

Gedächtnisschrift für Manfred Wolf

von

Prof. Dr. Jens Dammann, Dr. Wolfgang Grunsky, Prof. Dr. Thomas Pfeiffer

1. Auflage

[Gedächtnisschrift für Manfred Wolf – Dammann / Grunsky / Pfeiffer](#)

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Festschriften](#)



Verlag C.H. Beck München 2011

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 61577 1

BORIS SCHINKELS

Klauselmäßige Synallagma-Fiktion – Zur Stipulation des Anfangsentgelts beim Franchise-Vertrag als isolierte Gegenleistung für „Schulungsaufwand“*

I. Einleitung

Zu den „klassischen“ Steitständen der Zivilrechtsdogmatik zählt die Kontroverse, ob sich bei zweiseitigen Verträgen das Synallagma im Sinne einer finalen Gegenseitigkeitsbindung (zumindest) zweier primärer Leistungspflichten als Ausdruck der vertraglichen Vereinbarung beschreiben lässt,¹ oder ob sich das Synallagma als (bloßer) Vertragszweck bzw. als Aspekt der Geschäftsgrundlage manifestiert.² Mit dem ihn auszeichnenden Scharfsinn hat sich hierzu bereits 1969 der junge *Manfred Wolf* geäußert,³ der das Synallagma als Geschäftszweck begriff, der sich bei individuellen Interessenkonstellationen auch aus Geschäftsgrundlagenaspekten ergeben könne. *Als Geschäftszweck aber gehöre auch die Geschäftsgrundlage zum Vertragsinhalt.* Freilich darf der Vertragsinhalt nach *Wolf* nicht nur im Sinne der vereinbarten Rechtsfolgen verstanden werden; er soll vielmehr auch maßgebliche Parteivorstellungen umfassen.⁴ Der Streit ist kein dogmatisches Glasperlenspiel. Von ihm hängt insbesondere ab, inwieweit das Synallagma selbst überhaupt der vertraglichen Vereinbarung zugänglich ist. Dieser bislang vernachlässigten Fragestellung nachzugehen gibt eine Entwicklung aus dem Franchise-Recht Anlass.

* Der Verfasser dankt *Matthias Weller* für seine Anmerkungen zum Typoskript.

¹ So die weitaus h. M.; vgl. nur BGHZ 15, 102, 105; weniger eindeutig aber BGH NJW 2006, 2773, 2775; MünchKomm-BGB/Emmerich, 5. Aufl., 2007, Vor § 320 Rn. 16; Gernhuber, FS Raiser, 1974, S. 57; Soergel/Gsell, 13. Aufl., 2005, Vor § 320 Rn. 3; Heck, Grundriß des Schuldrechts, 1930, § 42, S. 127 Anm. 3; Kirm, JZ 1969, 325, 326; Larenz, Schuldrecht I, 14. Aufl., 1987, § 15 I, S. 203; Staudinger/Otto/Schwarze, Bearb. 2009, Vor § 320 Rn. 16, 31; schließlich, mit besonderem Blick auf Franchiseverträge Giesler, in: Giesler/Nauschütt, Franchiserecht, 2. Aufl., 2007, Rn. 5. 98; demgegenüber vor einem (zusätzlichen) *pactum adiectum* (im Sinne eines *pactum de non petendo*) ausgehend Chelidonis, FS Stathopoulos, 2010, S. 341, 347.

² So insbesondere Schmidt-Rimpler, Die Gegenseitigkeit bei einseitig bedingten Verträgen, insbesondere beim Versicherungsvertrag: zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Synallagma, 1968, S. 59 bis 63; dem folgend Rittner, FS H. Lange, 1970, S. 213, 238.

³ *Manfred Wolf*, Neue Literatur zum Synallagma, Jura 1969, 119, 124 ff.

⁴ *M. Wolf*, Jura 1969, 119, 125. Dem nicht ganz unähnlich sind die allgemeineren Erwägungen bei *Westermann*, Di causa im französischen und deutschen Zivilrecht, 1964, der den „Austauschzweck“ als *causa* begreift (S. 95 ff., 119 ff.) und für die Begründung einer *causa* neben der Vertragsvereinbarung grundsätzlich auch „typische Zwecke“ anerkennt (S. 63, 112 ff.). Dass ein Zweck typisch sein muss, dient ihm dabei zur Abgrenzung von beachtlichen und unbeachtlichen Motiven. Als *causa* wird auch ein (nur typisches) Motiv zum Vertragsinhalt (S. 112 ff.). Freilich unterscheidet *Westermann* kategorisch zwischen *causa* und Geschäftsgrundlage (S. 123 ff.).

II. Das Problem der „Synallagma-Klausel“

Manfred Wolf hat in der Voraufgabe seines AGB-Kommentars noch selbst darauf hingewiesen, dass bei Franchise-Verträgen wegen Verstoßes gegen die Generalklausel (heute § 307 BGB) eine Regelung in AGB als unwirksam anzusehen ist, nach der im Falle der Kündigung die Rückzahlung der „Franchise-Gebühr“ ohne Rücksicht auf Vertragsdauer und Kündigungsgrund ausgeschlossen wird, weil dadurch das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung beeinträchtigt wird.⁵ Bei der Ausgestaltung von Franchise-Verträgen wird deshalb in jüngerer Zeit die Tragfähigkeit eines Verständnisses vom Synallagma als Gegenstand der Vertragsabrede in besonderer Weise strapaziert. Bei diesen Verträgen ist es üblich, dass die Teilnahme am jeweiligen Franchise-System zum einen von einer anfänglichen Zahlung (Eintrittsgebühr; einmalige Franchise-Gebühr, Anfangsentgelt etc.) und zum anderen von (meist monatlich) wiederkehrenden Zahlungen für die Laufzeit des Dauerschuldverhältnisses (Mitgliedsbeitrag, Laufzeit- bzw. Dienstleistungsgebühr etc.) abhängig gemacht wird. In aktuellen Verträgen wird dabei die Anfangszahlung zunehmend explizit als Gegenleistung ausschließlich für anfänglichen Aufwand des Franchise-Gebers, insbesondere für Schulungen des Franchise-Nehmers hinsichtlich dessen Fähigkeit zur Teilnahme am Franchise-System, deklariert, obwohl diese wahrzunehmen nicht in dessen Ermessen steht – er bekommt regelmäßig nur das Gesamtpaket nach dem Motto: „take it or leave it“. Zwar wird in der Praxis von Franchise-Nehmern mitunter die mangelnde Qualität von solchen Schulungen beklagt⁶ und mutet manches „Mentoring Program“ angelsächsischer Prägung aus Sicht eines Kontinentaleuropäers vielleicht ein wenig „esoterisch“ an. Doch kalkuliert ein rational vorgehender, potentieller Franchise-Nehmer ohnehin nur, ob seine wirtschaftlichen Erfolgsaussichten das von ihm für die Vertragslaufzeit anfallende *Gesamtentgelt* rechtfertigen.⁷ Probleme ergeben sich aber dann, wenn es zu Leistungsstörungen und/oder vorzeitiger Vertragsaufhebung kommt. Zum besseren Verständnis der Problematik soll zunächst die Evolution der entsprechenden Kaute- larpraxis nachvollzogen werden.

III. Die Genese der heutigen Vertragsgestaltung

Bis zur Jahrtausendwende war die überwiegende deutsche Literatur von dem Gedanken beherrscht, dass eine Aufspaltung des Synallagmas nach vertraglichen Einzelleistungen beim Franchise-Vertrag nicht in Betracht komme. So liest man zum Streitstand in der 4. Auflage des Münchener Vertragshandbuchs von 1998 bei *Reimann/Wagner*:

⁵ Wolf/Horn/Lindacher/M. Wolf, AGB-Gesetz, 4. Aufl., 1999; § 9 F 121; heute ebenso Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Dammann, AGB-Recht, 5. Aufl., 2009, Klauselanhang F 91.

⁶ Dazu etwa BGH NJW-RR 2000, 1159, 1160.

⁷ Zum „psychologischen Vorgang“ auch Bydlinski, FS Steinwenter, 1958, S. 140, 147.

„Die Zahlung der Franchisegebühren ist eine Hauptpflicht des Franchisenehmers [...]. Mit ihr gemeinsam bilden seine Absatzförderungs- und Systemanwendungspflichten einerseits und die Betriebseingliederungs- und förderungspflichten des Franchise-Gebers eine rechtliche und wirtschaftliche Einheit; sie stehen als gegenseitige vertragliche Hauptleistungspflicht in einem nicht weiter aufzuschlüsselnden Synallagma (Martinek, S. 290). Eine Zuordnung etwa der einmaligen Franchisegebühr zu den Betriebseingliederungspflichten (so Mack, S. 103) läßt sich praktisch nicht nachvollziehen. Die Verwendungen der Gebühren lassen sich weder rechtlich noch wirtschaftlich sinnvoll den Eingliederungs- oder Förderungsmaßnahmen für einzelne Franchise-Nehmer zuordnen (s. Tietz/Mathieu, S. 151 und Knigge, S. 60 ff.).“⁸

Diese Einschätzung ist z. B. für die Frage entscheidend, inwieweit der Franchise-Nehmer hinsichtlich seiner eigenen Verpflichtungen die Einrede des nicht erfüllten Vertrags (funktionelles Synallagma,⁹ § 320 BGB) erheben kann, wenn der Franchise-Geber seine laufzeitbezogenen Versprechungen (Zurverfügungstellung von Datenbanken, Lieferung von Waren etc.) nicht ordnungsgemäß erfüllt: Wenn alle Leistungen in einem „nicht näher aufzuschlüsselnden Synallagma“ (Martinek), stehen, kann der Franchise-Nehmer auch das Anfangsentgelt zurückbehalten.¹⁰

Mit der Jahrtausendwende vollzog sich ein Paradigmenwechsel, der wohl auch unter dem Eindruck eines Judikats des BGH aus dem Jahre 2000 stand. Zu einer von typischen, in einem unteilbaren Gesamtsynallagma stehende Pflichten des Franchise-Vertrags ausgehenden Einschätzung der Vorinstanz hat der BGH im Rahmen einer Zurückverweisung die Möglichkeit einer Vertragsauslegung im konkreten Fall festgehalten, wonach speziell für eine laufzeitabhängige „Dienstleistungsgebühr“ seitens des Franchise-Gebers gar keine besonderen Dienstleistungen während der Laufzeit geschuldet seien.¹¹ In seiner Anmerkung zu dem Judikat des BGH hat bereits Becker¹² gemutmaß, der BGH habe dem Franchise-Geber einen Weg aufgezeigt, „das beiderseitige Leistungsbild gezielt so anzulegen, dass Vollzugsdefizite auf seiner Seite nicht ohne weiteres zur Totalverweigerung seitens des Franchisenehmers führen können“. Für unsere Frage folgt daraus freilich nichts Zwingendes: In erster Linie hat der BGH auf ein mögliches, gänzliches Fehlen einer laufzeitbezogenen Dienstleistungsverpflichtung des Franchise-Gebers hingewiesen und sich daher nicht eindeutig zur Frage der synallagmatischen Beziehung im Falle ihres Bestehens geäußert: Dass nur im Synallagma stehen kann, was auch versprochen wurde, ist

⁸ Reimann/Wagner, Münchener Vertragshandbuch, Bd. 3.1, 4. Aufl. 1998, IV. 1., Erläuterung Nr. 42, S. 542 f. Die zitierten Werke sind: Knigge, Franchisesysteme im Dienstleistungssektor, 1973; Mack, Neuere Vertragssysteme in der Bundesrepublik Deutschland. Eine Studie zum Franchising, 1975; Martinek, Franchising, 1987; Tietz/Mathieu, Das Franchising als Kooperationsmodell für den mittelständischen Groß- und Einzelhandel, 1979.

⁹ Dazu etwa Palandt/Grüneberg, 69. Aufl., 2010, Einf. v. § 320, Rn. 14.

¹⁰ Hierauf kommt es möglicherweise aus der Sicht von Gsell (in: Soergel [Fn. 1], § 320 Rn. 14) nicht an, die für die Anwendbarkeit der § 320 ff. BGB nur das Vorliegen eines synallagmatischen Vertrags verlangt und diesenfalls ein Zurückbehaltungsrecht sogar wegen der Nichterfüllung von Nebenpflichten annimmt; hiergegen allerdings Staudinger/Otto, Bearb. 2009, § 320 Rn. 15; ferner MünchKomm-BGB/Emmerich (Fn. 1), § 320 Rn. 31; Palandt/Grüneberg, Vor § 320 Rn. 16 und § 320 Rn. 4.

¹¹ BGH NJW-RR 2000, 1159, 1160.

¹² Becker, DStR 2000, 1618.

demgegenüber unstreitig. Außerdem kann ohnehin eine Vorleistungspflicht hinsichtlich der Anfangszahlung vereinbart werden. Für die Entwicklung der Synallagma-Klausel waren deshalb weitere Gründe ausschlaggebend.

So bietet bereits die folgende, 5. Auflage des Münchener Vertragshandbuchs von 2004 zum Franchise-Vertrag (Restaurant) einen Klauselvorschlag, worin die „einmalige Franchisegebühr“ explizit als Gegenleistung für die Aufbauleistung des Franchise-Gebers deklariert wird.¹³ Die zugehörigen Erläuterungen verblüffen allerdings: Einerseits findet man die bereits zitierte Passage über das nicht weiter aufschlüsselbare Synallagma wieder, die nur um einen (nicht zustimmenden) Hinweis auf die BGH-Entscheidung ergänzt wird.¹⁴ Andererseits findet sich eine hiermit nicht recht zusammenpassende Anleitung für den Franchise-Geber, die Anfangsgebühr möglichst „rückabwicklungsfest“ zu machen:

„Bei der vorzeitigen Beendigung des Franchise-Vertrages muss der Franchise-Geber die Eintrittsgebühr anteilig zurückgewähren, wenn aus dem Vertrag nicht abgeleitet werden kann, dass die Eintrittsgebühr als Äquivalent für die vom Franchise-Geber im Zusammenhang mit der Errichtung des Franchise-Systems entstandenen Vorlaufkosten bestimmt ist. Daher sollte der Franchise-Vertrag eine ausdrückliche Regelung enthalten, wofür die Eintrittsgebühr zu zahlen ist. Sie muss als Gegenleistung für die vom Franchise-Geber vorfinanzierten Entwicklungskosten des Systems ausgestaltet sein.“¹⁵

Der Rat wird mit einem Verweis auf eine Entscheidung des OLG Hamburg aus 2003¹⁶ gestützt. Dieses hatte in umgekehrter Herangehensweise gewichtige Gründe für eine anteilige Erstattungspflicht der „Eintrittsgebühr“ als Bereicherungsausgleich nach einvernehmlicher, vorzeitiger Vertragsbeendigung anerkannt und sogar leitsätzlich formuliert:

„Musste der Franchisegeber für das vertragsgegenständliche Know-how keine eigenen Vorleistungen aufbringen und handelt es sich um ein am Markt noch nicht erprobtes Geschäftskonzept, spricht dies für eine zeitbezogene Bemessung der Eintrittsgebühr.“¹⁷

Diese Einschränkung hat die Kautelarpraxis mit Blick auf solche „Franchise-Startups“ nicht ruhen lassen, die sich erst am Markt etablieren und für die auch intensive „Know-how-Vorleistungen“ nur schwerlich begründbar wären. So ist man auf eine aus der Sicht der Franchise-Geber bestechende Idee verfallen: Nur weil man über wenig systemspezifisches Know-how verfügt, heißt das noch lange nicht, dass man Aspiranten nicht in allen möglichen „Schlüsselqualifikationen“ schulen könnte. Inzwischen haben daher Klauseln Verbreitung gefunden, wonach die Eintrittsgebühr bzw. das Anfangsentgelt *vollumfänglich und abschließend als Gegenleistung für Einführungen, Lehrgänge und Schulungen* vereinbart wird.

Heute vertritt beispielsweise der nach eigener Internetauskunft¹⁸ nur für Franchise-Geber tätige Rechtsanwalt Giesler zwar, dass auch ohne eine ausdrückliche

¹³ Heil/Wagner, Münchener Vertragshandbuch, Bd. 2, 5. Aufl. 2004, II. 1, § 7 Abs. 1 S. 70.

¹⁴ Heil/Wagner (Fn. 13), Erläuterung Nr. 42, S. 136.

¹⁵ Heil/Wagner (Fn. 13), II. 2, Erläuterung Nr. 42, S. 136; zu diesem Gedanken auch Giesler, in: Giesler/Nauschütt (Fn. 1), Rn. 5.98 ff.

¹⁶ OLG Hamburg DB 2003, 1054.

¹⁷ OLG Hamburg DB 2003, 1054.

¹⁸ Vgl. <http://www.franchiserecht.de/rechtsanwaelte/dr-jan-patrick-giesler/>.

Vereinbarung die Leistungen des Franchise-Gebers bis zur Eröffnung des Systembetriebs (Systemeingliederung) in einem isolierten Synallagma zur Anfangsgebühr stehen.¹⁹ Dennoch begreift er den Verzicht auf eine Synallagma-Klausel mit Blick auf die Rechtsprechung als „Gestaltungsfehler“²⁰ und schlussfolgert mit Blick auf Klauseln, die Ansprüche auf Rückgewähr des Anfangsentgelts für den Fall vorzeitiger Vertragsbeendigung (ggfs. durch fristlose Kündigung seitens des Franchise-Nehmers) vorsehen:

„Bei der Gestaltung eines Franchisevertrags ist auf eine übersichtliche und richtige Ausgestaltung des Synallagma zu achten. Wenn das Synallagma richtig gestaltet wird, bedarf es keiner Ausschlussklausel. Klarstellende Ausschlussklauseln sind dann wirksam.“²¹

IV. Missbrauchs- und Täuschungspotential

Freilich zeichnen Klauseln, wonach das Anfangsentgelt eine isolierte Gegenleistung für Schulungsaufwand darstellen soll, ein nicht immer realistisches Bild von der Vertragsdurchführung. Mitunter tritt der Gedanke der Gegenleistung für konkret auf den Franchise-Nehmer bezogenen Aufwand hinter dem der Generierung von Profit weitgehend zurück. So ist es nicht ungewöhnlich, dass nicht einmal die Hälfte des Anfangsentgelts tatsächlich für Schulungen kalkuliert wird. Soweit der Franchise-Geber dem Franchise-Nehmer überhaupt diesbezügliche Zahlen überlässt, werden zudem die Verwaltungskosten tendenziell eher zu hoch als zu niedrig angesetzt. Lässt sich der Franchise-Geber die potentiellen Franchise-Nehmer von einem Existenzgründungsberater zuführen, so fallen zudem teilweise üppige Vermittlungsprovisionen („Kick-backs“) an, die kalkulatorisch ebenfalls dem Anfangsentgelt zuzuordnen sein dürften. Während man im Zusammenhang mit der Anlageberatung noch eine vorvertragliche Aufklärungspflicht über „Kick-backs“ diskutiert,²² darf man in der Stipulation des Franchise-Gebers, die Eintrittsgebühr sei exklusiv als Entgelt für Schulungen vereinbart, wohl bereits eine vorsätzliche Irreführung über die Nichtgewähr von Provisionen durch positives Tun erblicken.²³ Hält man es zudem für möglich, durch „Synallagma-Vereinbarung“ die Anfangsgebühr als isolierte Gegenleistung für anfängliche Schulungen zu vereinbaren, so folgt daraus gegebenenfalls ein im Sinne von § 138 BGB grobes Missverhältnis von Leis-

¹⁹ Giesler, in: Giesler/Nauschütt (Fn. 1), Rn. 5.99d.

²⁰ Giesler, in: Giesler/Nauschütt (Fn. 1), Rn. 5.154c, unter Verweis auf *OLG Frankfurt/M.* NJW-RR 1995, 1395 ff., und das Urteil des *OLG Hamburg*.

²¹ Giesler, in: Giesler/Nauschütt (Fn. 1), Rn. 9.95.

²² Vgl. etwa *BGH NJW* 2007, 1876 („Kick-back II“) und den Überblick bei *Witte/Hillebrand*, *DStR* 2009, 1759.

²³ Vgl. hierzu *BGH ZIP* 2010, 1481 (Vermittlungsprovision beim Immobilienerwerb). Franchise-Spezialisten betonen zwar eine kategorische Differenzierung zwischen Täuschung – durch positives Tun – und der Verletzung von vorvertraglichen Aufklärungspflichten, vgl. nur *Giesler/Nauschütt*, *BB* 2003, 435; *Giesler/Güntzel*, *NJW* 2007, 3099. Mit Blick auf die Rechtsprechung des *BGH* zur arglistigen Täuschung durch Nichtaufklärung, etwa über die Unfallfahrzeugeigenschaft der Kaufsache (*BGH NJW-RR* 1987, 436, 2. Leitsatz), erscheint dies freilich überdenkenswert.

tung und Gegenleistung, etwa wenn als explizite Gegenleistungen nur für Schulungen, die einen „Aufwand“ (ein „Marktwert“ ist für die einzelnen Schulungsprodukte oftmals nicht ermittelbar) von 25.000 Euro begründen, 50.000 Euro Anfangsgebühr verlangt werden.

All das wirft die Frage auf, ob man es bei den Klauseln über die Aufschlüsselung der Gegenseitigkeitsbeziehungen einzelner Verpflichtungen mit einer zulässigen Ausgestaltung des Gegenseitigkeitsverhältnisses durch Vertrag, mit einer Umgehungskonstruktion im Sinne von § 306a BGB oder gar mit einer blanken Fiktion zu tun hat.

V. Zu den merkwürdigen Konsequenzen eines Verständnisses vom Synallagma als Ausdruck vertraglichen Konsenses

Übernehme man freilich das von den Kautelarjuristen implizierte „Vereinbarungsparadigma“, wonach das Synallagma selbst notwendig Gegenstand und Ausdruck der Vertragsvereinbarung ist, so kann es kaum keine unzutreffende Beschreibung des Synallagmas durch vertragliche Vereinbarung geben. Dass dies freilich dem Judiz zuwiderläuft, kann anhand zweier Beispiele dargetan werden, welche die Idee von der freien Vereinbarkeit des Gegenseitigkeitsverhältnisses in die vertrauteren Zusammenhänge des Kaufrechts übersetzen.

1. Der „Versandvertrag mit Kaufabrede“

K will im Laden des V ein Digitalkamera-Auslaufmodell kaufen, für das er zuvor im Internet einen Durchschnittspreis von 170 Euro ermittelt hatte. Weil V aufgrund des Kundenansturms nur noch über einige Geräte in seinem außerhalb gelegenen Lager verfügt, vereinbart man Versand innerhalb von 3 Tagen. V, der in letzter Zeit einigen Ärger mit Gewährleistungsfällen hatte, nutzt die Gunst der Stunde und notiert in dem improvisierten, handschriftlichen Vertrag: „76 Euro als isolierte Gegenleistung für den Versand mit Standard-Postpaket (als 1. Hauptleistung) und 74 Euro als Gegenleistung für die Verschaffung von Besitz und Eigentum an der Kamera (2. Hauptleistung)“. Da die gelieferte Kamera einige irreparable Defekte aufweist und ein neues Ersatzgerät am Markt nicht mehr zu beschaffen ist, fragt K, der die Kamera behalten möchte, nach der Bemessungsgröße für den „Kaufpreis“ im Sinne des § 441 Abs. 3 BGB mit Blick auf sein Minderungsrecht. Hier dürfte wohl niemand einen Ansatz von 74 Euro für rechtsethisch richtig halten. Eine Scheinabrede liegt in der Preisaufschlüsselung aber nicht, da der V eine entsprechende „Preis-Leistungs-Zuordnung“ zweifelsfrei wirklich gewollt hat. Eine Preisgestaltung unterliegt ferner bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) nicht der Äquivalenzkontrolle (das gilt sogar für AGB, § 307 Abs. 3 S. 1 BGB). Und selbst mit der Annahme der Sittenwidrigkeit der Entgeltvereinbarung in Höhe von 76 Euro für den Versand wäre dem Interesse des K am Behalten der Kamera nur

dann gedient, wenn man hieraus entgegen § 139 BGB keine Gesamtnichtigkeit des Vertrags ableitete. Da es sich wohl um einen Verbrauchsgüterkauf handelt, ist man zwar mit Blick auf das Umgehungsverbot des § 475 Abs. 1 S. 2 BGB geneigt, eine Umgehungs konstruktion anzunehmen, stellt doch die Preisaufschlüsselung die gewöhnliche Beurteilung eines Kaufvertrags mit Versandnebenverpflichtung des Verkäufers im Sinne eines „Versandvertrags mit Kaufabrede“ auf den Kopf. Die Annahme einer Umgehungs konstruktion konfligiert aber mit dem Vereinbarungsparadigma für das Synallagma: Vertreter des Vereinbarungsparadigmas gehen so selbstverständlich wie folgerichtig davon aus, dass auch eine typische Nebenpflicht (hier: Versand) durch Vereinbarung als gewillkürte Hauptleistungspflicht in das Gegenseitigkeitsverhältnis gebracht werden könne.²⁴ Unter dieser Prämisse ist freilich eine Umgehung durch rechtsgeschäftliche Vereinbarung des Synallagmas kaum begründbar. Eine Umgehungs konstruktion anzunehmen erfordert vielmehr, zuzugestehen, dass es *außerhalb der Vertragsvereinbarung liegende Kriterien der Gegenseitigkeit* gibt. Diese liegen in den einander erkennbar verfolgten, *reziproken Vertragszwecken*: K wollte zweifelsfrei mit dem Versprechen von 150 Euro das Versprechen der Gegen-„Leistungen“²⁵ „Sachverschaffung plus Versand“ erkaufen. Die Annahme hingegen, dem Interesse des K habe eine isolierte Gegenseitigkeitsbeziehung von Versand und Zahlung in Höhe von 76 Euro entsprochen, ist eine *Fiktion* über die Zweck-Mittel-Relation.²⁶ Vielmehr hat der K lediglich im Sinne eines „Nullsummenspiels“ einen Rabatt auf den Kaufpreis mit einem Aufschlag für den Versand eingehandelt. Nur wer dies berücksichtigt, wird dem Zweck des Synallagmas, den Entgeltcharakter der Leistungspflichten zu schützen,²⁷ gerecht. Hieraus nun eine Umgehung zu konstruieren, erfordert aber sogar das weitere Zugeständnis, dass die Einordnung von im Paket versprochenen Einzelleistungen als jeweils im Gegenseitigkeitsverhältnis zu einzelnen Teilen der versprochenen Gegenleistung *der vertraglichen Gestaltung nicht uneingeschränkt zugänglich ist*. Dennoch ist dieses Ergebnis schon europarechtlich geboten (*arg. e* Artt. 3 Abs. 2 i. V. m. 7 Abs. 1 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie²⁸): Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie zielt auf den Schutz der berechtigten Verbrauchererwartung²⁹ und ist insoweit indifferent gegenüber nationaler Vertragsdogmatik. Man wird also für die Minderung einen *von den Parteiabreden abweichenden, fiktiven Kaufpreis* durch Abzug realistischer Versandkosten vom Gesamtbetrag (150 Euro) anzusetzen haben.

²⁴ Statt aller MünchKomm-BGB/Emmerich (Fn. 1), § 320 Rn. 31 sowie Vor § 320 Rn. 22 ff.

²⁵ Die Feinheiten einer Einordnung der Versandkosten als ggfs. von Leistung verschiedener Vertragskosten im Rahmen „normaler“ Vereinbarungen können für unsere Zwecke vernachlässigt werden.

²⁶ Zu diesem Aspekt des Synallagmas etwa Bydlinski, FS Steinwenter, 1958, S. 140, 142.

²⁷ Dubischar, FS Raiser, 1974, S. 99 ff.

²⁸ Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. Nr. L 171 vom 7. Juli 1999, S. 12.

²⁹ Vgl. Erwägungsgrund 8 und Art. 2 Abs. 3 Verbrauchsgüterkauf-RL: Entscheidend ist, was der Verbraucher vernünftigerweise erwarten kann; ferner etwa W.-H. Roth, in: Schulte-Nölke/Schulze, Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte, 1999, S. 45, 50 f., Schinkels, ZGS 2003, 310, 312. Zum Konzept bereits Micklitz, ZEuP 1998, 253, 263 ff. m. w. N.

2. Der „nicht synallagmatische Kaufvertrag“

Rechtsethische Probleme begründet die Vereinbarungskonzeption von Gegenseitigkeit auch deshalb, weil die Annahme, dass das Synallagma erst aus Vereinbarung folgt, impliziert, dass keines entsteht, wenn es gar nicht erst vereinbart wird: Der Sammler V veräußert ein Gemälde aus seiner Sammlung an den Sammler K. Dieses geht noch vor dem vereinbarten Übergabetermin bei V unter. Ungerührt verlangt V weiter Zahlung des Kaufpreises. Als K sich auf das konditionelle Synallagma (§ 326 Abs. 1 S. 1 BGB) beruft, verweist V auf seine AGB, wonach zwischen der Verpflichtung des K (zur Zahlung) und derjenigen des V *kein Gegenseitigkeitsverhältnis (Synallagma) vereinbart ist*. Den Fall mag man über § 305c Abs. 1 BGB lösen wollen, sofern V den Überraschungseffekt nicht hinreichend ausgeräumt hat.³⁰ Das AGB-Recht wäre aber im Übrigen bei Zugrundelegung eines reinen Vereinbarungsparadigmas gegenüber einer bereits das Synallagma als solches ausdrücklich ausschließenden Vereinbarung ein stumpfes Schwert: Nimmt man an, dass das Synallagma als Inhalt erst der rechtsgeschäftlichen Vereinbarung ohne eine solche gar nicht entstünde, so läge in der Vereinbarung, dass kein Synallagma begründet werden soll, keine Abweichung vom dispositiven Recht und auch keine Umgehung im Sinne von § 306a BGB. Ihr Effekt läge vielmehr allein darin, die irrtümliche Annahme einer konkludenten Vereinbarung der Gegenseitigkeit auszuschließen. Damit unterläge eine solche Klausel wohl einerseits gemäß § 307 Abs. 3 S. 1 BGB nicht einmal der AGB-Inhaltskontrolle. Andererseits setzt beispielsweise § 309 Nr. 2 a) BGB für sein Eingreifen die Gegenseitigkeit voraus. Auch hieran zeigt sich, dass ein Verständnis vom Synallagma als Ausdruck freier Parteivereinbarung unbilligen Fiktionen Vorschub leistet. Der Privatautonomie wird doch hinreichend bereits insoweit Rechnung getragen, als die Rechtsfolgen der §§ 320 ff. BGB abdingbar sind. Freilich wäre beispielsweise eine Klausel, wonach die Preisgefahr bereits mit Abschluss des Kaufvertrags auf den Käufer übergeht, im nichtunternehmerischen Verkehr auch jenseits der Voraussetzungen des Verbrauchsgüterkaufs wegen Verstoßes gegen die Grundgedanken der §§ 446 f. BGB gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam.³¹

Insofern ist es zwar naheliegend, das Synallagma zumindest bei den gesetzlich typisierten (bzw. gar bei den verkehrstypischen Verträgen wie dem Franchise-Vertrag) als „dispositivrechtlich stillschweigend mitvertyp“ anzusehen und eine hiervon abweichende Vertragsvereinbarung deshalb der AGB-Inhaltskontrolle zu unterwerfen. Bereits unter der Prämisse freilich, dass das „vertypete Synallagma“ als *heteronomes Datum* auf den Vertrag einwirke, welches aber der gesonderten Vereinbarung zugänglich sein soll, erschiene es wertungswidersprüchlich, der Privatautonomie hinsichtlich der Vereinbarung über das Synallagma im Rahmen von Ver-

³⁰ Demgegenüber wäre eine Auslegung, wonach solche Klauseln gar nicht auf die Frage des Vorliegens einer synallagmatischen Beziehung, sondern stets immer nur auf die Abbedingung der Rechtsfolgen der §§ 320 ff. BGB abzielten, das Hinwegzaubern des Problems nach Art eines Taschenspielertricks.

³¹ Vgl. Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Dammann (Fn. 5), Klauselanhang G 122.