, wird es für ihn wirtschaftlich nicht wünschenswert sein, einen Franchisevertrag für kurze Zeit abzuschließen. Daher wird eine langfristige Rechtsbeziehung für die Parteien die Differenz zwischen den erhaltenen Einnahmen und den anfallenden Kosten ausgleichen und ein angemessenes Einkommen bringen. Daher deutet das Bestehen eines auf Dauer angelegten Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien auf das Vorliegen eines Franchisevertrages hin. Während der franchiserechtlichen Verhältnisse können zwei rechtlich und wirtschaftlich unabhängige Unternehmen das festgelegte Ziel erreichen, nämlich finanzielle Vorteile aus dieser Tätigkeit zu ziehen.

Das Franchising ist durch eine Reihe von spezifischen Verpflichtungen gekennzeichnet. Der Informationsaustausch in der vorvertraglichen Phase spielt eine wichtige Rolle, um eine informierte Entscheidung zu treffen. Daher ist es sehr wichtig, dass die Parteien über den vorläufigen Kostenvoranschlag, über die Vorteile und über die rechtlichen und wirtschaftlichen Risiken informiert werden. Die Vereinbarung der Parteien über die Vertraulichkeit dient dazu, potenziellen Auftragnehmern rechtliche Garantien für die Geheimhaltung und den Schutz ihrer geschäftlichen oder sonstigen vertraulichen Informationen zu

¹³⁸ *Tsertsvadze G.*, Kommentar des georgischen Zivilgesetzbuches, Buch III, Vertragsrecht (Besonderer Teil), Tiflis, 2016, Art. 611, Rn. 9.

geben. Das Weisungs- und Kontrollrecht des Franchisegebers stellt die erforderliche Voraussetzung für das effektive Funktionieren des Franchisesystems dar. Die Kontrollfunktion des Franchisegebers stellt die Unabhängigkeit des Franchisenehmers erst dann nicht in Frage, wenn diese Funktion über die sorgfältige Ausführung des übertragenen einheitlichen Handelsplans und den erforderlichen Schutz der in diesem System verankerte Warenmarke nicht hinausgeht. Seinerseits ist der Franchisenehmer verpflichtet, die vom Franchisegeber während der Laufzeit des Vertrags ausgeübte Kontrolle zu dulden.

Es ist erwähnenswert, dass die Vielfalt der Rechtsnatur des Franchisings und dessen besonders flexibles System den zwei unabhängigen Unternehmen ermöglicht, ihre Aktivitäten durchzuführen, während derer sie die Warenmarke verwenden, die für die Verbraucher besonders

beliebt ist. Dadurch können beide Unternehmen entsprechende Gewinne erzielen. Im Unterschied zu den entwickelten westeuropäischen Ländern verfügt Georgien zwar über keine genügende praktische Erfahrung, aber im Gegensatz zu einigen entwickelten Ländern, wurde die theoretische Grundlage zur Regelung des Franchiseverhältnisses schon bei der Verabschiedung des georgischen Bürgerlichen Gesetzbuchs geschaffen. Dementsprechend stellt das Verständnis des rechtlichen Zwecks des Franchisevertrags und im Allgemeinen dessen Verständnis als einer bestimmten Art von Vertrag, die den Privatrechtssubjekten ermöglicht, den Franchisevertrag aktiv in seinen Aktivitäten zu verwenden, ein besonderes Mittel dar. Die aktive Verwendung der Franchiseverträge wird wiederum auch die Notwendigkeit entstehen lassen, dass die Gerichte die Rechtsvorschriften auslegen werden, die die franchiserechtlichen Verhältnisse regeln.

Prerequisites of Compensation for Damage According to Tortious General Clause

Irakli Svanadze

Ivane Javakhishvili Tbilisi State University, PhD Student

I. Introduction

In civil law, damages and liabilities may arise from a transaction, as well as from a violation of the rules provided by various normative acts and/or established by the society. The latter is often referred to as a liability arising from a tort and is known as lawful damage.¹

In ancient Rome, the lawyer Gaius had already divided the basics of the origin of the obligation into two.² He explained that an obligation to a person may arise in two ways, from the transaction, on the one hand, and in violation of the law, on the other. To this dichotomous division was later added the obligation arising from unjust enrichment.

The grounds and scope of tort compensation are problematic not only in Georgian but also in foreign law. The purpose of this article is to define a tortious general clause and to determine the scope of compensation for damages. In this article, not only Georgian tort law regulated by Art. 992-1008 of the Civil Code of Georgia³ will be discussed, but also the approaches of other Anglo-

American and continental European countries to tortious general clause.

II. The Concept of Tort

The law initially recognized only the two main grounds for the origin of an obligation: 1. Contractual and 2. Statutory. A loss caused by a violation of the law is what a tort signifies. Modern society and law uniquely separate crime and tort from one another, however, this was not always the case and still in the ancient era they did not explicitly separate tort and crime from each other. For a person in ancient Rome to be compensated for civil damages, it was necessary to establish the culprit's criminal liability.⁴

Nowadays, the separation of crime and tort becomes quite simple. A tort is a civil unlawful and culpable act of a person that is of a private nature (civil wrong).⁵ Even in ancient Rome, the distinction between *delictum* and *crimen* was somewhat established, although in both cases they were related to a person's criminal action. The term tort

¹ Chikvashvili Sh., Commentary on the Civil Code of Georgia, Book IV, Volume II, Tbilisi, 2001, Article 992, 378.

² Mousourakis G., Roman Law and the Origins of the Civil Law Tradition, Springer, Cham, 2015, 127.

³ Chikvashvili Sh., Commentary on the Civil Code of Georgia, Book IV, Volume II, Tbilisi, 2001, Article 992-1008, 378-429.

⁴ Tsertsvadze G., Contract Law, Meridiani, Tbilisi, 2014, 67.

⁵ McBride N. J. and Bagshaw R., Tort Law, 6th edition, Pearson Education Limited, Harlow, 2018, 7.

was used in the case of damage to the property, health or reputation of an individual. As for the crime (*crimen*), the term was used at a time when the harm was not to a particular person but to society and the victim's wrongdoing was directed against the state itself or its interests.⁶

The origins of tort law are rooted in and related to the law of Aquilia (*lex aquilia*). The law regulated for the first time the destruction of property, as well as damage to health and life.⁷

The purpose of punishing a person during a criminal prosecution is not only to restore a sense of justice for the victim but also to prevent the state and the public interest from his or her violation by doing so. The tort law leaves the victim with the opportunity to restore his violated rights and to make up for the material or non-material loss caused by the victim.⁸

In the 6th century, the Roman emperor Justinian, in his collection of laws (*Corpus Iuris Civilis*), did not deviate from the principle of division of torts by Gaius and named 4 cases in which a tort occurred: robbery (*rapina*), theft (*furtum*), Injury (*damnum iniuria datum*) and insult to dignity and reputation (*iniuria*).⁹

The separation of public and private law has ultimately had a major effect in terms of establishing the damage caused by the tort itself in civil law.¹⁰ However, in the event of a person committing a criminal offence such as murder, robbery,

theft, rape, violence, damage to property, etc., the person may also be liable for damages caused by this tortious act. Consequently, an act committed by a person may be of both a criminal (crime) and a civil (tort) nature.¹¹

Unfortunately, the Georgian Civil Code does not provide a legal definition of a tort. Article 992 of the Civil Code generally addresses the issue of liability of the person causing the damage to the a person. Georgian law does not specify that this action must be committed intentionally or negligently. Georgian legislation in this part is significantly similar to that of German, which clearly plays a major role in the formulation of the Civil Code of Georgia in this way. Under German law, damage to a person must be the result of an unlawful act on their part caused by a non-contractual relationship between the persons, but also by relations beyond it.¹²

Despite the similarity between the Georgian and German legislation, it should be emphasized that the Georgian legislation does not indicate the list of legal benefits, the protection of which is the purpose of Article 992 of the Civil Code. German civil law exhaustively lists the legal benefits to which the tort article applies.¹³ The relevant article of the German Civil Code explicitly mentions the following benefits: human health, body, life, liberty, property rights, and what is quite noteworthy, the German legislature mentions the words "or another right".

⁶ Mousourakis G., *Roman Law and the Origins of the Civil Law Tradition*, Springer, Cham, 2015, 143.

⁷ Tsertsvadze G., *Contract Law*, Meridiani, Tbilisi, 2014, 68.

⁸ Elliott C. and Quinn F., *Tort Law*, seventh edition, Pearson Education Limited, Harlow, 2009, 2.

⁹ Mousourakis G., *Roman Law and the Origins of the Civil Law Tradition*, Springer, Cham, 2015., 144-146.

¹⁰ Tsertsvadze G., *Contract Law*, Meridiani, Tbilisi, 2014, 67-68.

¹¹ McBride N. J. and Bagshaw R., *Tort Law*, 6th edition, Pearson Education Limited, Harlow, 2018, 29.

¹² Kropholer I., *Study Commentary on the German Civil Code*, Fund of Assistance of Law Education of GYLA with the Mission of GIZ, Tbilisi, 2014, §823, 623, 1.

¹³ The German Civil Code, Translator Tchetchelashvili Z., Tbilisi 2010, §823 <http://www.library.court.ge/upload/giz2011-ge-bgb.pdf> (25/01/2022).

In contrast, Article 992 of the Civil Code of Georgia is called a "concept", however, the Georgian legislature does not explain the notion of a tort and its legal and full definition in this article. Article 992 of the Civil Code of Georgia provides not the concept of a tort, but its general clause in which case a person is liable for damages.¹⁴

III. Tortious General Clause and its Elements

As mentioned earlier, Article 992 of the Civil Code, in its content, is not a concept of tort, but a tortious general clause. Accordingly, the purpose of this chapter is to discuss what constitutes a general clause and to what legal benefits it may extend.

Although tort law derives from ancient Rome, the concept of tortious general clause was not known to Roman jurists. Roman law directly listed what actions could be considered as a tort, however in some cases the lack of a general clause would leave the issues of compensation for damage caused by a violation of legal good uncovered and unconsidered.¹⁵

It is the tortious general clause that allows a person to claim compensation for the damage caused to him. The most widespread example of a tortious general clause is the reservation made by the French legislature.¹⁶ The French Civil Code

was adopted in 1804 by Napoleon. That is why this code is uniquely influenced by the increased revolutionary ideas of equality.¹⁷ Article 1383 of the French Civil Code establishes the most general form of tortious clause. According to the French legislature, everyone is liable for the damage he causes not only by his intentional act but also by his negligent conduct or by his imprudence. It is not only French law that is distinguished by a similar approach.¹⁸ A Korean lawmaker believes that tort law should allow for compensation of damages to a person in any case, hence their tort law is as general and broad as French. It is the influence of the French Civil Code that is felt in the legislation of France's other neighboring states. In drafting the Belgian Civil Code, its authors followed the principles of the French general clause when working on legislation.¹⁹

It should be noted that tortious general clauses are more common in continental European countries, however, the German approach is clearly different from the approach of the French law. § 823 of the German Civil Code lists the legal benefits that the legislature considers to be a priority.²⁰ At first glance, the German legislature does not complete the list exhaustively and the sentence ends with the words "or another right", however,

¹⁴ Chitoshvili T., Tort and Some Aspects of Tortious Obligations, Journal „Martlmsajuleba“, publication N1, Tbilisi, 2008, 49.

¹⁵ Egorova M. A., Krilov V. G., Romanov A. K., Tort obligations and tort liability in English, German and French Law: Tutorial, Yustitsinform, Moscow, 2017, 305.

¹⁶ Dam, C. V., European Tort Law, 2nd edition, Oxford University Press, Oxford, 2013, 56.

¹⁷ French Civil Code, transl. Rouhette G. & Rouhette-Breton A., Paris, 2006, Art. 1383 www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGIT

EXT000006070721&dateTexte=20130701 (25/01/2022).

¹⁸ Kwon Y., Pure Economic Loss: A Korean Perspective, Journal of Korean Law, vol. 10, no. 2, 2011, 225-226.

¹⁹ Bussani M. & Palmer V., The liability regimes of Europe – their façades and interiors, Pure Economic Loss in Europe, Bussani M. & Palmer V. (eds.), Cambridge University Press, Cambridge, 2003, 131.

²⁰ The German Civil Code, Translator Tchetelashvili Z., Tbilisi 2010, §823 <http://www.library.court.ge/upload/giz2011-ge-bgb.pdf> (25/01/2022).

the case law has shown that under German law, these other rights only mean absolute good.²¹

Unlike the law of continental Europe, a general tort agreement as such cannot be found in countries with case law. Their approach to torts is distinct in each case and depends on the judge's decision. Accordingly, the judge makes a decision in such a case, not only on the basis of legality but also based on the principles of justice and the socio-economic situation of the parties.²²

Having discussed the law and approaches of foreign countries, we can now return and touch on Georgian tort law. As mentioned above, a tortious reservation is given in Article 992 of the Civil Code of Georgia. It is, to a certain extent, a 5-element formula that, if available, will be imposed on the injured party on the one hand and compensated to the victim on the other hand.²³

In order for a person to be compensated for the loss, the mentioned damage must be caused directly by the unlawful and culpable action of the person. Therefore, 5 elements of the tortious general clause are distinguished: 1. the damage itself, 2. the action of the person, 3. the wrongfulness, 4. the fault, and 5. the causation.

In the scientific literature, as well as in court decisions, we encounter an approach according to which the element of action does not appear to be a separate independent element and it is checked and evaluated at the stage of contradiction.²⁴ Accordingly, not 5 elements are checked, but 4 elements similarly to German law.²⁵

The German and Georgian approaches, regardless of the number of elements, are considered to be identical, however, different from the French approach, which examines only the following 3 elements: 1. Guilt 2. Damage / loss and 3. Causal relationship with damage.²⁶

The difference in approaches of judges and scholars on this issue does not change the content substantially, as regardless of the number of elements, the sum of these elements is the basis for the origin of the claim for damages (tortious general clause).²⁷

IV. Confrontation of Legal Approaches

Approaches to tortious general clause differ not only in the level of inspection of the items, but also in the existence of the general clause itself. In this section, I attempt to briefly review the ap-

²¹ *Banakas E. K.*, Public Authority Liability for Pure Economic Loss: A Comparative Study of English, German and French Law, *Hellenic Review of International Law*, 45, 1992, 48-49.

²² *Egorova M. A., Krilov V. G., Romanov A. K.*, Tort obligations and tort liability in English, German and French Law: Tutorial, Yustitsinform, Moscow, 2017, 74.

²³ *Chikvashvili Sh.*, Commentary on the Civil Code of Georgia, Book IV, Volume II, Tbilisi, 2001, Article 992, 381-382.

²⁴ *Dam C. V.* European tort law, 2nd edition, Oxford University Press, Oxford, 2013, 227 & *Egorova M. A., Krilov V. G., Romanov A. K.*, Tort obligations and tort liability in English, German and French Law: Tutorial, Yustitsinform, Moscow, 2017, 307.

²⁵ *Zoidze B.*, Commentary on the Civil Code of Georgia, Book III, Tbilisi, 2001, Article 394, 364-371, *Chitoshvili T.*, Tort and Some Aspects of Tortious Obligations, *Journal „Martlmsajuleba“*, publication N1, Tbilisi, 2008, 58-59 & Decisions of the Supreme Court of Georgia on Cases №AS-1322-2018, 04/04/2019 and №AS-1215-2018, 29/03/2019.

²⁶ *Egorova M. A., Krilov V. G., Romanov A. K.*, Tort obligations and tort liability in English, German and French Law: Tutorial, Yustitsinform, Moscow, 2017, 355.

²⁷ Decision of the Supreme Court of Georgia on Case №AS-1426-2018, 11/04/2019.

proach to tortious general clauses within different legal systems.

It should be noted that Anglo-American legal systems do not recognize the tortious general clause, however in a number of cases due to their precedential nature, they cover and protect the legal benefits of the victim more widely.

1. Approach of the Anglo-American Legal System to Tortious General Clause

As mentioned earlier, Anglo-American law, unlike Continental European law, does not recognize a tortious general clause as such. This legal system is characterized by the development of practice through case law, after which there is in fact a complete but exhaustive list of torts in which the injured party is compensated.²⁸

In relation to tort law, America and England are called pragmatic states, which in each case individually assess the legal status of the victim and the offender and make a decision accordingly. In such a case, while making decision the judge may be concerned not only with the legal issues, but also the social status of the parties and what effect a certain decision will have on their future activities. While a tortious general clause may contribute to a broader approach and a greater possibility of reparation, it is clear that it was these states particularly that were able to discuss a loss

such as net economic damage for the first time without a general tort clause.²⁹

U.S. law, in turn, represents laws at both the federal and local levels in each state. Consequently, in a state where each state has its own legislation, it is quite difficult to talk about a unified central approach to torts. The only issue with torts that is regulated at the central federal level is maritime damage cases.³⁰

American judges, similarly to the British ones, are guided in their decision-making by the principles of good faith, diligence and commitment to care. However, unlike the British judges, American ones have a fairly high standard of care, so the victim has to justify and argue for damages.³¹

As for English law, it was in this state that it became possible for the first time to consider the question of compensation for damage caused by a pure economic loss in the absence of a tortious general clause. The judges in the case of "Hedley Byrne" made a precedential decision,³² which separated 3 types of damages. 1. Actual / established material damage, 2. Ineligible income (due to items that could not be put up for sale) and 3. pure economic loss, which did not result from either direct damage to the person but was only the so-called wallet damage.³³

²⁸ Egorova M. A., Krilov V. G., Romanov A. K., Tort obligations and tort liability in English, German and French Law: Tutorial, Yustitsinform, Moscow, 2017, 74.

²⁹ Decesion of England and Wales Court of Appeal on Case *Spartan Steel and Alloys Limited v. Martin & Company (Contractors) Limited*, 22/07/1972 [1972] EWCA Civ 3. <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/1972/3.html> (21/01/2022).

³⁰ Herbert B., Civil Liability for Pure Economic Loss Under American Tort Law, American Journal of Comparative Law Supplement 46, 1998, 111.

³¹ Kwon Y., Pure Economic Loss: A Korean Perspective, Journal of Korean Law, vol. 10, no. 2, 2011, 218-219.

³² Decesion of United Kingdom House of Lords on Case *Hedley Byrne & Company Limited v. Heller & Partners Limited*, 28/05/1963 [1963] UKHL 4, <https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1963/4.html> (22/01/2022).

³³ Elliott C. and Quinn F., Tort Law, 7th edition, Pearson Education Limited, Harlow, 2009, 27.

2. Approach of the Continental European Legal System to Tortious General Clause

The tortious general clause is found in the legal system of continental Europe. The French Civil Code offers the most general and broad general tort clause, which later became a role model in the development of tort law for other states. The approaches of French and German law to general torts are different, although it is clear that both of them have a great influence on Georgian tort laws.

Article 1382 of the Napoleonic Code, which governs delinquent general clauses, is also imbued with the idea of "*neminem laedere*" (Latin - do not hurt anyone else). This is why French law believes that damages must be compensated in any case, because in such instance the offender is presented as a strong side, while the victim as a weak one.³⁴

The French general clause of tort is so general that it allows the judge to decide each case individually.³⁵ It is obvious that French law was significantly influenced³⁶ by 17th-18th century French philosophers, the Catholic Church, and revolutionary ideas (*Liberté, égalité, fraternité*).³⁷

It was the French liberal approach to tort law that influenced both European (Belgium³⁸,

Greece, etc.)³⁹ and the Far East.⁴⁰ By choosing this approach, states believe that they not only protect the victim as the weak party, but also contribute to the recovery of the economic loss. That is why the insurance sector is highly developed in these countries, as a person tries to insure the possible damage caused by his actions, against a third party in advance.⁴¹

The liberal approach of the French law is based on an absolute compensation principle. Accordingly, the victim is compensated for any kind of damage. This approach is due to the lack of an exhaustive list (*the so-called numerus clausus principle*) in French law. In contrast to French law, an exhaustive list is found in the case of German tort law. The German legislature lists the legal benefits which it considers important to protect, although it also concludes § 823 with the words "or another right". According to the prevailing opinion in the legal literature,⁴² the German legislature had attempted to convey the meaning of a certain tortious general clause by writing these words, however, the case-law has made it clear that the term refers to rights deriving only from other absolute bounties.

It is the approach of the German legislature to the general tort clause that is most important for Georgian tort law, because at the end of the 20th

³⁴ Bussani M. & Palmer V., *The liability regimes of Europe – their façades and interiors*, Pure Economic Loss in Europe, Bussani M. & Palmer V. (eds.), Cambridge University Press, Cambridge, 2003, 126.

³⁵ Dam C. V., *European tort law*, 2nd edition, Oxford University Press, Oxford, 2013, 52.

³⁶ Egorova M. A., Krilov V. G., Romanov A. K., *Tort obligations and tort liability in English, German and French Law: Tutorial*, Yustitsinform, Moscow, 2017, 354.

³⁷ Dam C. V., *European tort law*, 2nd edition, Oxford University Press, Oxford, 2013, 51.

³⁸ Bussani M. & Palmer V., *The liability regimes of Europe – their façades and interiors*, Pure Economic Loss in

Europe, Bussani M. & Palmer V. (eds.), Cambridge University Press, Cambridge, 2003, 131.

³⁹ Deliyanni-Dimitrakou, C., *Pure Economic Loss under Greek Law*, *Hellenic Review of International Law*, 59, 2006, 87.

⁴⁰ Egorova M. A., Krilov V. G., Romanov A. K., *Tort obligations and tort liability in English, German and French Law: Tutorial*, Yustitsinform, Moscow, 2017, 352.

⁴¹ Kwon Y., *Pure Economic Loss: A Korean Perspective*, *Journal of Korean Law*, vol. 10, no. 2, 2011, 225-226.

⁴² Tsertsvadze G., *Contract Law*, Meridiani, Tbilisi, 2014, 69.

century, the Georgian Civil Code was created with the help of German Jurists. While working on the articles of tort law, Georgian jurists were faced with the choice whether to define a general tort clause, or to follow, the *numerus clausus* principle in the list of absolute benefits, similarly to Germans. The first part of § 823 of the German Civil Code is clearly different from the French general clause of tort. At first glance, German law may not offer a tortious general clause, however, in three different sections⁴³ German law offers mechanisms for the protection of legal benefits.

As for the Georgian tort law, it is an intermediate version of German and French tort law, because although there is a tort law similar to the French in Georgian law, the existence of an element of contradiction and its verification clearly distinguishes it from its French analogue.⁴⁴ Although there is no provision for a tortious general clause in § 823 of the German Civil Code, the German legislature has contained protective norms in 3 sections with a similar content to the Georgian general clause of tort. That is why under German law it is possible to compensate for damage such as net economic damage.

V. Summary

In conclusion, it should be noted that the approach to tort law and consequently to tort general clause differs not only between the legal systems, but also between the states themselves within one legal system. The extent of damages in many cases does not depend solely on the existence of a tortious general clause.

The article highlighted the fact that tortious general clauses are common to continental Euro-

pean law, however, its absence does not prevent precedent-setting countries from making revolutionary decisions in tortious disputes. It was the English court that explained and discussed the liability arising from pure economic loss as early as the 1960s. English and American judges consider the relationship established between the parties in tort disputes. In resolving a dispute, it is important for the judge to determine whether or not the person who caused the damage had the duty of care to the victim. American and British judges, when resolving a tort dispute, are guided not only by legal norms, but also by the socio-economic status of the victim and the injured party.

In the context of Georgian tort law, it was important to discuss the German and French approaches. The French Civil Code was adopted in 1804 during the Napoleonic era and is therefore significantly influenced by revolutionary, philosophical and egalitarian ideas. The French general clause of tort is its most general and comprehensive form, while the German Civil Code, adopted almost a century later, completely rejects the general delinquency and lists the legal benefits that the law deems "worthy" of protection.

Georgian civil code was adopted at the end of the 20th century under the unequivocal influence and spirit of German law. To some extent, it seems that German scientists, who were actively involved in the development of the law, tried to reflect the centuries-old experience of their country's legislation in the work process. Georgian law rejected the list of legally protected rights and chose the path of general tort. A similar approach was taken by two other member states of the German legal group in the 20th century: Austria and Switzerland. Both states have somewhat deviated

⁴³ Egorova M. A., Krilov V. G., Romanov A. K., Tort obligations and tort liability in English, German and French Law: Tutorial, Yustitsinform, Moscow, 2017, 75.

⁴⁴ Kwon Y., Pure Economic Loss: A Korean Perspective, Journal of Korean Law, vol. 10, no. 2, 2011, 223-224.

from the German approach and have chosen the path of the tortious general clause.⁴⁵

Although Georgian law is familiar with the tortious general clause, the need to examine the 5 elements contained in it, and especially the element of wrongfulness, significantly distances it from its French counterpart and makes it similar

to German law. While Georgian law regulates tortious matters in a single article, a reservation with similar content and effect is distributed across three separate norms in the German Civil Code. In addition, it should be noted that the scope of regulation of § 826 of the German Civil Code is much wider than the Georgian legislation and makes it possible to even compensate pure economic loss.⁴⁶

⁴⁵ *Rusiashvili G., Egnatashvili D., Cases in Statutory Obligation Law, Iuristebis Samkaro, Tbilisi, 2016, 236.*

⁴⁶ *Van Boom W. H., Pure Economic Loss - a Comparative Perspective, Pure Economic Loss, van Boom W.H., Koziol*

H. & Witting C. A., (eds.), Springer, Vienna/New York, 2004, 9.