

Der Investitionsschutz des Absatzmittlers

RA Prof. Dr. Jochen Deister, Bad Vilbel

Prof. für dt. und internationales Wirtschaftsrecht, Informations- und Kommunikationsrecht

heilbronn business school

1.	Einführung	1
2.	Interessenlagen der Parteien	3
2.1	Interessenslage des Franchisegebers	3
2.2	Interessenslage des Franchisenehmers	4
2.3	Problemstellung	5
3.	Dogmatische Herleitung der Literatur	5
3.1	Einleitung	5
3.2	Widersprüchliches Verhalten, § 242 BGB	7
4.	Rechtsfolgen	8
4.1	Kündigung ist unwirksam	8
4.2	Kündigung ist aufgeschoben	9
4.3	Investitionsersatzanspruch	9
4.4	Wahlrecht des Unternehmers	10
5.	Kritische Würdigung	10
5.1	Dogmatische Bedenken	10
5.1.1.	Grenzen der Privatautonomie	10
5.1.2.	Bewusst gewählte wirtschaftliche Selbstverantwortung	11
5.1.3.	Fremdbestimmtheit als Kriterium?	12
5.1.4.	Fehlende gesetzliche Grundlage	12
5.1.5.	Rechtsprechungstendenz	12
5.1.6.	Anwendungsbereich von § 242 BGB	13
5.1.7.	Die Grenzen des Dauerschuldverhältnisses	13
5.1.8.	Umfang des Ersatzanspruchs	14
5.2	Praktische Bedenken	14
5.2.1.	Grauzone der Bestimmbarkeit „fremdbestimmter“ Investitionen	14
5.2.2.	Unterscheidung der Investitionen schwierig	14
5.2.3.	Bestimmung des Amortisationszeitpunkts und -höhe schwierig	15
5.2.4.	Vertragliche Gestaltung	15
5.2.5.	Betriebswirtschaftliche Interessen treten in den Hintergrund	16
6.	Ergebnis	16
7.	Praktische Erwägungen	16
7.1	Konkretisierung des Investitionsersatzanspruchs im Vertrag	16
7.2	Anpassung der Kündigungsregelung	17
7.3	Aufzeigen von alternativen Geschäftsmodellen	17

1. Einführung

Der Vertrieb von Waren, Dienstleistungen und auch immateriellen Vermögensgegenständen erfolgt in der Regel über Absatzmittler. Ein Hersteller tritt dabei nicht direkt über seine Angestellten mit dem Kunden in Kontakt, sondern bedient sich hierfür der Dienste von Dritten.

Traditionell hat es sich hierbei um Handelsvertreter gehandelt.¹ Diese sind als selbstständige Gewerbetreibende ständig damit betraut, für einen anderen Unternehmer Geschäfte zu vermitteln oder in dessen Namen abzuschließen. Sie handeln somit im fremden Namen und auf fremde Rechnung, ihre Vergütung erfolgt über die Zahlung einer Provision, §§ 87 ff. HGB.²

In den letzten Jahrzehnten haben sich die Absatzmittlungsgeschäfte zunehmend vom „Bauchladen-Handelsvertreter“ zu einem Aufbau eines eigenständigen, durchaus recht selbstbewussten „indirekten Kanals“ weiter entwickelt. In der Distributionskette finden sich dann Kommissionäre, Franchisenehmer³ und Vertragshändler.⁴ Gemein ist ihnen, dass sie alle in die Verkaufsorganisation des Herstellers eingliedert und ihm gegenüber verpflichtet sind, Waren im eigenen Namen und auf eigene Rechnung zu vertreiben.⁵ Die Einbindung in die Vertriebsorganisation⁶ beinhaltet vielfältige Pflichten zur Förderung des Absatzes und der Interessen der Hersteller, zum Beispiel die Verpflichtung zur Befolgung von Richtlinien und Empfehlungen des Herstellers für den Verkauf, Vorgaben zur Gestaltung des Geschäftslokals, der Produktpräsentation, zur Markenpflege, Schulung der Mitarbeiter, etc.⁷ Die Vergütung basiert nicht wie beim Handelsvertreter auf einem Provisionsanspruch,⁸ sondern grundsätzlich auf der Differenz zwischen Einkaufs- und Verkaufspreis,⁹ wobei diese Handelsspanne beispielsweise durch zusätzliche Rabatte oder Beteiligungen des Herstellers an den Kosten für Marketingmaßnahmen des Absatzmittlers noch weiter vergrößert werden

¹ Das Handelsgesetzbuch enthält in den §§ 84 ff. HGB einige Regelungen zum Handelsvertreter, die als Leitbild für andere Absatzmittler gelten.

² Beispielsweise ist der Betrieb von Tankstellen als Handelsvertretergeschäft ausgestaltet, vgl. BGH, Urteile vom 15. November 1984 - I ZR 79/82 = NJW 1985, 860 unter II 4 und vom 28. April 1988 - I ZR 66/87 = WM 1988, 1024 unter II 2.

³ Franchising ist ein vertikal-kooperativ organisiertes Vertriebssystem zwischen rechtlich selbstständigen Unternehmen auf der Basis eines vertraglichen Dauerschuldverhältnisses, des Franchise-Vertrages, vgl. Liesegang, Die Bedeutung des AGB-Gesetzes für Franchiseverträge, BB 1991, 2381.

⁴ Vertragshändler werden auch als Eigenhändler bezeichnet, vgl. Baumbach/Hopt, HGB, vor § 373, Rdnr. 35.

⁵ Ständige Rechtsprechung, vgl. zu Vertragshändlern BGH 29, 87, 34, 285, 54, 340, 74, 140, Düss RIW 96, 959.

⁶ Die Gerichte sehen die Einbindung in die Vertriebsorganisation des Herstellers als wesentliche Voraussetzung für eine analoge Anwendung des § 89b HGB voraus, vgl. BGH VersR 200, 487; BGH BB 2000, 60; BGH BB 1994, 241; BGH BB 1993, 2399.

⁷ Vgl. Ullrich in Martinek/Semler, Vertriebsrecht, 2. Auflage, § 20, Rdnr. 8.

⁸ §§ 86b ff. HGB. Vgl. auch Prasse in Giesler, Praxishandbuch Vertriebsrecht, § 2, Rdnr. 219 ff.

⁹ Thume in Küstner/Thume, Handbuch des gesamten Außendienstrechts, Band 3 – Vertriebsrecht, 2. Auflage, 1998, Rdnr. 1280.

Der Investitionsersatzanspruch des Absatzmittlers

kann. Die Investitionen für das Anlagevermögen und den laufenden Betrieb des Geschäfts trägt hingegen der Absatzmittler allein.¹⁰

Im Spannungsfeld zwischen der rechtlichen und wirtschaftlichen Selbstständigkeit auf der einen Seite und der mehr oder minder¹¹ starken Einbindung in das Absatzkonzept des Herstellers auf der anderen Seite haben sich vielfältige Probleme angesiedelt. Vor allem im Bereich der Laufzeit und Kündigungsmöglichkeit macht sich vielfältige Literatur und Rechtsprechung fest. Diskutiert werden zum Beispiel die maximale Dauer der Mindestlaufzeit¹² und die maximale Dauer der Gesamtlaufzeit. In der Regel haben Verträge eine (unkündbare) Grundlaufzeit und können danach ordentlich mit einigem Vorlauf gekündigt werden. Zwei herausragende Fragestellungen ergeben sich dabei: Stehen der Ausübung des ordentlichen Kündigungsrechts Bedenken entgegen? Steht dem Absatzmittler als Folge der Kündigung ein Anspruch auf Ersatz seiner Investitionen zu?

Unter besonderer Berücksichtigung des Franchiserechts¹³ soll dies im Folgenden diskutiert werden.¹⁴

¹⁰ Im Franchiserecht ist es nicht unüblich, dass der Franchisegeber dem Franchisenehmer Darlehn für die Anlaufkosten zu günstigen Zinskonditionen zur Verfügung stellt.

¹¹ Die Bindung kann beispielsweise von der Aufnahme eines weiteren Produkts in das bestehende Sortiment des Absatzmittlers bis hin zu einem exklusiven Vertrieb nur der Produkte des Herstellers in einem dem Händler allein zugedachten Gebiet oder Kundenkreis rangieren. Auf die mannigfaltigen kartellrechtlichen Probleme kann an dieser Stelle nur hingewiesen werden.

¹² In Rechtsprechung und Literatur ist ebenfalls stark diskutiert worden die Frage der maximalen Bindung. Üblich sind Laufzeiten zwischen fünf und zehn (Teutsch in Küstner/Thume, Handbuch des gesamten Außendienstrechts, Band 3, 2. Auflage, Rdnr. 1787) bzw. 20 Jahren (Giesler in Giesler, Praxishandbuch Vertriebsrecht, § 4, Rdnr. 300), wobei sich oftmals Staffelungen (z.B. 5 + 5 Jahre, 10 +10 Jahre) vorfinden. Bei Klauseln, die eine Vertragslaufzeit von mehr als zehn Jahren vorsehen, werden besondere Gründe gefordert, um einer unangemessener Benachteiligung vorzubeugen, vgl. Bamberger/Roth - H. Schmidt, Beck'scher Online-Kommentar, BGB § 307, Rdnr.125. Besondere Gründe sind ausdrücklich nicht einer Fluktuation im Franchisingssystem vorzubeugen oder, dass das Know-how des Franchisingnehmers nicht gebührend verwertet werden kann (Stoffels, Laufzeitkontrolle von Franchiseverträgen, DB 2004, 1871, 1875). Die absolute Grenze der Laufzeit eines Franchisevertrags liegt bei 20 Jahren (BGH, „Bierlieferungsvertrag“, NJW 1985, 2683, OLG Rostock, DB 1995, 2006, Gieseler, Franchiseverträge, Rdnr. 644). Bei der Bestimmung der rechtlich erlaubten Vertragslaufzeit sind darüber hinaus die kartellrechtlichen Vorgaben, für Wettbewerbsverbote insbesondere durch die EG-Vertikal-GVO (Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 der Kommission vom 22. Dezember 1999 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen) von Belang. Auch die Finanzierung und die von der Kreditanstalt für Wiederaufbau verlangten Übereinstimmung der Darlehnslaufzeit mit der Vertragsdauer sind zu beachten.

¹³ Das Franchisesystem gewinnt zunehmend an Boden gegenüber dem „traditionellen“ Vertrieb über Vertragshändler. Prominente Beispiele sind zu finden im Bereich des Hotel- und Gaststättengewerbes (McDonald's, Burger King, Pizza Hut, Subway, Hooters, Dunkin' Donuts, Taco Bell, Kentucky Fried Chicken, A&W, Hallo Pizza, Jack in the Box, Kochlöffel, Backwerk, Brezelbäckerei Ditsch, Kamps, Wienerwald), der Weiterbildung (Inlingua International School of Languages), des Handels (Obi, Goodyear, Aral, Vodafone, Bang & Olufsen, Benetton (Kleidung), Filialen von Arko, Eduscho und Tchibo, Deliga Seniorenfachmarkt), der Hauslieferanten (Eismann Tiefkühl-Heimservice, Bofrost), des Handwerks (Zaunteam) und vieler mehr (Musikschule Fröhlich, Vobis, Mrs. Sporty, Tintentonertankstation, Professional Refill, RE/MAX).

¹⁴ Die zum Investitionsschutzanspruch ergangene Rechtsprechung und Literatur für Vertragshändler ist auch vor dem Hintergrund der relativen Einseitigkeit der Vertriebssituation für eine allgemeine Analyse nicht ideal. In der Regel handelt es sich bei den für Vertragshändler diskutierten Fällen um Beispiele aus der Automobilbranche. Diese ist vor allem dadurch gekennzeichnet, dass die Vertragshändler erhebliche Eigeninvestitionen in aufwändige Geschäftslokale und ein großes Inventar an neuen und gebrauchten Fahrzeugen tätigen müssen. Diese Branche ist daher durch im Vergleich zu anderen Vertragshändlern erheblich kapitalintensiver.

2. Interessenlagen der Parteien

Beide Vertragsparteien haben Interesse an einer Mindestvertragslaufzeit der Absatzmittlungsbeziehung.

2.1 Interessenslage des Franchisegebers

Der Franchisegeber ist regelmäßig daran interessiert, sein Vertriebskonzept für seine Waren oder Dienstleistungen möglichst schnell auf einen breiten Raum auszudehnen, ohne dabei selbst die erheblichen Investitionskosten für Geschäftsräume und -ausstattung als auch für das Personal selbst tragen zu müssen.¹⁵ Er möchte darüber hinaus von der gesteigerten Motivation eines maßgeblich am eigenen unternehmerischen Handeln beteiligten Franchisenehmers profitieren, der darüber hinaus auch noch besondere Kenntnisse der lokalen Gegebenheiten mitzubringen vermag. Nach der Anlaufphase, in der der Franchisegeber seinen Vertragspartner schult und bei der Errichtung des Betriebs unterstützt, ist er an der Generierung des Erlöses¹⁶ aus der Franchisebeziehung interessiert. Das Engagement des Franchisegebers soll sich demnach nach der Anlaufphase reduzieren. Der vertragsindividuelle break-even¹⁷ für den Franchisegeber ist somit auch erst nach einiger Zeit erreicht. Typischerweise liegt dieser Zeitpunkt jedoch vor dem entsprechenden des Franchisenehmers. Hintergrund hierfür ist, dass eine mehr oder minder hohe Einstiegsgebühr des Franchisenehmers die Anlaufkosten des Franchisegebers zumindest zum Teil abdecken soll.

Neben dem Erreichen des break-evens ist für den Franchisegeber darüber hinaus noch wichtig, dass die Besonderheit gerade seines Vertriebsansatzes erhalten bleibt. Sind hingegen seine Vertragspartner nach kurzer Zeit rechtlich frei, das erworbene know-how des Franchisenehmers für ihre eigenen Vertriebsbemühungen zu nutzen, so entwertet dies das System des Franchisegebers und verringert den Anreiz, neuer Franchisenehmer, für den Einstieg und laufenden Betrieb Gebühren an den Franchisegeber zu entrichten. Ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot oder der Schutz in Folge der gewerblichen Schutzrechte¹⁸ des Franchisegebers ist oftmals nicht Erfolg versprechend.

¹⁵ Im Einzelnen strebt der Franchisenehmer an, die Bereitschaft des Franchisenehmers als selbstständiger Unternehmer und dessen Markt- und Kundennähe zu nutzen, um den erheblichen Aufwand eines Filialsystems zu vermeiden und ein für sein Unternehmen zugeschnittenes Vertriebsnetz aufzubauen. Der Franchisegeber will dabei sein marktbewährtes System und Know-how mit einem recht geringen Kapitaleinsatz vermarkten und einen direkteren und zugleich mittelfristig Kapital schonenden Marktzugang zu finden. Über Rationalisierung soll eine größere Effizienz des Systems erreicht werden. Die Größe soll zu einer steigenden Attraktivität bei Lieferanten führen und eine schnellere Expansion ermöglichen. Wenn ein vorhandener Betrieb als Franchisenehmer übernommen wird, kann überdies sofort auf ein laufendes Geschäft und einen festen Kundenstamm zurückgegriffen werden.

¹⁶ Die Gestaltung der Vergütung des Franchisegebers ist vielfältig. In der Regel trifft man eine (relativ geringe) Grundgebühr sowie auf dem Umsatz des Franchisenehmers basierende variable „Lizenzgebühr“ an. Dabei kann diese auch durch die Bezugsverpflichtung des Franchisenehmers beim Franchisegeber durch eine direkte Verkaufsmarge mit abgedeckt sein. Üblich sind darüber hinaus Gebühren für Dienstleistungen wie Marketing, Training, Buchhaltung, etc.

¹⁷ Der break-even würde allein die Erwirtschaftung der Kosten widerspiegeln. Vgl. unten 4.2 und 4.3 zu einem denkbaren, darüber hinaus gehenden Anspruch auf entgangenen Gewinn.

¹⁸ Vgl. beispielsweise die BGH-Entscheidung „Räucherkatze“ (GRUR 2005, 419 = WRP 2005, 605 = MarkenR 2005, 225). Der Franchisenehmer verwendete das Verkaufslokal nach der Nichtigerklärung des Franchisevertrags weiter. Die bauliche Gestaltung des Gebäudes war vertraglich vorgegeben. Der Franchisegeber hatte eine Wort-Bild-Marke registriert, welche die bildliche Gestaltung der Verkaufsstätte aufgriff. Der BGH verneinte die Markennutzung durch den Betrieb des Verkaufslokals. Die Funk-

Auf der anderen Seite ist dem Franchisegeber im Interesse der Systemintegrität auch daran gelegen, möglichst viel Flexibilität zu behalten. Ein nicht die Regeln maßgeblich befolgender Franchisenehmer kann zu größerem ökonomischen Schaden führen als der rein wirtschaftliche Schaden aus evtl. entgangenen Lizenzerlösen. Der Nachweis des Verstoßes oder des Nichterreichens von Umsatzzielen ist hingegen oftmals mühsam und mit erheblichem Risiko behaftet. Aus diesem Grund ist dem Franchisegeber in der Regel daran gelegen, eine einfache Möglichkeit zu besitzen, das Verhältnis zu einem „unliebsamen“ Franchisenehmer unproblematisch zu beenden. Der Weg der vertraglich eingeräumten ordentlichen Kündigung ist folglich sehr interessant für den Franchisegeber.

2.2 Interessenslage des Franchisenehmers

Angesichts der Höhe der Investitionen¹⁹ steht für den Franchisenehmer die Amortisation, mithin das Erreichen des break-evens²⁰ und die Möglichkeit zur Erreichung eines Gewinns im Vordergrund.²¹ Er hat also Interesse an tendenziell längeren Grundlaufzeiten des Vertrags.²²

Allerdings stellt sich das Problem der noch nicht erreichten Amortisation der im Vertrauen auf den Fortbestand des Absatzmittlungsverhältnisses getätigten Investitionen nicht nur zu Beginn der Vertragsbeziehung. Der Franchisegeber verpflichtet den Franchisenehmer regelmäßig, fortlaufend weiter in den Betrieb zu investieren.²³

tion und nicht das Kennzeichnungsmittel stünde im Vordergrund für die angesprochenen Verkehrskreise. Es sei unerheblich, ob die ursprüngliche Nutzung im Rahmen des Franchisekonzepts erfolgt sei. (vgl. Haager, Die Entwicklung des Franchiserechts seit dem Jahre 2002 NJW 2005, 3394, 3401).

¹⁹ Oftmals stellen diese Investitionen überhaupt erst die „Eintrittskarte“ in das Vertriebssystem dar. Vgl. zum Vertragshändler Vogels/Köhnen in Giesler, Praxishandbuch Vertriebsrecht, § 3, Rdnr. 436.

²⁰ Die Anfangsinvestitionen sind in der Regel in mindestens drei bis fünf Jahren amortisiert, vgl. Giesler in Giesler, Praxishandbuch Vertriebsrecht, § 4, Rdnr. 301.

²¹ Darüber hinaus ist das Franchisesystem für den Franchisenehmer aus folgenden Gründen interessant. Sein Eintritt in den Markt wird beschleunigt, weil das System bekannt und etabliert ist. Das Geschäftskonzept ist bewährt und der Franchisegeber stellt hierzu ein vollständiges Leistungspaket zur Verfügung. Der Franchisenehmer kann vom langjährigen Marketing des Franchisegebers profitieren, in Folge dessen ein gutes Image aufgebaut wurde und permanent gepflegt wird. Der Franchise-Nehmer kann in diesem Zusammenhang eine am Markt eingeführte, bekannte Marke nutzen. Seine Kreditwürdigkeit ist bei Banken höher, da das unternehmerische Risiko reduziert ist. Der Franchise-Nehmer hat in der Regel Gebietsschutz und kann Größenvorteile („economies of scale“) z.B. bei Marketingmaßnahmen oder im Einkauf nutzen. Er bleibt dennoch selbständiger Unternehmer, kann jedoch vom Informationsaustausch und Betriebsvergleichen mit dem Franchisegeber und anderen Franchisenehmer profitieren. Dies führt zu effizienten Arbeitsabläufen, die durch fortlaufende Schulungen zu einer weiteren Verbesserung der Leistung des Franchisenehmers führen. Schließlich hilft das vom Franchisegeber vorgenommene Controlling, schneller Missstände beim Betriebsablauf zu erkennen und zu vermeiden.

²² Korrespondierend zur Flexibilitätsforderung des Franchisegebers mag es auch für den Franchisenehmer sinnvoll sein, einen Franchisevertrag vor dem ursprünglich avisierten Termin zu beenden. Erweist sich beispielsweise das Konzept als nicht rentabel, ein Standort als falsch gewählt oder entwickelt sich der Markt entgegen den ursprünglichen Annahmen, kann ein vorzeitiges Ende für den Franchisenehmer sinnvoll sein. Diese Beendigungen beruhen allerdings grundsätzlich auf der Motivation des Franchisenehmers und kommen somit nicht in Betracht als schutzwürdige Interessen, es sei denn, der Franchisegeber hat beispielsweise falsche Tatsachen vorgespiegelt und ist aus diesem Gesichtspunkt haftbar.

²³ Beispielsweise soll die Erweiterung eines McDonalds Schnellrestaurants um ein McCafe den Franchisenehmer pro Betrieb ca. eine halbe Million Euro kosten.

2.3 Problemstellung

Im Folgenden wird folglich die Frage behandelt, ob der Franchisenehmer im Rahmen des nachvertraglichen Schuldverhältnisses²⁴ einen Investitionersatzanspruch besitzt.²⁵

3. Dogmatische Herleitung der Literatur

3.1 Einleitung

Namhafte Autoren²⁶ haben mit Bestehen eines Investitionsschutzes des Absatzmittlers (Vertragshändler oder Franchisenehmer) auseinandergesetzt.²⁷ Eine gesetzliche Verankerung existiert nicht.²⁸ Der BGH hat diese Thematik bislang nur in zwei Ent-

²⁴ Ebenroth, Absatzmittlungsverhältnisse im Spannungsverhältnis von Kartell- und Zivilrecht, Band 1, 1980, 68, 217 ff.

²⁵ Darüber hinaus kommen folgende weitere Ansprüche in Betracht, auf die im Rahmen dieser Abhandlung nicht weiter eingegangen werden kann: Nachvertragliche Herausgabe- und Unterlassungsansprüche des Franchisegebers, die in jedem Franchisevertrag geregelt sein sollten; Wettbewerbsunterlassung; Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers analog § 89b HGB; wechselseitige Rückgewähransprüche gemäß §§ 812 ff. BGB im Falle der Nichtigkeit bzw. der Anfechtung oder gemäß §§ 505, 355, 357, 346 ff. BGB im Fall des Widerrufs nach Verbraucherkreditrecht; zeitanteilige Rückgewähr der Eintrittsgebühr im Falle der Kündigung aus wichtigem Grund (OLG Frankfurt/M., NJW-RR 1995, 1395 ff.; Palandt/Thomas, BGB, § 812, Rdnr. 81); Rückkauf der Vertragswaren durch den Franchisegeber; Vertragsaufhebungsschaden analog § 89a II HGB; vgl. hierzu Büchting/Heussen in Giesler, Rechtsanwaltslexikon, 8. Auflage 2004, C.25, Rdnr. 78.

²⁶ Die theoretischen Grundlagen des Ansatzes sind bei Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, S. 266 ff. zu finden. Darauf aufbauend haben vordringlich Ulmer, Der Vertragshändler, 459ff. und 464 ff. (für eine analoge Anwendung von § 89b HGB) und Festschrift Möhring, 1975, 295 ff. sowie Ebenroth, Absatzmittlungsverträge im Spannungsverhältnis von Kartell- und Zivilrecht, Band 1, 1980, 68, 172 ff. und Ebenroth/Parche, Die kartell- und zivilrechtlichen Schranken bei der Umstrukturierung von Absatzmittlungsverhältnissen, BB 1988, Beilage 10, 16ff. den Anspruch entwickelt. Weitere bejahende Beiträge zur Diskussion stammen von Foth, Der Ausgleichsanspruch des Vertragshändlers, 1985, 131 ff. und Der Investitionersatzanspruch des Vertragshändlers, BB 1987, 1270 ff.; anklingend auch bei Böhner, Recht zur außerordentlichen Kündigung des McDonald's-Franchisevertrags, NJW 1985, 2811, 2812 im Hinblick auf die Grenzen der außerordentlichen Kündigung. Weitere Fundstellen sind Liesegang, Die Bedeutung des AGB-Gesetzes für Franchiseverträge, BB 1991, 2381, 2384; Hiekel, Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters und des Vertragshändlers, 1985, 97 ff.; Ekkenga, Die Inhaltskontrolle von Franchise-Verträgen, 169 ff.; Martinek, Franchising, 1987, 334 ff. und Moderne Vertragstypen, Band 2, 133ff; Höpfner, Kündigungsschutz und Ausgleichsansprüche, S. 174 ff., aufgegriffen worden. Ausreichende Rechtsprechung oder gar eine herrschende Meinung kann nicht ausgemacht werden, vgl. Creutzig: Investitionersatzanspruch des Vertragshändlers: Vergessen, obwohl existenznotwendig?, NJW 2002, 3430, 3431. Gänzlich abgelehnt wird der Anspruch hingegen von Niebling, Das Recht des Automobilvertriebs, S. 198.

²⁷ Für eine Übersicht der Herleitungsvarianten siehe Creutzig, Der Investitionsschutz des Vertragshändlers bei ordentlicher Kündigung des Herstellers, 2001, S. 110 ff.

²⁸ Seit dem 22. August 2004 gibt es in Österreich mit § 454 HGB (nunmehr UGB) einen gesetzlich normierten Ersatzanspruch, vgl. Ensthaler, Investitionsschutz für Vertriebshändler, NJW 2003, 3106; Flohr, Masterfranchise-Vertrag, 2004, S. 47 und S. 149; Petsche, www.oefv.at.

§ 454. (1) Ein Unternehmer, der an einem vertikalen Vertriebsbindungssystem als gebundener Unternehmer im Sinne des § 30a KartG oder als selbständiger Handelsvertreter (§ 1 HVertrG) teilnimmt, hat bei Beendigung des Vertragsverhältnisses mit dem bindenden Unternehmer Anspruch auf Ersatz von Investitionen, die er nach dem Vertriebsbindungsvertrag für einen einheitlichen Vertrieb zu tätigen verpflichtet war, soweit sie bei der Vertragsbeendigung weder amortisiert noch angemessen verwertbar sind.

(2) Der Anspruch besteht nicht, wenn

a) der gebundene Unternehmer das Vertragsverhältnis gekündigt oder vorzeitig aufgelöst hat, es sei denn, dass dafür ein dem bindenden Unternehmer zurechenbarer wichtiger Grund vorlag,

b) der bindende Unternehmer das Vertragsverhältnis aus einem dem gebundenen Unternehmer zurechenbaren wichtigen Grund gekündigt oder vorzeitig aufgelöst hat oder

c) der gebundene Unternehmer gemäß einer Vereinbarung mit dem bindenden Unternehmer die Rechte und Pflichten, die er nach dem Vertrag hat, einem Dritten überbindet.

scheidungen angesprochen.²⁹ In beiden Fällen hat er sie im Rahmen der Interessenwägung bei der Bestimmung einer angemessenen Kündigungsfrist berücksichtigt³⁰ und sich zur Existenz eines Ersatzanspruchs nicht erklärt.³¹

Eine Entscheidung durch den BGH ist in dieser Thematik in näherer Zukunft auch nicht zu erwarten. Wie bei der gerichtlichen Festsetzung des Handelsvertreterausgleichsanspruchs scheuen die Unternehmen eine gerichtliche Entscheidung bzw. es fehlen dem gekündigten Absatzmittler oftmals die finanziellen Mittel für einen langwierigen Rechtsstreit.³²

Das OLG München hat in einer der wenigen auf diesem Gebiet ergangenen Entscheidungen eine Begründung als Schadensersatzanspruch über §§ 35, 26 II 2 GWB a.F.³³ oder als Kündigung zur Unzeit analog §§ 627 II 2, 671 II 2, 723 II 2 BGB³⁴ diskutiert und abgelehnt³⁵. Der Sinn und Zweck der Vorschrift, den Wettbewerb zu schätzen, würde in sein Gegenteil verkehrt, würde man dem Unternehmer eine Kündigung verwehren. Den Weg über eine Kündigungsschranke nach § 20 I GWB a.F. hat hingegen das OLG Stuttgart beschritten.³⁶ Eine Kündigung würde demnach erst wirksam werden, wenn sich die Anfangsinvestitionen zu einem wesentlichen Teil amortisiert hätten.³⁷

Die meisten Autoren machen den Anspruch an § 242 BGB in der Fallgruppe „Widerspruch zu früherem Verhalten“ (venire contra factum proprium) fest und kommen über das Vehikel der erweiternden bzw. ergänzenden Vertragsauslegung zu einer Anspruchsbegründung.³⁸ Eine Minderheitsansicht greift auf den konkludenten Vertragsschluss zurück³⁹ oder zieht einen Kontrahierungszwang bis zum Amortisationszeitpunkt in Betracht.⁴⁰

(3) Der gebundene Unternehmer verliert den Anspruch, wenn er dem bindenden Unternehmer nicht innerhalb eines Jahres nach Beendigung des Vertragsverhältnisses mitgeteilt hat, dass er seine Rechte geltend macht.

(4) Ansprüche nach Abs. 1 können zum Nachteil des gebundenen Unternehmers im Voraus durch Vereinbarung weder aufgehoben noch beschränkt werden.

(5) Der Ausgleichsanspruch nach § 24 HVertrG bleibt von dieser Bestimmung unberührt.

§ 906. (9) § 454 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 71/2003 ist auf Investitionen anzuwenden, zu denen der gebundene Unternehmer zur Durchführung des Vertriebsbindungsvertrags nach In-Kraft-Treten dieser Bestimmung verpflichtet wird. Bereits bestehende Ansprüche bleiben unberührt.

²⁹ BGH, NJW 1987, 3197, 3200 – Freundschaftswerbung und BGH, NJW-RR 1995, 1260 – Citroen.

³⁰ Vgl. Vogels/Köhnen in Giesler, Praxishandbuch Vertriebsrecht, § 3, Rdnr. 440.

³¹ Siehe hierzu 5.1.4.

³² Vogels/Köhnen in Giesler, Praxishandbuch Vertriebsrecht, § 3, Rdnr. 446.

³³ Vgl. auch Martinek, Aktuelle Fragen des Vertriebsrechts, Rdnr. 171.

³⁴ Vgl. Creutzig, Der Investitionsschutz des Vertragshändlers bei ordentlicher Kündigung des Herstellers, 2001, S. 129 ff.

³⁵ OLG München, NJW-RR 1995, 1137, 1138.

³⁶ OLG Stuttgart, WuW/E OLG 3415 – Daimler Benz.

³⁷ Vgl. auch Creutzig, Der Investitionsschutz des Vertragshändlers bei ordentlicher Kündigung des Herstellers, 2001, S. 90.

³⁸ Ebenroth, S. 184 ff.; Genzow, Rdnr. 137; Martinek, Moderne Vertragstypen, Band 2, S. 133 ff.; Ulmer in Festschrift Möhring, S. 295, 307; Ulmer, S. 460.

³⁹ Haiber, Der Investitionersatzanspruch des Eigenhändlers, 1995, S. 132 ff.

Die Begründung über eine doppelt analoge Anwendung von § 89b HGB⁴¹ ist mittlerweile fallen gelassen worden. Der Handelsvertreterausgleichsanspruch stellt auf einen für den Unternehmer bleibenden Wert (den durch den Handelsvertreter bzw. Vertragshändler akquirierten Kundenstamm) ab. Die Investitionen sind hingegen für den Unternehmer wertlos, die Konstellationen lassen sich somit nicht miteinander vergleichen.⁴²

Im Folgenden soll insbesondere die Begründung über den Grundsatz von Treu und Glauben betrachtet werden.⁴³

3.2 Widersprüchliches Verhalten, § 242 BGB

Tatbestandsvoraussetzung ist zunächst ein (früheres) Verhalten, auf Grund dessen die andere Partei Vertrauen auf ein bestimmtes Handeln oder Unterlassen aufbaut. Eine spätere, an sich nicht missbilligenswerte Rechtsausübung, wird dann unzulässig, wenn sich bei einer Gesamtbetrachtung ein widersprüchliches Verhalten zu der vorigen Handlung (und dem aufgebauten Vertrauen) ergibt. Die Interessen der anderen Partei müssen vorrangig schutzwürdig erscheinen.

Nicht jeder Widerspruch ist allerdings treuwidrig. Vielmehr steht es jeder Partei grundsätzlich frei, ihre Ansicht zu ändern. In der Regel darf sich eine Partei daher etwa auf die Nichtigkeit einer von ihr abgegebenen Willenserklärung berufen. Widersprüchliches Verhalten stellt erst unter Hinzutreten weiterer Umstände, die das Verhalten als treuwidrig erscheinen lassen, eine unzulässige Rechtsausübung dar.⁴⁴

⁴⁰ Ebenroth/Strittmatter, Fremdbestimmte Investitionen in der Umstrukturierung von Absatzmittlungsverhältnissen auf dem Automobilsektor, BB 1993, 1521, 1527 f. diskutieren § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. dem Art. 86 EWG-Vertrag a.F. Demnach müsste sich die Kündigung des Absatzmittlungsverhältnisses als missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung ausnehmen. Die Definition des Marktes unterliegt – wie stets in diesem Feld – erheblichen Schwierigkeiten. Während man für den Automobilsektor wohl eine Aufgliederung nach Wagenklassen vornehmen kann, ist eine allgemeine Festlegung für die vielfältigen Anwendungen des Franchiserechts unmöglich. Beispielhaft könnte anhand des Fast-Food-Bereichs eine solche Untersuchung erfolgen. Nähme man des Weiteren an, dass der kündigende Franchisegeber eine marktbeherrschende Stellung besäße, so müsste nunmehr dem gekündigten Franchisenehmer kein Weg zu anderen Franchisegebern in diesem Marktsegment offen stehen (So die „partenaire obligatoire“ Lehre. Vgl. Glais, Les concepts de « relevant market » et de « dépendance économique » au regard de l'article 86 du traité de Rome, Revue du Marché Commun, 1987, 203). Für den gesättigten Markt der Automobildistribution mag dieses angenommen werden. Für den immer noch expandierenden Bereich der Schnellrestaurants hingegen erscheint es fraglich, ob der gekündigte Franchisenehmer nicht doch bei einem anderen System „unterkommen“ kann. Der Querwechsel ist zwar nicht branchenüblich, wird hingegen doch hin und wieder vollzogen, zumal der neue Franchisegeber auf diesem Weg auch hofft, von Details des Vertriebs- und Betriebskonzepts der Konkurrenz zu erfahren. Auf die in diesem Zusammenhang bestehenden Probleme hinsichtlich weiterlaufender Geheimhaltungsvereinbarungen und möglicher nachvertraglicher Wettbewerbsverbote sei hingewiesen.

⁴¹ Ulmer, Der Vertragshändler, 464 ff..

⁴² Thume in Küstner/Thume, Handbuch des gesamten Außendienstrechts, Band 3, Vertriebsrecht, 1998, Rdnr. 1454; Ullrich in Martinek/Semler, Handbuch des Vertriebsrechts, § 19, Rdnr. 77; Stumpf, Vertragshändlerausgleich analog §89b HGB – praktische und dogmatische Fehlverortung?, NJW 1998, 12, 17.

⁴³ Auch der BGH stellt in der Citroen-Entscheidung (BGH NJW-RR 1995, 1260) am Rande fest, dass nach Vertragsschluss eintretenden individuelle Besonderheiten bei einer Abwägung nach § 242 BGB bzw. bei der Diskussion der Kündigung zur Unzeit Berücksichtigung finden könnten. Im Weiteren stellt der BGH dann auf das Kriterium der Vorhersehbarkeit als maßgeblichen Faktor ab.

⁴⁴ Staudinger-Huber, Eckpfeiler des Zivilrechts, 2005.

Für den Investitionsersatzanspruch läuft die Argumentationskette daher wie folgt.⁴⁵ Absatzmittlungsverträge stellen Dauerschuldverhältnisse dar. Solchen Rechtsbeziehungen immanent ist die gegenseitige Interessenwahrung, die zu einer besonders ausgeprägten Pflicht zur Rücksichtnahme führt. Für den Absatzmittler bedeutet dies, dass er seine eigenen Interessen denen des Unternehmers unterzuordnen hat, indem er weisungsgebunden den Absatz der Systemzentrale zu fördern habe. Es müsse eine Proportionalität gegeben sein zwischen der Absatzförderungspflicht auf der einen und der Rücksichtnahme durch den Unternehmer auf der anderen Seite. Letztergenannte manifestiere sich in den Kündigungsfristen, welche folglich die zum Teil extrem hohen Investitionen des Absatzmittlers reflektieren müssten. Die (vorzeitige) Kündigung widerspräche mithin der vorher erfolgten Investitionsaufforderung.

Die Rechtsfolge⁴⁶ zielt allerdings nicht nur auf die Verhinderung bzw. das Aufschieben der Kündigung, sondern wird im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung auf einen monetären Anspruch ausgedehnt.⁴⁷

Dieser Ansatz geht davon aus, dass nur „fremdbestimmte“ Investitionen im berechtigten Vertrauen auf den Fortbestand des Vertragsverhältnisses schutzbedürftig seien. Solche seien auf ausdrückliche Aufforderung, aber auch auf konkludente, subtile Anregung des Franchisegebers erfolgt. Ausgeschlossen seien „Luxusinvestitionen“, die der Franchisenehmer allein aus eigenem Antrieb tätige.⁴⁸

4. Rechtsfolgen

Stimmt man mit der oben dargelegten Ansicht überein, so ergeben sich mehrere mögliche Konsequenzen einer widersprüchlichen Kündigung.

4.1 Kündigung ist unwirksam

Zunächst könnte man die ausgesprochene Kündigung als unwirksam ansehen. In diesem Fall bliebe der Unternehmer weiterhin an den Vertrag gebunden. Allerdings ist davon auszugehen, dass das Verhältnis der Vertragsparteien stark in Mitleidenschaft gezogen worden sein dürfte. Vor allem im Licht der oben angesprochenen engen Beziehungen⁴⁹ im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses dürfte es den Parteien schwer fallen, zu einem „business as usual“ zurück zu kehren. Weder der Unternehmer dürfte ein gesteigertes Interesse daran haben, den Absatzmittler weiter zu unterstützen noch andersherum. Der Absatzmittler wird kaum geneigt sein, weitere Investitionen zu tätigen, da er befürchten muss, dass der Unternehmer bei der nächsten Gelegenheit das Vertragsverhältnis doch beendet.

⁴⁵ Vgl. Martinek-Habermeier, Handbuch des Vertriebsrechts, § 25, Rdnr. 33 f.

⁴⁶ Siehe dazu unten 4.

⁴⁷ Küstner/Thume-Thume, Handbuch des gesamten Außendienstrechts, Band 3, Vertriebsrecht, 1998, Rdnr. 1456.

⁴⁸ Flohr, Franchisevertrag, 3. Auflage 2006, S. 246 f.

⁴⁹ Gerade die subjektiven Einstellungen der Parteien zueinander prägen das Dauerschuldverhältnis, welches insofern über den reinen Austausch von Waren und korrespondierenden Pflichten hinausgeht.

Die Aufrechterhaltung des Vertrags erscheint mithin nicht als eine interessengerechte Lösung.⁵⁰ Es bieten sich daher zwei auf die Besonderheiten der Situation besser angepassten Alternativen an. Die dogmatische Begründung über § 242 BGB ermöglicht insofern auch eine interessengerechte Lösung und fordert keine Schwarz-Weiß-Ansätze.

4.2 Kündigung ist aufgeschoben

Da die Herleitung der Rechtswidrigkeit der Kündigung auf der fehlenden vollen Amortisation der Investitionen des Franchisenehmers beruht, könnte die Wirksamkeit der Kündigung bis zum Erreichen dieses Zeitpunkts aufgeschoben sein.

Mit dieser Lösung einher ginge allerdings, dass es dieser spätere Zeitpunkt dem Absatzmittler ermöglichen würde, in diesem Zeitraum nicht nur die zur Deckung der Investition erforderlichen Erlöse, sondern darüber hinaus auch noch einen weitergehenden Gewinn zu erwirtschaften.⁵¹ Dies würde mithin zu einem zeitlich beschränkten⁵² Kontrahierungszwang führen.⁵³

4.3 Investitionsersatzanspruch

Schließlich leitet die Literatur den Anspruch auf Ersatz der „fremdbestimmten“ Investitionen her. Hierbei handelt es sich um die Verpflichtung des Unternehmers, diejenigen Investitionen zu erstatten, die auf sein Geheiß durch den Absatzmittler vorgenommen worden sind. Der Anspruch verringert sich, insoweit eine Teil-Amortisation bereits stattgefunden hat.

Die Literatur⁵⁴ bezieht hierbei einen auf den Investitionen basierenden hypothetischen Gewinn über die Restlaufzeit bis zur rechtmäßigen Kündigung, wie er beim befristeten Weiterlaufen des Vertrags möglich wäre, grundsätzlich nicht mit ein.

Nimmt der Franchisenehmer über die vom Franchisegeber ausdrücklich oder stillschweigend geforderten Investitionen weitere Aufwendungen („Luxusinvestitionen“) zur Verbesserung des Absatzsystems vor, kann er insofern keinen Ersatz verlangen, da diese nicht fremdbestimmt worden seien.

⁵⁰ Eine solche Lösung liefe auch wettbewerbspolitischen Erwägungen zuwider, vgl. Ebenroth/Strittmatter, Fremdbestimmte Investitionen in der Umstrukturierung von Absatzmittlungsverhältnissen auf dem Automobilssektor, BB 1993, 1521, 1530.

⁵¹ Diese Interpretation beruht auf der Berechnung der Amortisation beispielsweise nach AfA-Tabellen. Alternativ könnte auch an die theoretisch mögliche tatsächliche Erwirtschaftung der angefallenen Investitionskosten gedacht werden, was je nach wirtschaftlicher Lage den Amortisationszeitraum vor oder hinter den abstrakt bestimmten fallen lassen könnte. In der Praxis wäre diese Berechnung allerdings nur unter kompletter Offenlegung der Bücher des Franchisenehmers denkbar.

⁵² Die zeitliche Beschränkung wird in der Literatur zu diesem Thema nur am Rande diskutiert. Es wird in diesem Zusammenhang stets auf die EU-Gruppenfreistellungsverordnungen für die Automobilindustrie (Verordnung (EG) Nr. 1400/2002 der Kommission (Kfz), insbesondere Art. 3 Abs. 5 b) i)) verwiesen. Diese macht die Wirksamkeit einer unter zwei Jahren liegenden Kündigungsfrist davon abhängig, wenn dem Absatzmittler die getätigten Investitionen erstattet werden (Allgemein für Absatzmittlungsverhältnisse (Vertragshändler und Franchisenehmer) argumentierend Flohr, Masterfranchise-Vertrag, S. 47; für die Kfz-GVO Schlenger/Hinrichs in Liebscher/Flohr/Petsche, Handbuch der EU-Gruppenfreistellungsverordnungen, § 15, Rdnr. 18 mit Hinweis der Herleitung aus Wortlaut und Sinnzusammenhang).

⁵³ Desalaers, Selektiver Vertrieb und Kontrahierungszwang nach Art. 85 EWGV, S. 794. Ablehnend Ebenroth/Strittmatter, Fremdbestimmte Investitionen in der Umstrukturierung von Absatzmittlungsverhältnissen auf dem Automobilssektor, BB 1993, 1521, 1531.

⁵⁴ Siehe oben Fn. 26.

4.4 Wahlrecht des Unternehmers

Da die Literatur die geschilderten Rechtsfolgen auf § 242 BGB gründet, soll es dem Unternehmer möglich sein, die insoweit angenommene Rechtswidrigkeit der Kündigung zu beheben. Ihm steht es zunächst offen, die Kündigung ganz zurück zu nehmen. Daneben steht ihm ein Wahlrecht zwischen dem Aufschieben des Eintritts der Kündigung und der Erstattung der von ihm veranlassten Investitionen zu. Der Unternehmer wird typischerweise die für ihn wirtschaftlich sinnvollere Variante wählen. Abzuwägen hat er hierbei die noch verbleibende Restlaufzeit, die Höhe des Ersatzanspruchs, die Möglichkeit des Abverkaufs oder Rückkaufs der noch beim Absatzmittler befindlichen Waren und nicht zuletzt die stark gesunkenen Motivation eines „Absatzmittlers auf Abruf“.

5. Kritische Würdigung

Das Konzept des Investitionsersatzanspruchs hält weder dogmatischen noch praktischen Bedenken stand. Die bei eklatanten Situationen vorhandenen Schutzmöglichkeiten des Absatzmittlers sind ausreichend.

Zur Verbesserung der Rechtssicherheit sollten Ansprüche des Absatzmittlers in Musterverträgen abschließend aufgeführt werden. Über den gesetzlich in Deutschland nicht abdingbaren analogen Handelsvertreterausgleichsanspruch sollten hierbei insbesondere nur Rückabwicklungsregelungen aufgenommen werden. Der Investitionsersatzanspruch sollte ausgeschlossen oder in der Höhe begrenzt werden.

5.1 Dogmatische Bedenken

5.1.1. Grenzen der Privatautonomie

Für jede marktwirtschaftlich orientierte Rechtsordnung ist es fundamental, dass die Wirtschaftssubjekte grundsätzlich frei in ihren Handlungen sind. Dies gilt umso mehr, wenn es sich hierbei nicht um Verbraucher mit einem vermeintlich höheren Schutzbedürfnis, sondern um Kaufleute handelt.⁵⁵ In Deutschland ist dieser Grundsatz der Privatautonomie in Art. 2 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich verankert. § 305 BGB stellt die Grundlage für zivilrechtliche Transaktionen dar.

Die Privatautonomie gibt den Wirtschaftssubjekten Freiheit. Freiheit geht allerdings stets auch mit Verantwortung einher, ansonsten würden bei einem reinen „Manchester-Kapitalismus“ alle Wirtschaftssubjekte zu Verlierern. Auf der anderen beinhaltet die Privatautonomie nicht nur das Recht zum Abschluss eines vorteiligen Vertrags. Jeder hat das Recht, auch einen für ihn nachteiligen Vertrag abzuschließen, zumal sich die Vorteilhaftigkeit nicht stets an objektiven Kriterien festmachen lässt. Unternehmen schließen oftmals „strategische“ Verträge, um neue Märkte zu erschließen, neue Partner zu gewinnen, etc. Diese Investitionen rechnen sich oftmals erst in mehreren Jahren, oftmals werden sie die Schwelle zum break-even nie erreichen. Niemand würde hingegen ein solchermaßen investierendes Unternehmen als schutzwürdig erachten, da diese Aktivität als Kernelement des wirtschaftlichen Risikos an-

⁵⁵ Vgl. mit Hinblick auf die Rechtsprechung zum AGB-Recht bei Transaktionen zwischen Unternehmen Berger, Abschied von der Privatautonomie im unternehmerischen Geschäftsverkehr, ZIP 2006, 2149.

gesehen wird. Auch aus gesellschaftlicher Sicht ist es wichtig, dass das angemessene Risiko nicht geächtet (und unter besonderen Schutz) gestellt wird, da diese Risikobereitschaft gerade die Triebfeder einer marktwirtschaftlich orientierten Wirtschaft darstellt. Würde man hingegen den Gedanken der Schutzwürdigkeit überspannen, müsste beispielsweise der Vermieter eines Geschäftslokals einen unterschiedlichen Mietzins verlangen, je nachdem ob es sich bei dem Mieter um einen Neueinsteiger mit einem unsicheren Geschäftskonzept oder um eine etablierte „Kette“ handelt. Ausschlaggebend für den Mietzins sollte in einer Marktwirtschaft allerdings grundsätzlich der aus Angebot und Nachfrage resultierende Marktpreis sein.

Das deutsche Recht erkennt das Prinzip der Privatautonomie auch in weiten Teilen an. Nicht jedes Kräfteungleichgewicht muss korrigiert werden. Nur dort, wo ein starkes und systemimmanentes Ungleichgewicht vorliegt, hat der Gesetzgeber entschieden, weitere Schutzmaßnahmen zu installieren. Dies ist namentlich im Wohnmiet- und Arbeitsrecht der Fall. In beiden Fällen handelt es sich jedoch um Konstellationen, in den der Anbieter ein starkes Übergewicht besitzt und daher die Vertragsbedingungen mehr oder minder diktieren kann.⁵⁶

5.1.2. Bewusst gewählte wirtschaftliche Selbstverantwortung

Hervorgehoben werden muss des Weiteren, dass sich der Absatzmittler bewusst in die vertragliche Bindung mit dem Unternehmer begeben hat. Einer der Vorzüge insbesondere von Franchisesystemen ist es gerade, dass dem Absatzmittler wirtschaftliche und juristische Selbstständigkeit ermöglicht wird und er gleichwohl eine Grund-sicherheit durch die Partizipation in einem etablierten System mit einer etablierten Marke und etablierten Produkten erhält. Dies bringt mit sich, dass er in einer Risikogemeinschaft mit dem Unternehmer steht und nicht – wie ein Arbeitnehmer – alles Risiko auf den Unternehmer verlagern kann. Im Gegenzug dafür stehen ihm erhöhte Verdienstmöglichkeiten zu, da schließlich in nicht wenigen Branchen die Absatzmittler den größten Anteil an der im Wertschöpfungsprozess erwirtschafteten Marge erhalten.

Das Argument, der Unternehmer könne die Bedingungen des Vertrags einseitig diktieren, geht daher fehl. Der Absatzmittler hat nicht nur im Rahmen von kommerziellen Diskussionen die Möglichkeit, sich Konzessionen bei den Vertragsklauseln vergüten zu lassen. Darüber hinaus stehen ihm die allgemeinen Schutzmechanismen, z.B. durch die Verwender-unfreundliche AGB-Rechtsprechung, zur Verfügung. In diesen ist bereits ein Werturteil gefällt, was rechtlich zulässig ist. Ein darüber hinausgehender Schutz, z.B. vor Schikanekündigungen, ist für krasse Fälle vor allem in § 242 BGB nieder gelegt.

In diesem Zusammenhang darf auch nicht aus den Augen gelassen werden, dass der Absatzmittler von der Einheitlichkeit des Systems und damit auch der AGB profitiert. Vor allem Franchisesysteme erfordern Einheitlichkeit, von der alle Teilnehmer unab-

⁵⁶ Dies gilt zumindest für den Markt an Wohnungen mit zwei bis drei Zimmern in Großstädten bzw. für den Großteil der Anstellungsverhältnisse. Für spezielle Gebiete oder für Stellen für besonders nachgefragte Spezialisten wandelt sich der Markt vom Anbieter- zum Nachfragermarkt.

hängig von ihrer jeweiligen Verhandlungsmacht profitieren. Das Diskriminierungsverbot des § 20 GWB unterstützt dies weiter.

5.1.3. Fremdbestimmtheit als Kriterium?

Fraglich ist weiter, ob das Kriterium der „Fremdbestimmtheit“ tauglich für eine Unterscheidung hinsichtlich der Ersatzfähigkeit der Investitionen ist.

Zwar erscheint es auf den ersten Blick charmant, den Unternehmer dafür „verantwortlich“ zu machen, was er „verursacht“ hat. Allerdings darf hierbei nicht aus den Augen verloren werden, dass der Absatzmittler die Investitionen auf Grund seiner vertraglichen Verpflichtung durchführt. Die Zustimmung zum Vertrag müsste daher bereits fremdbestimmt sein. Gleichwohl wird man hier in der Regel kaum annehmen können, dass der Absatzmittler zur Unterschrift „genötigt“ worden sei. In einem System mit adäquater sozialer Absicherung wie in der Bundesrepublik kann jeder Mensch grundsätzlich frei entscheiden, ob er sich in das wirtschaftliche Wagnis der Selbstständigkeit begibt. Scheute sich der Absatzmittler davor, dass sich seine Investitionen durch eine Aktion des Unternehmers evtl. nicht amortisieren würden, stünde es ihm frei, den Weg in die Selbstständigkeit auch ohne diese enge Einbindung in einer Vertriebssystem zu gehen und als „freier Händler“ sein Glück zu versuchen. Es läge dann einzig an ihm, ob er den break-even erreicht. Auf ein etabliertes System müsste er gleichwohl verzichten.

5.1.4. Fehlende gesetzliche Grundlage

Für derart einschneidende Ansprüche wie den Investitionersatzanspruch darf man davon ausgehen, dass der Gesetzgeber eine Verankerung im Gesetz vorgesehen hätte. Dies wird durch die ausdrückliche Regelung in Österreich bestätigt. Der Handelsvertreterausgleichsanspruch als vergleichbar weitgehende Maßnahme hat überdies seine gesetzliche Grundlage gefunden. Es ist bezeichnend, dass die Literatur nicht die doppelte Analogie dieses Anspruchs zur Herleitung wählt, sondern auf die weitaus vagere Vorschrift des § 242 BGB beruft. Auch in den Diskussionen zu den wesentlichen Veränderungen des HGB der letzten Jahre hat der Investitionersatzanspruch keine Rolle gespielt.

Dies alles lässt im Umkehrschluss darauf deuten, dass der Gesetzgeber bewusst auf einen solchen Anspruch für den Absatzmittler verzichtet hat. Dieser Wille der Legislative sollte auch über den Grundsatz von Treu und Glauben nicht umgangen werden.

5.1.5. Rechtsprechungstendenz

Zwar hat sich der BGH noch nicht ausdrücklich zur Frage der Existenz eines Investitionersatzanspruchs erklärt. In seiner Citroen-Entscheidung⁵⁷ bringt er jedoch zum Ausdruck, dass nach Vertragsschluss eintretende besondere Umstände im Rahmen einer Interessenabwägung nur dann zu berücksichtigen seien, wenn sie bei Vertragsschluss nicht vorhersehbar gewesen wären. Im Umkehrschluss würde dies bedeuten,

⁵⁷ BGH, NJW-RR 1995, 1260.

dass alle bei Unterschrift des Vertrags voraussehbaren Umstände keine Berücksichtigung finden könnten.⁵⁸ Dies betrifft aber gerade die Anfangsinvestitionen.

Zwar setzt eine Diskussion dieses Kriteriums die grundsätzliche Existenz des Ersatzanspruchs voraus. Gleichwohl lässt sie erkennen, dass der BGH ihr nur einen eingeschränkten Bereich zumisst und die Lösung des Interessenkonflikts eher über die Abwägung der Angemessenheit der Kündigungsfrist zu lösen sucht. In diesem Zusammenhang stellt der BGH klar, dass es keine dem Amortisationszeitraum entsprechende Ausdehnung des Kündigungszeitraums gebe.⁵⁹ Im Ergebnis läuft diese Rechtsprechung folglich auf eine Rechtfertigung einer ein- bis zweijährigen Kündigungsfrist hinaus, die allerdings bereits ohne den Umweg der Amortisation getätigter Investitionen für angemessen angesehen wird.⁶⁰

Der BGH dürfte daher einem gesonderten Investitionsersatzanspruch deutlich kritisch gegenüber stehen.

5.1.6. Anwendungsbereich von § 242 BGB

Auch § 242 BGB bietet keine ausreichende Grundlage für den Investitionsersatzanspruch. Der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag konkretisiert bereits die gegenseitigen Rechte und Pflichten. Es besteht keine ausfüllungsbedürftige Lücke.

Der Absatzmittler hat als Unternehmer auch keine einem Verbraucher entsprechende Schutzbedürftigkeit. Der Normzweck von § 242 BGB allerdings sieht vor, dass nur bei krassen Situationen, die über die allgemeine Anwendung der restlichen zivilrechtlichen Normen nicht behoben werden können, ausnahmsweise ein Anspruch begründet werden darf.

In diesem Zusammenhang ist zu bemerken, dass auch das Grundsatz-Ausnahmen-Verhältnis gegen die Anspruchsexistenz spricht. Grundsätzlich besteht im Rahmen der Privatautonomie Freiheit der Parteien. Ausnahmsweise darf die Privatautonomie auf Grund besonderer Umstände eingeschränkt werden. Solche sind allerdings in einer systemtypischen Vertragsgestaltung nicht ersichtlich.

5.1.7. Die Grenzen des Dauerschuldverhältnisses

Darüber hinaus ist es sicher richtig, dass die enge Beziehung der Parteien in einem Dauerschuldverhältnis besondere Rücksichtnahmepflichten hervorruft. Dies darf allerdings nicht soweit ausgelegt werden, dass der zu Grunde liegende kommerzielle Charakter der Vertragsbeziehung in den Hintergrund tritt. Es handelt sich zwar um einen auf längere Dauer angelegten Vertrag, aber im Gegensatz zur Ehe ist das Ende der Beziehung bzw. deren mögliche Beendigung bereits im Vertrag angelegt. Die Parteien binden sich solange, wie sie es im Vertrag vorgesehen haben. Für diese Dauer haben sie auch besondere Pflichten zur Rücksichtnahme einander gegenüber. Wird der Vertrag jedoch seinen Regelungen entsprechend gekündigt, erlöschen diese Pflichten.

⁵⁸ Vgl. Vogels//Köhnen in Giesler, Praxishandbuch Vertriebsrecht, § 3, Rdnr. 441.

⁵⁹ Vgl. auch BGH NJW 1987, 3197, 3200 – Freundschaftswerbung.

⁶⁰ Vgl. Vogels//Köhnen in Giesler, Praxishandbuch Vertriebsrecht, § 3, Rdnr. 334 ff.

5.1.8. Umfang des Ersatzanspruchs

Es ist widersprüchlich, dass der Ersatzanspruch einmal auf das Erfüllungsinteresse⁶¹ und dann auf den Vertrauensschaden⁶² gehen soll. Diese Art von Ersatzanspruch kann bei seiner Begründung über § 242 BGB nur auf das negative Interesse gerichtet sein. Der Absatzmittler soll so gestellt werden, wie er stünde, wenn er die Investition nicht getätigt hätte, denn nur auf die Amortisation dieser Investition geht sein vermeintlicher Vertrauensschutz. Mit Abschluss des Vertrags vertraut der Absatzmittler darauf, die „fremdbestimmten“ Investitionen wieder zu erwirtschaften. Dies stellt folglich auch die Grenze seines Anspruchs dar.

5.2 Praktische Bedenken

Ein Ersatzanspruch trifft auch auf erhebliche praktische Bedenken.

5.2.1. Grauzone der Bestimmbarkeit „fremdbestimmter“ Investitionen

Der Terminus der „Fremdbestimmtheit“ erscheint, wie oben dargestellt,⁶³ auf den ersten Blick einleuchtend. Ausgeschlossen werden sollen solche Investitionen, die auf Veranlassung des Unternehmers erfolgen. Allerdings können alle Investitionen mittelbar als „fremdbestimmt“ angesehen werden. Der Absatzmittler gibt in der Regel Geld aus, um den Absatz der Waren und Dienstleistungen zu fördern. Dies tut er jedoch nur, da er in das Vertriebssystem des Unternehmers eingebunden ist. Auch Luxusinvestitionen dienen schlussendlich der Erfüllung der Verpflichtung des Absatzmittlers zur Förderung des Absatzes der Waren und Dienstleistungen des Unternehmers.

Auf der anderen Seite wird es problematisch, Investitionen als fremdbestimmt anzuerkennen, wenn der Unternehmer seinem Vertragspartner keine genauen Vorgaben gemacht hat, sondern beispielsweise verschiedene Optionen zu einer mehr oder minder aufwändigen Geschäftsausstattung vorgestellt hat. Wäre der Unternehmer in diesem Zusammenhang verpflichtet, jede vom Absatzmittler gewählte Option zu ersetzen oder nur die kostengünstigste?

5.2.2. Unterscheidung der Investitionen schwierig

Es ist darüber hinaus nicht nur dogmatisch problematisch, die Fremdbestimmtheit als entscheidendes Kriterium heran zu ziehen. Es mag der Fall auftreten, dass die Investition zwar eindeutig vom Franchisegeber vorgeben wurde,⁶⁴ jedoch auch für den Ab-

⁶¹ Bei Aufschieben der Kündigung bis zu einem Zeitpunkt, der die Amortisation der Investitionen gewährleistet. In diesem Zeitraum angefallene Umsätze, die nicht zur Deckung der Investitionen herangezogen werden müssten, würden dem Absatzmittler zur Bedienung weiterer Kosten bzw. als Gewinn zur Verfügung stehen.

⁶² Bei direkter Berechnung, bei der nur die zur vollständigen Amortisation der Investitionen erforderlichen Beträge berücksichtigt werden.

⁶³ Siehe oben 5.1.3.

⁶⁴ Zu denken ist beispielsweise an eine ausdrückliche vertragliche Verpflichtung, die vor Eröffnung des Geschäftsbetriebs durchgeführt werden muss.

satzmittler weiter nutzbar ist.⁶⁵ Die strenge Kategorisierung der Fremdbestimmung würde in diesem Fall einen Ersatzanspruch annehmen, obwohl der Absatzmittler ohne Rechtsverstoß in der Lage wäre, die Investitionen selbst oder für ein anderes Unternehmen zu nutzen.

Es ist offensichtlich, dass dieses Ergebnis nicht gewollt sein kann, da der Franchisenehmer sonst eine recht umfassende Risikofreiheit gewinnen würde. Gleichwohl könnte er nach der wohl überwiegend vertretenen Meinung in der Literatur einen Anspruch geltend machen. Eine Korrektur kann über die Schadensminderungspflicht nach § 254 BGB begründet werden.

Eine ähnliche Beschränkung müsste vorgesehen sein, wenn der Absatzmittler nicht schutzbedürftig ist. Dies ist namentlich der Fall, wenn er nicht auf die Fortsetzung des Absatzmittlungsverhältnisses vertraut hat oder hätte vertrauen dürfen.

5.2.3. Bestimmung des Amortisationszeitpunkts und -höhe schwierig

Auch die Bestimmung des Amortisationszeitpunkts und der -höhe stellen einige Schwierigkeiten dar. So kann die Amortisation über die lineare oder degressive Abschreibung an Hand der AfA-Tabellen erfolgen. Denkbar ist aber auch, dass die Berechnung nach dem tatsächlich erwirtschafteten Ergebnis erfolgt. Ist dieses nicht ausreichend für eine vollständige Deckung anderer, vorrangigerer Kosten, so kann der Zeitpunkt weit hinausgezögert werden. Man könnte sogar vermuten, dass ein „geschickter“ Absatzmittler stets einige, noch nicht vollständig amortisierte Investitionen in seinen Büchern hält, um so einen über die vertraglichen Regelungen hinausgehenden Kündigungsschutz zu erhalten.

5.2.4. Vertragliche Gestaltung

Der vermeintlichen Übervorteilung des Absatzmittlers kann entgegen gehalten werden, dass dieser in seinen Verhandlungen mit dem Unternehmer auf die vertragliche Festlegung eines Ersatzanspruchs dringen kann. Der Unternehmer mag sich sogar hierauf einlassen. Allerdings greift dann das ökonomische Konzept jeder Vertragsverhandlung ein. Der Unternehmer wird sich diese Pflicht durch den Absatzmittler kommerziell vergüten lassen, beispielsweise indem er die Lizenzgebühr in einem Franchisesystem um den Betrag erhöht, der ihm Rückstellungen erlaubt. Einem Darlehnsgeber entsprechend wird er für eine primäre Verwendung der Umsätze des Absatzmittlers zur Amortisation der Investitionen dringen. Auch wird er damit einhergehende massive Kontrollrechte fordern.

Es bleibt dem Absatzmittler überlassen, ob er sich auf diese erhöhten Kosten und Eingriffsrechte einlassen möchte, um eine Absicherung für einen vermutlich gar nicht eintretenden Fall zu erhalten.

⁶⁵ Es reicht aus, dass eine nicht besonders geschützte farbliche Gestaltung des Verkaufsraumes vorgeben wird (vgl. zur Markenfähigkeit von Farbmarken die Entscheidungen des BGH (BGHZ 140, 193 - Farbmarke gelb/schwarz; s. auch BGH GRUR 1999, 730 - Farbmarke magenta/grau).

5.2.5. Betriebswirtschaftliche Interessen treten in den Hintergrund

Weiter muss beachtet werden, dass angesichts zum Teil erheblich langer Amortisationsfristen der Schutz des Absatzmittlers vor einer Kündigung vor Erreichen dieser Frist auch weniger Wettbewerb generiert. Dieser über den Anlaufschutz hinausgehende Auslaufschutz hätte zur Folge, dass der Anreiz schwindet, die Investitionsentscheidung auf rein wirtschaftliche Erwägungen zu gründen.⁶⁶ Auch wird sich der Absatzmittler nicht verstärkt darum bemühen, die „fremdbestimmten“ Investitionen schnell wieder zu erwirtschaften, da dies erst die Kündigungsmöglichkeit für den Unternehmer eröffnen würde. Das Vertriebssystem würde somit einer seiner Hauptgründe für seine Effizienz, namentlich die eigene wirtschaftliche Motivation der Absatzmittler, beraubt.

Es ist nur schwer vorstellbar, dass dieser Nachteil dadurch kompensiert wird, dass der Absatzmittler gleichwohl motiviert werden könnte, stets Investitionen in sein System vorzunehmen, insbesondere da diese, um den Schutz auszulösen, vom Unternehmer „vorgegeben“ werden müssten.

6. Ergebnis

Im Ergebnis erscheint weder dogmatisch noch praktisch Raum für einen Schutz des Absatzmittlers für die von ihm getätigten Investitionen zu bestehen. Es ist sicherlich vorstellbar, dass es Konstellationen gibt, in denen auf Grund der überragenden Verhandlungsmacht des Unternehmers ein besonderer Schutz des Absatzmittlers geboten ist. Hierfür stehen allerdings die allgemeinen Grundsätze zur Verfügung, beispielsweise für eine „Schikane“-Kündigung.

7. Praktische Erwägungen

In der vertraglichen Umsetzung stellt sich dem Juristen mithin die Frage, wie er mit dem Risiko einer möglichen gerichtlichen Entscheidung zu Gunsten des Investitionsersatzanspruchs umgeht. Stellt man sich aus Risikogesichtspunkten auf den Standpunkt, dass ein ausdrücklicher Ausschluss in Vertragsbedingungen entweder ohnehin nur deklaratorischer Natur sei, da der Anspruch ohnehin nicht bestünde, oder aber dass ein solcher absoluter Ausschluss möglicherweise einer gerichtlichen Überprüfung nicht standhalten könnte, so bleiben einige Optionen zur Kalkulierbarkeit des Risikos. Vertragsmuster gehen in diesem Bereich in der Regel nicht explizit auf den Ersatzanspruch ein, sondern begrenzen typischerweise die Rechte des Absatzmittlers nach Vertragsende auf den nicht dispositiven analog angewendeten Handelsvertreterausgleichsanspruch.

7.1 Konkretisierung des Investitionsersatzanspruchs im Vertrag

Ein vorsichtiger Ansatz würde den Anspruch hingegen im Grunde bejahen, dann aber inhaltlich ausgestalten und insbesondere in der Höhe begrenzen. Dies könnte dadurch geschehen, dass die erstattungswürdigen Investitionen exakt aufgeführt werden, ein Amortisationsschema aufgenommen wird. In diesem Zusammenhang bietet

⁶⁶ Ebenroth/Strittmatter, BB 1993, 1521, 1528 f.

es sich an, eine Differenzierung nach Grund-, Zusatz- und Luxusinvestitionen vorzunehmen, wobei die Erstattungspflicht sich nur auf markenspezifische Investitionen beziehen sollte. Auf jeden Fall sollte der Anspruch ausgeschlossen, wenn der Absatzmittler berechtigterweise nicht auf den Fortbestand des Vertrags hätte vertrauen dürfen oder er die Investitionen anderweitig nutzen könnte.

Schließlich ist es ratsam aus Sicht der Unternehmer, die Beweislastregelung so auszugestalten, dass die Darlegung des Anspruchs beim Absatzmittler liegen muss. Dies kann durch Einsichts- und Kontrollrechte noch komplimentiert werden.

7.2 Anpassung der Kündigungsregelung

Ein anderer Ansatz besteht darin, den Anspruch faktisch zu begrenzen, indem die Laufzeit für die Amortisation der Grundinvestitionen und die Grundlaufzeit übereinstimmen. In diesem Szenario ist die Gefahr stark vermindert, dass der Unternehmer „zu früh“ kündigt. In einer leicht abgespeckten Variante könnte zumindest der Zeitraum bis zur vollständigen Amortisation somit im Kündigungszeitpunkt verringert worden sein. Diese Varianten dienen aber in der Regel nur dazu, den Unternehmer vor überraschenden Gegenforderungen zu bewahren, betreffen aber den Anspruch selbst nicht.

Ein solcher Ansatz bestünde darin, der Erfüllung der Anspruchsgrundlagen selbst entgegen zu treten. Beispielsweise würde das Fehlen einer automatischen Verlängerung eines Vertrags hilfreich sein, um zu argumentieren, dass beim Absatzmittler gar kein Vertrauenstatbestand hätte entstehen können, da er ja mit dem Ende des Vertrags als Grundsatz hätte rechnen müssen. Eine solche Regelung widerspräche allerdings dem Geist einer auf Dauer angelegten Beziehung und würde ohnedies in der Regel dadurch entwertet werden, dass der Vertrag regelmäßig weiter verlängert worden ist.

7.3 Aufzeigen von alternativen Geschäftsmodellen

Schlussendlich soll noch daran erinnert werden, dass eine rein praktische, aber nichtsdestotrotz oftmals Erfolg versprechende einvernehmliche Lösung darin bestehen könnte, dem Absatzmittler alternative Geschäftsmodelle im weiteren Umfeld der Produkte und Dienstleistungen des Unternehmers aufzuzeigen. Dies kann dadurch geschehen, dass im Rahmen der kartellrechtlichen Grenzen eine Tätigkeit auf einer anderen Vertriebsstufe ermöglicht wird oder dass die Einführung komplimentierender Dienstleistungen durch den Absatzmittler vom Unternehmer aktiv unterstützt wird. Im Ergebnis lebt ein erfolgreiches Vertriebssystem schlussendlich auch von seiner Attraktivität, sowohl im Kern- als auch in Randbereichen.