

Der Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers

Von RA Dr. Georg Schäfer, Jacobsen + Confurius Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft, Hamburg

I. Gesetzlich geregelter Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters

Dem Handelsvertreter steht ein gesetzlich geregelter Ausgleichsanspruch zu, wenn er während der Vertragslaufzeit einen Kundenstamm aufgebaut hat, den der Unternehmer nach Beendigung des Vertragsverhältnisses mit dem Handelsvertreter weiter zu seinem finanziellen Vorteil nutzen kann, sofern dies der Billigkeit entspricht und der Anspruch nicht im Einzelfall aufgrund besonderer Umstände ausgeschlossen ist.

Der Vorschrift des § 89b HGB zufolge kann der Handelsvertreter von dem Unternehmer nach **Beendigung des Vertragsverhältnisses** einen angemessenen Ausgleich verlangen, wenn und soweit

- der Unternehmer aus der Geschäftsverbindung mit neuen Kunden, die der Handelsvertreter geworben hat, auch nach Beendigung des Vertragsverhältnisses erhebliche Vorteile hat (§ 89b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 HGB),
- der Handelsvertreter infolge der Vertragsbeendigung Ansprüche auf Provision verliert, die er bei Vertragsfortsetzung aus bereits abgeschlossenen oder künftig zustande kommenden Geschäften mit den von ihm geworbenen Kunden hätte (§ 89b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 HGB), und
- die Zahlung eines Ausgleichs unter Berücksichtigung aller Umstände der Billigkeit entspricht (§ 89b Abs. 1 S. 1 Nr. 3 HGB).

Die überaus große Bedeutung des Ausgleichsanspruchs des Handelsvertreters in der Praxis hat zu einer ausdifferenzierten Rechtsprechung mit einer kaum mehr zu überblickenden Fülle an Entscheidungen geführt (vgl. ausführlich zum Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters Emde, in: Giesler, Praxishandbuch Vertriebsrecht, 2005, § 2 Rn. 512 ff.).

Nach einem auf Vorlage des Landgerichts Hamburg hin ergangenen Urteil des Europäischen Gerichtshofs aus dem Jahre 2009 (EuGH, Urteil vom 26.03.2009, Az.: C-348/57, Semen, DStR 2009, 759) ist Art. 17 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter vom 18.12.1986 (Richtlinie 86/653/EWG; vgl. hierzu Küstner/Thume, Handbuch des gesamten Außendienstrechts, Band 1, 3. Aufl. 2000, Rn. 2335 ff.) dahin auszulegen, dass er nicht erlaubt, dass der

Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters von vornherein durch seine Provisionsverluste infolge der Beendigung des Vertragsverhältnisses begrenzt wird, auch wenn die dem Unternehmer verbleibenden Vorteile höher zu bewerten sind. Hintergrund dieser Entscheidung ist, dass Art. 17 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie die Provisionsverluste des Handelsvertreters lediglich als einen besonderen Unterfall der Billigkeit ansieht. Der Wortlaut des deutschen § 89b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 HGB weicht von der Richtlinie ab, indem er den Provisionsverlust als notwendige Anspruchsvoraussetzung bezeichnet. Wie alle nationalen Rechtsvorschriften muss auch § 89b HGB richtlinienkonform, also unter Berücksichtigung von Wortlaut, Sinn und Zweck der Richtlinie, ausgelegt werden (Thume, BB 2004, 2473, 2474), soweit der Anwendungsbereich der Richtlinie (vgl. hierzu Artikel 1 und 2 der Richtlinie 86/653/EWG) reicht.

II. Übertragbarkeit dieser Grundsätze auf den Vertragshändler

Nach ständiger, seit vielen Jahrzehnten gefestigter Rechtsprechung kann auch dem Vertragshändler ein **Ausgleichsanspruch nach den Grundsätzen des Handelsvertreterrechts** zustehen (BGH, Urteil vom 11.12.1958, Az.: II ZR 73/57, NJW 1959, 144; BGH, Urteil vom 05.10.1979, Az.: I ZR 43/78, DB 1980,344; BGH, Urteil vom 25.03.1982, Az.: I ZR 146/80, NJW 1982, 2819). **Voraussetzung einer analogen Anwendung** auf den Vertragshändler ist, dass das konkrete Vertragsverhältnis bestimmte Voraussetzungen erfüllt, unter denen auch einem Handelsvertreter nach § 89b HGB ein Ausgleichsanspruch zustehen würde (Ausführlich zur analogen Anwendung der Grundsätze des Ausgleichsanspruchs des Handelsvertreters auf den Vertragshändler Vogels/Köhnen, in: Giesler, Praxishandbuch Vertriebsrecht, 2005, § 3 Rn. 478 ff.; Niebling, WRP 2001,506 zur analogen Anwendbarkeit des § 89b HGR auf den Vertragshändler am Beispiel des Automobilvertriebs). Anspruch auf entsprechenden Ausgleich bei Vertragsbeendigung hat somit keineswegs jeder Vertragshändler. Vielmehr muss in jedem Einzelfall geprüft werden, ob und inwieweit die Grundsätze des Ausgleichsanspruchs des Handelsvertreterrechts auf das konkrete Vertragsverhältnis mit dem Vertragshändler übertragen werden können.

Der Bundesgerichtshof (BGH, Urteil vom 02.07.1987, Az.: IZR 188/85, ZIP 1987, 1383, 1385) entschied für den Kfz-Vertragshändler, dass diesem ein Ausgleichsanspruch in analoger Anwendung des § 89b HGB zustehen kann, wenn der Vertragshändler **erstens** ähnlich wie ein Handelsvertreter in die **Absatzorganisation des Herstellers** oder **Lieferanten eingliedert** ist und **zweitens** dem **Hersteller** oder **Lieferanten** bei Beendigung des Vertragsverhältnisses seinen **Kundenstamm überlassen** muss.

An der erforderlichen Eingliederung in die Absatzorganisation des Herstellers oder Lieferanten, wonach der Vertragshändler wirtschaftlich in erheblichem Umfang einem Handelsvertreter vergleichbar Aufgaben zu erfüllen hat, fehlt es, wenn sich das Rechtsverhältnis zwischen dem Hersteller oder Lieferanten und dem Vertragshändler in einer bloßen Verkäufer-Käufer-Beziehung erschöpft (BGH, Urteil vom 12.01.2000, Az.: VIII ZR 19/99, NJW 2000, 1413; BGH, Urteil vom 22.10.2003, Az.: VIII ZR 6/03, WM 2004,991; BGH, Urteil vom 13.06.2007, Az.: VIII ZR 352/04, BB 2007, 1586 [Chinaleder]: In diesem Fall eines Exklusiv-Vertriebs- und Verkaufsrechts für Automobileder an einen chinesischen Automobilzulieferer fehlte es an der für einen Ausgleichsanspruch des Vertragshändlers erforderlichen Einbindung in die Absatzorganisation des Herstellers). Ein Alleinvertriebsrecht in einem bestimmten Gebiet und eine ausschließliche Bezugsverpflichtung sowie die damit verbundene Verpflichtung, den Verkauf zu betreiben, reichen für die Annahme, der Vertragshändler habe Aufgaben eines Handelsvertreters zu erfüllen, regelmäßig nicht aus (BGH, Urteil vom 08.06.1988, Az.: I ZR 244/86, NJW-RR 1988, 1305; BGH, Urteil vom 13.06.2007, Az.: VIII ZR 352/04, BB 2007,1586 [Chinaleder]); vgl. hierzu unten.

Hinsichtlich des Erfordernisses, dass der Vertragshändler dem Hersteller oder Lieferanten bei Beendigung des Vertragsverhältnisses seinen Kundenstamm überlassen muss, bedarf es nach ständiger Rechtsprechung keiner vertraglichen Verpflichtung des Vertragshändlers zur Übertragung des Kundenstammes nach Beendigung des Vertragsverhältnisses. Ausreichend ist, dass der Hersteller oder Lieferant sich bei Vertragsbeendigung die Vorteile des Kundenstammes sofort und ohne weiteres nutzbar machen kann (BGH, Urteil vom 10.02.1993, Az.: VIII ZR 47/92, BB 1993, 2399; BGH, Urteil vom 12.01.2000, Az.: VIII ZR 19/99, NJW 2000, 1413; OLG Dresden, Urteil vom 27.09.2001, Az.: 19 U 881/01, OLGR Dresden 2003, 298).

III. Übertragbarkeit auf den Franchisenehmer

Der Rechtsprechung zufolge kann auch dem Franchisenehmer ein Ausgleichsanspruch nach den Grundsätzen des Handelsvertreterrechts zustehen. Wie im Fall des Vertragshändlers ist auch hier Voraussetzung, dass das konkrete Franchiseverhältnis bestimmte Bedingungen erfüllt, unter denen einem Handelsvertreter nach § 89b HGB ein Ausgleichsanspruch zustehen würde. Die Situation des Franchisenehmers muss mit derjenigen eines Handelsvertreters vergleichbar sein. Damit steht keineswegs jedem Franchisenehmer bei Vertragsbeendigung ein entsprechender Ausgleichsanspruch zu. Vielmehr muss auch hier **in jedem Einzelfall gesondert geprüft** werden, ob die **erforderlichen Analogievoraussetzungen** aufgrund vergleichbarer Interessenlage mit derjenigen im Handelsvertreterverhältnis vorliegen. Nur so

kann eine Feststellung darüber getroffen werden, ob dem betreffenden Franchisenehmer im Rahmen des konkreten Franchiseverhältnisses tatsächlich ein Ausgleichsanspruch zusteht (LG Frankfurt/Main, Urteil vom 10.12.1999, Az.: 3-8 O 28/99, n.v., Leitsatz unter EWiR 2004,69). Da dieser durch den Franchisegeber zu erfüllende Ausgleichsanspruch - in Abhängigkeit von den bisherigen Erlösen des Franchisenehmers im Verlauf der letzten Jahre - leicht einen fünf- oder gar sechsstelligen Betrag (Im Fall des OLG Celle, Urteil vom 19.04.2007, Az.: 11 U 279/06, BB 2007, 1862 sprach das Gericht dem Franchisenehmer einen Ausgleich von 29.468,87 € zu.) erreichen kann, kommt dem auch im Franchising große praktische Bedeutung zu.

1. Literatur und Rechtsprechung

Im Hinblick auf die seit Jahrzehnten anerkannte Rechtsprechung zur analogen Anwendung des § 89b HGB auf Vertragshändlerverträge hat sich in der rechtswissenschaftlichen Literatur bereits seit langem die überwiegende Auffassung etabliert, dass auch dem Franchisenehmer bei Vorliegen entsprechender Voraussetzungen ein Ausgleichsanspruch nach den Grundsätzen des Handelsvertreterrechts zustehen kann (Köhler, NJW 1990, 1689; Eckert, WM 1991, 1237 zu Vertragshändler und Franchisenehmer; Bodewick, BB 1997,637; Flohr, DStR 1998,572; Kroll, in: Giesler, Praxishandbuch Vertriebsrecht, 2005, § 5 Rn. 468 ff.; Kroll, in: Giesler/Nauschütt, Franchiserecht, 2. Aufl. 2007, Kap. 7 Rn. 57 ff.).

Im Gegensatz zu der bereits seit Jahrzehnten gefestigten Rechtsprechung zum Ausgleichsanspruch des Vertragshändlers begann die Entwicklung der Rechtsprechung zum Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers - soweit ersichtlich - erst ab dem Jahre 1999 durch einige unveröffentlichte landgerichtliche Urteile (LG Frankfurt/Main, Urteil vom 10.12.1999, Az.: 3-8 O 28/99, n.v., Leitsatz unter EWiR 2004, 69; LG Hanau, Urteil vom 28.05.2002, Az.: 6 O 106/01, n.v.; LG Berlin, Urteil vom 06.09.2004, Az.: 101 O 23/04, n.v.), denen im Jahr 2007 eine veröffentlichte Entscheidung des OLG Celle (OLG Celle, Urteil vom 19.04.2007, Az.: 11 U 279/06, BB 2007,1862 mit Anm. Flohr, BB 2007,1865) folgte, von der große Signalwirkung ausging.

Im Jahr 1999 gab das Landgericht Frankfurt/Main (Urteil vom 10.12.1999, Az.: 3-8 O 28/99, n.v., Leitsatz unter EWiR 2004, 69) der Klage eines Franchisenehmers statt, der einen Ausgleichsanspruch gemäß § 89b HGB analog geltend machte. Der Franchisenehmer führte im Rahmen des Franchisevertrags eine **Bäckerei mit Cafe**. Der Franchisegeber, eine Großbäckerei, vertrieb seine Waren über die Franchisebetriebe seiner Franchisenehmer, die zum alleinigen Warenbezug über den Franchisegeber verpflichtet waren. Der Franchisegeber

kündigte schließlich den mit dem Franchisenehmer bestehenden Franchisevertrag, ohne dass dieser Kündigung ein wichtiger Grund wegen schuldhaften Verhaltens des Franchisenehmers zugrunde lag. Im Franchisevertrag fand sich keine Regelung, dass der Franchisenehmer seinen Kundenstamm bei Vertragsbeendigung dem Franchisegeber überlassen muss.

Das Landgericht Hanau (LG Hanau, Urteil vom 28.05.2002, Az.: 6 O 106/01, n.v.) sprach einem Franchisenehmer im Jahr 2002 einen Ausgleichsanspruch gemäß § 89b HGB analog zu. Der Franchisegeber betrieb ein Franchisesystem zur **Kfz-Aufbereitung und -Reinigung** und hatte dem Franchisenehmer eine Franchise für ein bestimmtes Postleitzahlengebiet eingeräumt. Der Franchisegeber beendete den Franchisevertrag schließlich durch ordentliche Kündigung. Die Verträge mit Kunden waren durch den Franchisenehmer nicht im eigenen Namen, sondern im Namen des Franchisegebers abzuschließen, wobei der Franchisenehmer vom Franchisegeber eine umsatzbezogene Provision erhielt. Das Gericht qualifizierte das Vertragsverhältnis als Franchisevertrag, da es das Schwergewicht des Vertrags, bei dem es Elemente aus dem Lizenz-, Franchise-, Dienst- und Werkvertrag feststellte, im Franchisebereich sah.

Das Landgericht Berlin (LG Berlin, Urteil vom 06.09.2004, Az.: 101 O 23/04, n.v.) wies im Jahr 2004 die Klage eines **Tankstellenverwalters** ab, der einen Ausgleichsanspruch als Franchisenehmer gemäß § 89 b HGB analog gegenüber einer Mineralölgesellschaft geltend machte. Der Tankstellenverwalter hatte für die Mineralölgesellschaft den **Betrieb einer Tankstelle** übernommen. Die Mineralölgesellschaft eröffnete auf Betreiben des Tankstellenverwalters ein Schnellrestaurant, indem sie einen Franchisevertrag mit dem Franchisegeber eines Schnellrestaurantsystems einging. Mit Zustimmung des Franchisegebers übertrug die Mineralölgesellschaft daraufhin den Betrieb des Schnellrestaurants auf den Tankstellenverwalter. Dieser kündigte dann später krankheitsbedingt auch den Franchisevertrag über den Betrieb des Schnellrestaurants und verlangte von der Mineralölgesellschaft - letztlich ohne Erfolg - Zahlung eines Ausgleichs.

Im Jahr 2007 gab das Oberlandesgericht Celle (OLG Celle, Urteil vom 19.04.2007, Az.: 11 U 279/06, BB 2007, 1862) dann der Klage eines Franchisenehmers statt, der ebenfalls einen Ausgleichsanspruch gemäß § 89b HGB analog geltend machte. Dieser ersten obergerichtlichen und veröffentlichten Entscheidung zum Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers kommt große Bedeutung für die Praxis zu. Der Franchisegeber betrieb ein **Internetportal** und bot dort Informationen über verschiedene Regionen Deutschlands an. Aufgabe des Franchisenehmers war es, die betreffenden Regionalseiten des Franchisegebers im Internet

zu betreuen und in der jeweiligen Region ansässige Unternehmen anzuwerben, die auf diesen Regionalseiten dann mit dem Franchisenehmer Werbeverträge abschließen. In diesen Werbeverträgen war eine Eintrittsverpflichtung des Franchisegebers für den Fall der Beendigung des Franchisevertrags mit dem Franchisenehmer geregelt.

Der Bundesgerichtshof hat sich zu der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen dem Franchisenehmer ein Ausgleichsanspruch nach § 89b HGB analog zustehen kann, bislang nicht geäußert.

2. Anwendbarkeit nur auf bestimmte Franchiseverträge

Die Ermittlung, ob und inwieweit dem Franchisenehmer in entsprechender Anwendung ein Ausgleichsanspruch zusteht, verlangt die Prüfung zahlreicher Tatbestandsvoraussetzungen. Neben den durch die gesetzliche Vorschrift des § 89b HGB und deren analoge Anwendung vorgegebenen Prüfungspunkten ist insbesondere auch die bestehende, äußerst umfangreiche Rechtsprechung zum Handelsvertreter- und Vertriebshändlerrecht zu beachten.

Grundvoraussetzung dafür, dass dem Franchisenehmer bei Vertragsbeendigung ein Ausgleichsanspruch nach § 89b HGB analog zustehen kann, ist zunächst, dass die **folgenden beiden Voraussetzungen kumulativ** vorliegen:

- Der Franchisenehmer ist wie ein Handelsvertreter in die Absatzorganisation des Franchisegebers eingegliedert.
- Der Franchisenehmer hat bei Vertragsende seinen Kundenstamm auf den Franchisegeber zu übertragen.

a) Eingliederung in die Absatzorganisation des Franchisegebers

Der Franchisenehmer muss zunächst wie ein Handelsvertreter in die Absatzorganisation des Franchisegebers eingegliedert sein (OLG Celle, Urteil vom 19.04.2007, Az.: 11 U 279/06, BB 2007, 1862; LG Frankfurt/Main, Urteil vom 10.12.1999, Az.: 3-8 O 28/99, n.v., Leitsatz unter EWIR 2004,69; LG Hanau, Urteil vom 28.05.2002, Az.: 6 O 106/01, n.v.; LG Berlin, Urteil vom 06.09.2004, Az.: 101 O 23/04, n.v.). Im Rahmen eines typischen Franchisevertrags ist dieses Kriterium regelmäßig erfüllt, da das Franchising üblicherweise durch eine enge Einbindung des Franchisenehmers in das Vertriebssystem des Franchisegebers geprägt ist. Franchisenehmer und Franchisegeber dürfen zueinander nicht in einem bloßen Verhältnis als Verkäufer und Käufer stehen. Ob dies der Fall ist, ist anhand der konkreten Umstände im jeweiligen Einzelfall zu untersuchen.

Eine **starke Einbindung des Franchisenehmers in die Absatzorganisation** des Franchisegebers ist etwa gegeben bei bestehender **Alleinbezugsverpflichtung, vorgegebener Corporate Identity** des Franchisesystems sowie detaillierten **Vorgaben über die Betriebsführung** mit Verpflichtung zu täglicher Abführung der Kasseneinnahmen an den Franchisegeber (LG Frankfurt/Main, Urteil vom 10.12.1999, Az.: 3-8 O 28/99, n.v., Leitsatz unter EWiR 2004,69). Für eine derartige Eingliederung des Franchisenehmers in die Absatzorganisation des Franchisegebers sprechen darüber hinaus auch Weisungs- und Kontrollrechte des Franchisegebers, Berichtspflichten des Franchisenehmers sowie die Pflicht zur Nutzung von Know-how und Marke des Franchisegebers.

Das Landgericht Hanau (LG Hanau, Urteil vom 28.05.2002, Az.: 6 O 106/01, n.v.) bejahte die Einbindung des Franchisenehmers in die Absatzorganisation des Franchisegebers, weil der Franchisenehmer wirtschaftlich in erheblichem Umfang einem Handelsvertreter vergleichbare Aufgaben zu erfüllen hatte. Wie das Gericht ausführte, näherte die Pflicht des Franchisenehmers zum Abschluss der Verträge mit Kunden im Namen des Franchisegebers die Vertragsgestaltung dem Handelsvertretervertrag an.

Das Landgericht Berlin (LG Berlin, Urteil vom 06.09.2004, Az.: 101 O 23/04, n.v.) äußerte in seiner Entscheidung bereits Zweifel daran, ob das zwischen dem Tankstellenverwalter und der Mineralölgesellschaft bestehende Vertragsverhältnis hinsichtlich des Schnellrestaurants ein handelsvertreterähnliches Absatzmittlungsverhältnis darstellt. Es sei nicht erkennbar, dass die Mineralölgesellschaft im Hinblick auf Hamburger und zugehörige Ware in nennenswertem Umfang über eine eigene Absatzorganisation verfüge und damit die erforderliche Eingliederung des Tankstellenverwalters in die Absatzorganisation der Mineralölgesellschaft vorliege.

b) Verpflichtung zur Übertragung des Kundenstammes

Voraussetzung eines Ausgleichsanspruchs des Franchisenehmers bei Vertragsbeendigung ist weiterhin, dass der Franchisenehmer bei Vertragsende seinen Kundenstamm auf den Franchisegeber übertragen muss (OLG Celle, Urteil vom 19.04.2007, Az.: 11 U 279/06, BB 2007, 1862; LG Frankfurt/Main, Urteil vom 10.12.1999, Az.: 3-8 O 28/99, n.v., Leitsatz unter EWiR 2004, 69; LG Hanau, Urteil vom 28.05.2002, Az.: 6 O 106/01, n.v.; LG Berlin, Urteil vom 06.09.2004, Az.: 101 O 23/04, n.v.). Im Hinblick auf die ständige Rechtsprechung im Vertragshändlerrecht, es für eine analoge Anwendung des § 89b HGB keiner vertraglichen Verpflichtung Vertragshändlers zur Übertragung des Kundenstammes bedarf, sondern aus-

reicht, dass der Hersteller oder Lieferant sich bei **Vertragsbeendigung** die **Vorteile des Kundenstamms sofort** und **ohne weiteres nutzbar** machen kann (BGH, Urteil vom 10.02.1993, Az.: VIII ZR 47/92, BB 1993, 2399; BGH, Urteil vom 12.01.2000, Az.: VIII ZR 19/99, NJW 2000, 1413; OLG Dresden, Urteil vom 27.09.2001, Az.: 19 U 881/01, OLGR Dresden 2003, 298), stellt sich für den Bereich des Franchiserechts die Frage, welche Voraussetzungen an das Erfordernis zu stellen sind, dass der Franchisenehmer bei Vertragsende seinen Kundenstamm auf den Franchisegeber übertragen muss.

Dieses Kriterium ist jedenfalls dann erfüllt, wenn der Franchisevertrag eine **ausdrückliche Pflicht des Franchisenehmers** vorsieht, seinen **Kundenstamm** bei Vertragsende auf den Franchisegeber zu übertragen (OLG Celle, Urteil vom 19.04.2007, Az.: 11 U 279/06, BB 2007, 1862).

Die vertragliche Pflicht des Franchisenehmers zur Überlassung des Kundenstamms muss nicht zwangsläufig erst bei Vertragsbeendigung entstehen, sondern kann auch schon während des laufenden Vertragsverhältnisses bestehen. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erfordert die entsprechende Anwendung des § 89b HGB auf Vertragshändlerverhältnisse nicht, dass der Vertragshändler zur Übertragung des Kundenstammes erst bei Vertragsende verpflichtet ist. Eine **Pflicht zur Mitteilung der Kundendaten** kann auch daraus folgen, dass die vertragsgemäße Vertragsdurchführung dies notwendig zur Folge hat, die **Kundendaten** also während der **Dauer des Vertragsverhältnisses laufend weiterzugeben** sind (BGH, Urteil vom 25.03.1982, Az.: I ZR 146/80, WM 1982, 1125; BGH, Urteil vom 06.10.1993, Az.: VIII ZR 172/92, WM 1994, 243; BGH, Urteil vom 26.02.1997, VIII ZR 272/95, NJW 1997, 1503). Dies ist etwa dann der Fall, wenn der Franchisenehmer dem Franchisegeber **Kopien seiner Kundenrechnungen** zu überlassen hat. Ausreichend ist weiterhin, dass der Franchisegeber die Kunden direkt beliefert (vgl. zum Vertragshändler BGH, Urteil vom 08.06.1988, Az.: I ZR 244/86, NJW-RR 1988, 1305). Dies trifft auch dann zu, wenn die Verträge mit den Kunden vereinbarungsgemäß unmittelbar durch den Franchisegeber geschlossen werden (LG Hanau, Urteil vom 28.05.2002, Az.: 6 O 106/01, n.v. zu einem als Franchisevertrag qualifizierten Vertragsverhältnis, in dessen Rahmen der Vertragsschluss wie im Rahmen eines Handelsvertretervertrags im Namen des Franchisegebers erfolgte). Ausreichend ist schließlich auch, wenn der Franchisenehmer dem Franchisegeber Namen und Adressen seiner Kunden aufgrund einer sonstigen Vertragspflicht bekanntgeben muss, wie etwa über das Berichtswesen (LG Frankfurt, Urteil vom 10.12.1999, Az.: 3-8 O 28/99, n.v., Leitsatz unter EWiR 2004,69).

Ausreichend ist auch, wenn die vertragliche Pflicht des Franchisenehmers zur Überlassung des Kundenstamms weder während des laufenden Vertragsverhältnisses noch bei Vertragsbeendigung besteht, sondern erst nach der **Kündigung des Franchisevertrags** vereinbart wird (So zum Vertragshändler BGH, Urteil vom 07.11.1991, Az.: I ZR 51/90, NJW-RR 1992,421).

Dagegen steht dem Franchisenehmer kein Ausgleichsanspruch zu, wenn er dem Franchisegeber **nach Vertragsschluss aus freien Stücken** ohne vertragliche Verpflichtung seine **Kundendaten mitteilt** (So zum Vertragshändler BGH, Urteil vom 06.10.1999, Az.: VIII ZR 125/98, BB 2000, 61). Auch die Verpflichtung zur bloßen Information über Marktentwicklungen allein begründet keinen Ausgleichsanspruch (So zum Vertragshändler BGH, Urteil vom 06.10.1999, Az.: VIII ZR 125/98, BB 2000, 61).

In der Praxis sehen Franchiseverträge aber häufig weder eine ausdrückliche, noch eine vertragsimmanente Pflicht des Franchisenehmers zur Übertragung des Kundenstamms auf den Franchisegeber vor. Die zum Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers ergangene Rechtsprechung ist uneinheitlich, ob dem Franchisenehmer auch dann ein Ausgleichsanspruch zustehen kann, wenn der Franchisegeber bei Vertragsende zwar nicht in den Besitz der Kundendaten gelangt, aber eine faktische Kontinuität des Kundenstamms besteht, der Franchisegeber also mit dem durch den Franchisenehmer geworbenen Kundenstamm entweder selbst oder über einen nachfolgenden Franchisenehmer weiterhin Geschäfte machen kann.

aa) Auffassung des Landgerichts Frankfurt(Main

Das Landgericht Frankfurt/Main (LG Frankfurt, Urteil vom 10.12.1999, Az.: 3-8 O 28/99, n.v., Leitsatz unter EWiR 2004, 69) vertrat in seiner Entscheidung aus dem Jahr 1999 die Auffassung, dass der Franchisegeber für die Übertragung des Kundenstamms nicht zwangsläufig in den Besitz der Kundendaten gelangen muss. Vielmehr reiche eine **faktische Kontinuität des Kundenstamms** für die analoge Anwendung des § 89 b HGB aus.

Wie das Landgericht Frankfurt (LG Frankfurt, Urteil vom 10.12.1999, Az.: 3-8 O 28/99, n.v., Leitsatz unter EWiR 2004, 69) ausführt, gebe es bei einer **Bäckereiverkaufsstelle** auf Grund der herrschenden Anonymität keine Kundenlisten, die ausgehändigt werden könnten. Geworben habe der Franchisenehmer neue Kunden damit schon dadurch, dass er die Verkaufsstelle betrieb und offen hielt, wobei für das Zustandekommen der Geschäftsbeziehungen Mitursächlichkeit ausreiche. Da die Verkaufsstelle nach Vertragsende mit dem Franchisenehmer sofort durch einen neuen Franchisenehmer besetzt worden sei, habe der Franchi-

segeber mit dem durch den bisherigen Franchisenehmer geworbenen Kundenstamm sofort weiterhin Geschäfte machen können, wenn auch nur mittelbar über einen neuen Franchisenehmer.

In einer Entscheidung aus dem Jahr 2006 sah auch der österreichische Oberste Gerichtshof (OGH Wien, Urteil vom 30.08.2006, Az.: 7 Ob 122106a) ausgehend von der nationalen Vorschrift des § 24 HVertrG, die dem deutschen § 89b HGB entspricht, eine lediglich faktische Kontinuität des Kundenstamms als ausreichend an.

bb) Überwiegende Auffassung

Dagegen führte das Landgericht Hanau (LG Hanau, Urteil vom 28.05.2002, Az.: 6 O 106/01, n.v.) in seiner Entscheidung aus, der **Franchisenehmer** müsse **vertraglich verpflichtet** sein, dem Franchisegeber (spätestens) bei Beendigung des Vertragsverhältnisses seinen Kundenstamm zu überlassen, so dass dieser sich den Kundenstamm sofort ohne weiteres nutzbar machen kann. In dem durch das Gericht zu entscheidenden Fall bestand unproblematisch eine derartige vertragliche Verpflichtung, da der Franchisenehmer die Verträge nicht im eigenen Namen, sondern im Namen des Franchisegebers abzuschließen hatte, womit der Franchisegeber die Kundendaten bereits während des Vertragsverhältnisses erhielt.

Das Landgericht Berlin (LG Berlin, Urteil vom 06.09.2004, Az.: 101 O 23/04, n.v.) sah seinerzeit das notwendige Kriterium der vertraglichen Verpflichtung des Franchisenehmers zur Überlassung des Kundenstamms als nicht gegeben an. Wie das Gericht ausführte, falle bei einem Handelsvertretervertrag der geworbene Kundenstamm nach Beendigung des Vertreterverhältnisses ohne weiteres an den Geschäftsherrn, was der tragende Grund für die bestehende Regelung des § 89b HGB sei. Eine entsprechende Anwendung dieser Vorschrift auf andere Absatzmittlungsverhältnisse setze daher eine gleichartige Interessenlage voraus (LG Berlin, Urteil vom 06.09.2004, Az.: 101 O 23/04, n.v.). Nach überwiegender Ansicht bestehe diese Gleichartigkeit nur, wenn der Absatzmittler nach Vertragsbeendigung dem Hersteller oder Lieferanten den Kundestamm überlassen muss. Hieran fehle es aber, wenn eine Pflicht zur Übertragung des Kundenstamms weder ausdrücklich vereinbart sei noch eine entsprechende Verpflichtung aus sonstigen Regelungen des Vertrags folge (LG Berlin, Urteil vom 06.09.2004, Az.: 101 O 23/04, n.v.).

Wie das Oberlandesgericht Celle (OLG Celle, Urteil vom 19.04.2007, Az.: 11 U 279/06, BB 2007, 1862, 1864) ausführte, müsse der Franchisenehmer verpflichtet sein, dem Franchisegeber bei Beendigung des Vertragsverhältnisses den Kundenstamm zu überlassen. Hinsicht-

lich dieses Erfordernisses verwies das Oberlandesgericht Celle auf eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Dresden (OLG Dresden, Urteil vom 27.09.2001, Az.: 19 U 881/01, OLG Dresden, 2003, 298). In dieser führte das Oberlandesgericht Dresden unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur analogen Anwendbarkeit des § 89b HGB auf Vertragshändler aus, der Vertragshändler müsse verpflichtet sein, dem Hersteller bei Beendigung des Vertragsverhältnisses seinen Kundenstamm zu überlassen, wobei es ausreicht, dass der Hersteller tatsächlich in der Lage ist, den Kundenstamm nach Beendigung der Vertragsbeziehung weiterzunutzen und es keiner vertraglichen Verpflichtung zur Übertragung der Daten nach Beendigung des Vertragsverhältnisses bedarf. Zu der Frage, ob bereits die faktische Kontinuität des Kundenstamms als ausreichend anzusehen ist, wenn aufgrund herrschender Anonymität keine Kundenlisten ausgehändigt werden können, musste das Oberlandesgericht Celle keine Stellung nehmen, da in dem durch das Gericht entschiedenen Fall die Werbeverträge des Franchisenehmers vorsahen, dass der Franchisegeber in den Vertrag mit den Kunden eintritt (OLG Celle, Urteil vom 19.04.2007, Az.: 11 U 279/06, BB 2007, 1862, 1864).

3. Weitere Anspruchsvoraussetzungen

Der Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers nach § 89b HGB analog setzt weiterhin voraus, dass die im Folgenden genannten übrigen Voraussetzungen vorliegen:

a) Beendigung des Franchisevertrags

Der Franchisevertrag muss beendet sein (§ 89b Abs. 1 Satz 1 HGB analog). Eine Beendigung des Vertragsverhältnisses kann insbesondere dadurch erfolgen, dass die Vertragslaufzeit abgelaufen, der Vertrag gekündigt oder ein Aufhebungsvertrag geschlossen wurde.

b) Erhebliche Vorteile des Franchisegebers

Der Franchisegeber muss nach Vertragsende weiterhin erhebliche Vorteile durch den vom Franchisenehmer geworbenen Neukundenstamm haben (§ 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HGB analog). Hinsichtlich der dem Franchisegeber verbleibenden Vorteile ist eine **Prognose der künftigen Entwicklung** der durch den Franchisenehmer aufgebauten Geschäftsverbindungen anzustellen. Diese Prognoseentscheidung ist ausgehend vom Zeitpunkt der Vertragsbeendigung vorzunehmen, auf die spätere Entwicklung ist nicht abzustellen (OLG Celle, Urteil vom 19.04.2007, Az.: 11 U 279/06, BB 2007, 1862; vgl. zum Handelsvertreterrecht BGH, Urteil vom 06.08.1997, Az.: VIII ZR 92/96, NJW 1998, 71 bis 75). Dabei sind nur all diejeni-

gen Umstände heranzuziehen, die im Zeitpunkt der Vertragsbeendigung bekannt oder zumindest vorhersehbar waren. Notwendig aber auch ausreichend ist, dass der Franchisegeber zumindest die potenzielle Möglichkeit hat, aus den Geschäftsverbindungen des Franchisenehmers nach Vertragsende Vorteile zu ziehen.

Später eintretende Umstände dürfen regelmäßig nur dann berücksichtigt werden, wenn sie im Zeitpunkt der Vertragsbeendigung bereits vorhersehbar waren (OLG Celle, Urteil vom 19.04.2007, Az.: 11 U 279/06, BB 2007, 1862). In dem durch das Oberlandesgericht Celle entschiedenen Fall war bei Vertragsbeendigung noch nicht mit erforderlicher Sicherheit vorhersehbar, dass von den 109 bisherigen Kunden des Franchisenehmers kein einziger mit dem Franchisegeber und nur 43 mit anderen Franchisenehmern einen neuen Vertrag schließen würden (OLG Celle, Urteil vom 19.04.2007, Az.: 11 U 279/06, BB 2007, 1862). Da die Werbeverträge des Franchisenehmers vorsahen, dass der Franchisegeber bei Ausscheiden des Franchisenehmers in die mit den Kunden bestehende Verträge eintritt, kam es daher vorliegend bei der Prognoseentscheidung auf eine etwaige Übernahme durch andere Franchisenehmer nicht entscheidend an, da dem Franchisegeber eine Vertragsfortführung mit den ehemaligen Kunden des Franchisenehmers im eigenen Namen möglich war (OLG Celle, Urteil vom 19.04.2007, Az.: 11 U 279/06, BB 2007, 1862).

c) Verluste des Franchisenehmers

Der Franchisenehmer muss aufgrund der Beendigung des Franchisevertrags außerdem Einnahmen verlieren, die er bei Fortsetzung des Franchisevertrags mit dem genannten Neukundenstamm gehabt hätte (§ 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HGB analog).

d) Kein Ausschluss des Ausgleichsanspruchs

In bestimmten Fällen besteht kein Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (§ 89b Abs. 3 HGB analog). Der Gesetzgeber hat in § 89b Abs. 3 HGB gewisse Ausschlussstatbestände geregelt, in denen dem Handelsvertreter kein Ausgleichsanspruch zustehen soll. Bezogen auf den Bereich des Franchiserechts handelt sich hierbei um folgende Sachverhalte:

- Der **Franchisenehmer hat das Vertragsverhältnis gekündigt**, es sei denn, ein Verhalten des Franchisegebers hat hierzu begründeten Anlass gegeben oder dem Franchisenehmer kann eine Fortsetzung seiner Tätigkeit wegen seines Alters oder wegen Krankheit nicht zugemutet werden (§ 89b Abs. 3 Nr. 1 HGB analog). Danach soll der Franchisenehmer keinen Ausgleichsanspruch erhalten, wenn er das Vertragsende durch sein eigenes Verhalten selbst herbeiführt. Nach einem Urteil des Bundesgerichtshofs aus dem

Jahr 2007 (BGH, Urteil vom 28.02.2007, Az.: VIII ZR 30/06, DB 2007, 1020; ebenso zum Vertragshändler OLG Frankfurt, Urteil vom 17.07.2007, Az.: 11 U 53/06 (Kart), LNR 2007, 49794) aus dem Jahr 2007 wird der Ausgleichsanspruch nicht ausgeschlossen, wenn der Handelsvertreter oder Vertragshändler den Abschluss eines Folgevertrages ablehnt. Einer Kündigung im Sinn des § 89b Abs. 3 Nr. 1 HGB steht es nicht gleich, wenn der Handelsvertreter oder Vertragshändler bei einer Änderungskündigung das Angebot des Unternehmers zur Fortsetzung des Vertrages zu geänderten Bedingungen ablehnt. Auf die Gründe, die den Unternehmer zur Änderungskündigung veranlassen haben, kommt es hierfür ebenso wenig an wie auf die Frage, ob die angebotene Vertragsänderung für den Handelsvertreter oder Vertragshändler zumutbar war.

- Der **Franchisegeber hat das Vertragsverhältnis gekündigt** und für die **Kündigung lag ein wichtiger Grund** wegen **schuldhaften Verhaltens des Franchisenehmers** vor (§ 89b Abs. 3 Nr. 2 HGB analog). Grund für diese Ausnahme ist, dass der Franchisenehmer bei schuldhaftem Verhalten nicht in den Genuss des Ausgleichsanspruchs kommen soll. Nach einem weiteren Urteil des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 2007 (BGH, Urteil vom 18.07.2007, Az.: VIII ZR 267/05, NJW 2007, 3068) setzt ein Ausschluss des Ausgleichsanspruchs nach § 89b Abs. 3 Nr. 2 HGB ein eigenes Verschulden des Handelsvertreters voraus. Das Fehlverhalten einer Hilfsperson ist dem Handelsvertreter insoweit nicht nach § 278 BGB zuzurechnen. Dies gilt ausnahmsweise nicht, wenn nach dem übereinstimmenden Willen der Beteiligten ausschließlich ein Dritter, der nicht Vertragspartner ist, als Handelsvertreter für den Unternehmer tätig sein soll. In einem solchen Fall kann sich der Handelsvertreter nicht darauf berufen, der Dritte sei nur sein Erfüllungsgehilfe gewesen.
- Ein **Dritter tritt** aufgrund einer Vereinbarung zwischen dem Franchisenehmer und dem Franchisegeber anstelle des Franchisenehmers **in das Vertragsverhältnis ein**, sofern dies nicht vor Vertragsbeendigung vereinbart wurde (§ 89b Abs. 3 Nr. 3 HGB analog). Grund für diesen Ausschlussbestand ist, dass der Gesetzgeber in solchen Fällen, in denen ein Dritter im Einverständnis mit dem Franchisenehmer in das Vertragsverhältnis eintritt, vermutet, dass dem Franchisenehmer für den hierdurch eingeräumten Eintritt in den Franchisevertrag eine Kompensation gewährt wird, womit es keines Ausgleichsanspruchs gegenüber dem Franchisegeber bedarf.

e) Einhaltung der Frist zur Geltendmachung des Anspruchs

Der Franchisenehmer muss den Ausgleichsanspruch weiterhin innerhalb einer Ausschlussfrist von einem Jahr nach Vertragsende gegenüber dem Franchisegeber geltend machen (§ 89b Abs. 4 S. 2 HGB analog). Die Geltendmachung dieses Anspruchs bedeutet, dass der

Franchisegeber den Anspruch gegenüber dem Franchisenehmer eindeutig und unmissverständlich erhoben haben muss. Die Bezifferung eines bestimmten geforderten Betrags oder eine gerichtliche Geltendmachung innerhalb der Frist ist nicht erforderlich (Baumbach/Hopt, Handelsgesetzbuch 33. Aufl. 2008, § 89b HGB Rn. 77).

f) Unwirksamkeit eines vertraglichen Ausschlusses

Der dem Franchisenehmer zustehende **Ausgleichsanspruch kann** vertraglich im Voraus **nicht ausgeschlossen werden** (§ 89b Abs. 4 S. 1 HGB analog; LG Frankfurt, Urteil vom 10.12.1999, Az.: 3-8 O 28/99, n.v., Leitsatz unter EWiR 2004, 69). Hintergrund der gesetzlichen Regelung des § 89b Abs. 4 S. 1 HGB ist der Schutz des Handelsvertreters, der ansonsten durch einen überlegenen Vertragspartner häufig gezwungen sein könnte, schon bei Vertragsschluss auf einen späteren Ausgleichsanspruch zu verzichten.

4. Berechnung des Ausgleichsanspruchs

Die Berechnung des Ausgleichsanspruchs des Franchisenehmers erfolgt in zwei Stufen. Zunächst wird der **Rohhertrag** ermittelt. Von diesem Rohhertrag werden dann in einem weiteren Schritt aus **Billigkeitsgründen bestimmte Abzüge** vorgenommen.

Wie auch im Bereich des Handelsvertreter- und Vertragshändlerrechts ist die **Ermittlung der Höhe des Ausgleichsanspruchs** wegen zahlreicher hintereinander zu prüfender und aufeinander aufbauender Berechnungs- und Ermittlungskriterien in der Praxis mit großen Unwägbarkeiten verbunden.

a) Rohhertrag des Franchisenehmers

Zur Ermittlung der Höhe des Ausgleichsanspruchs des Franchisenehmers ist zunächst der Rohhertrag zu ermitteln.

aa) Rohhertrag mit geworbenen Stammkunden

Auszugehen ist von dem Rohhertrag des Franchisenehmers mit geworbenen Stammkunden. **Berechnungsgrundlage** sind zunächst einmal die **Umsätze im letzten Geschäftsjahr mit Stammkunden**, die der Franchisenehmer für den Franchisegeber geworben hat (LG Frankfurt/Main, Urteil vom 10.12.1999, Az.: 3-8 O 28/99, n.v., Leitsatz unter EWiR 2004,69).

Der Franchisegeber muss durch den Franchisenehmer Neukunden erhalten, die dem Franchisegeber nach Beendigung des Franchisevertrags mit dem Franchisenehmer verbleiben (§ 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HGB analog). Ein **Neukunde** liegt dann vor, wenn die Tätigkeit des Franchisenehmers für dessen Werbung zumindest mitursächlich war (Baumbach/Hopt, Handelsgesetzbuch 33. Aufl. 2008, § 89b Rn. 14). Der Werbung eines neuen Kunden steht es gleich, wenn der Franchisenehmer die Geschäftsverbindung mit einem bestehenden Kunden so wesentlich erweitert hat, dass dies wirtschaftlich der Werbung eines neuen Kunden entspricht (§ 89b Abs. 1 Satz 2 HGB analog).

Die durch den Franchisenehmer geworbenen Neukunden müssen weiterhin Stammkunden geworden sein. Ein **Stammkunde** liegt vor, wenn innerhalb eines überschaubaren Zeitraumes mit Wiederholungskäufen von ihm zu rechnen ist. Auch ein Erstkäufer kann Stammkunde sein, wenn etwa aufgrund statistischer Erkenntnisse mit Wiederholungskäufen zu rechnen ist (So zum Kfz-Vertragshändler BGH, Urteil vom 26.02.1997, Az.: VIII ZR 272/95, NJW 1997, 1503). Voraussetzung ist eine bestehende Kundenbeziehung von gewisser Dauer, womit bei bloßer Laufkundschaft kein Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers besteht.

Nur der **auf Stammkunden entfallende Anteil der Erlöse** ist zugrunde zu legen, weil der Franchisegeber künftige Vorteile im Sinne von § 89 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HGB analog nur aus solchen geworbenen Kunden zieht, die Stammkunden geworden sind (LG Frankfurt/Main, Urteil vom 10.12.1999, Az.: 3-8 O 28/99, n.v., Leitsatz unter EWiR 2004, 69: das Gericht ging im konkreten Fall von einem Stammkundenanteil von 30 % an den Erlösen aus; zu dem als Handelsvertreter tätigen Tankstellenhalter BGH, Urteil vom 12.09.2007, Az.: VIII ZR 194/06, VersR 2008,214; OLG Hamm, Urteil vom 25.08.2008, Az.: 18 U 63/06, LNR 2008,25802, das den Stammkundenumsatzanteil auf 67,6 % schätzte).

Stammkunden sind alle **Mehrfachkunden**, die innerhalb eines überschaubaren Zeitraumes, in dem üblicherweise mit Nachbestellungen zu rechnen ist, mehr als nur einmal ein Geschäft mit dem Franchisenehmer geschlossen haben oder voraussichtlich abschließen werden (zu dem als Handelsvertreter tätigen Tankstellenhalter BGH, Urteil vom 12.09.2007, Az.: VIII ZR 194/06, VersR 2008, 214; OLG Hamm, Urteil vom 25.08.2008, Az.: 18 U 63/06, LNR 2008, 25802; zur Schätzung des Stammkundenanteils vgl. auch BGH, Urteil vom 12.02.2003, Az.: VIII ZR 130/01, NJW-RR 2003, 821). Welche Kunden als Stammkunden anzusehen sind, ist jeweils anhand der konkreten Umstände des betreffenden Einzelfalls zu prüfen. Bei einem als Handelsvertreter tätigen **Tankstellenhalter** sind als Stammkunden im Allgemeinen diejenigen Kunden anzusehen, die mindestens viermal im Jahr - also durchschnittlich wenigstens einmal pro Quartal - bei ihm getankt haben. Zur **Darlegung** und zum **Beweis** des auf Ge-

schäfte mit Stammkunden entfallenden Anteils des Umsatzes und der Provisionseinnahmen darf sich der Tankstellenhalter auf geeignete repräsentative Umfragen stützen, soweit er keine zumutbare Möglichkeit hat, die Zahlungsvorgänge an der Tankstelle auszuwerten und den Stammkundenanteil auf dieser Grundlage zu schätzen. Das Mineralölunternehmen darf einer solchen Schätzung jedoch eine auf einer Auswertung der Zahlungsvorgänge beruhende Schätzung des Stammkundenanteils entgegenhalten (BGH, Urteil vom 12.09.2007, Az.: VIII ZR 194/06, BB 2007, 2475 zum Vertragshändlerrecht).

Da auch Stammkunden einer gewissen **Fluktuation** unterliegen und Jahr für Jahr Stammkunden ihre Geschäftsbeziehungen zur Verkaufsstelle lösen, ist eine **Abwanderungsquote** aus der Zeit vor der Vertragsbeendigung zu schätzen. Entscheidend hierbei ist nicht die Abwanderung von Kunden nach Kopfzahl, sondern die eintretende Umsatzminderung (LG Frankfurt/Main, Urteil vom 10.12.1999, Az.: 3-8 O 28/99, n.v., Leitsatz unter EWiR 2004, 69: das Gericht legte eine Abwanderungsquote von 25 % des Umsatzes zugrunde; das LG Hannover, Urteil vom 28.05.2002, Az.: 6 O 106/01, n.v., berücksichtigte die sogenannte Sogwirkung der Marke mit einer Abwanderungsquote von 20%).

bb) Abzug franchisespezifischer Bestandteile

Der Rohertrag des Franchisenehmers ist nur zu demjenigen Teil zu berücksichtigen, der sich auf die von einem Handelsvertreter üblicherweise erbrachte Leistung bezieht, also die werbende Tätigkeit.

Grund hierfür ist, dass es sich bei dem Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers um einen aus dem Handelsvertreterrecht hergeleiteten Anspruch handelt. Bei der Ermittlung der Höhe des Ausgleichsanspruchs des Handelsvertreters sind nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung nur solche **Provisionen** zugrunde zu legen, die der Handelsvertreter für seine werbende, also vermittelnde oder abschließende Tätigkeit erhält, nicht dagegen Provisionen für sogenannte verwaltende, vermittlungsfremde Tätigkeit (BGH, Urteil vom 12.09.2007, Az.: VIII ZR 194/06, VersR 2008, 214; OLG Hamm, Urteil vom 25.08.2008, Az.: 18 U 63/06, LNR 2008, 25802).

Da der Franchisenehmer einen Teil seiner Vergütung auch für Tätigkeiten erhält, die für einen Handelsvertreter atypisch sind, ist von dem Rohertrag des Franchisenehmers der Vergütungsanteil für nicht werbende Tätigkeit abzuziehen, also insbesondere der auf **Verwaltungstätigkeit, Lagerhaltung** und **Auslieferung** entfallende Anteil. Dieser Anteil bleibt bei der Berechnung des Ausgleichsanspruchs unberücksichtigt. Maßgebend für den Rohertrag

ist daher nicht die Handelsspanne des Franchisenehmers, sondern näherungsweise der Betrag, der einem Handelsvertreter in gleicher Lage zugestanden hätte (LG Hanau, Urteil vom 28.05.2002, Az.: 6 O 106/01, n.v.). Da Warenpräsentation und Lagerhaltung etwa bei einem Bäckereibetrieb für die Kundengewinnung unabdingbar sind, berücksichtigte das Landgericht Frankfurt/M. als Anteil für verwaltende Tätigkeit nur das Inkasso und nahm hierfür im konkreten Fall einen Abzug von 10 % vor (LG Frankfurt/Main, Urteil vom 10.12.1999, Az.: 3-8 O 28/99, n.v., Leitsatz unter EWiR 2004, 69; einen höheren Verwaltungsanteile hatte der Franchisegeber nicht vorgetragen).

b) Abzüge aus Billigkeitsgründen

Von dem ermittelten Rohertrag des Franchisenehmers sind in einem weiteren Schritt aus Billigkeitsgründen bestimmte im Folgenden näher erläuterte Abzüge vorzunehmen (§ 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 HGB analog). Grund hierfür ist, dass die Höhe des Ausgleichsanspruchs des Franchisenehmers unter Berücksichtigung der Umstände des konkreten Einzelfalls der Billigkeit entsprechen soll, womit eine gewisse Korrektur geboten ist.

aa) Sogwirkung der Marke

Unter dem Aspekt der Billigkeit kann im jeweiligen Einzelfall zunächst ein **Abschlag** deswegen vorzunehmen sein, weil der Erfolg des Franchisenehmers nicht nur auf dessen Tätigkeit, sondern auch auf der Verwendung der Marke des Franchisegebers beruht (sog. Sogwirkung der Marke) (vgl. zum Vertragshändler BGH, Urteil vom 02.07.1987, Az.: I ZR 188/85, WM 1987, 1462, 1465; zum Handelsvertreter BGH, Urteil vom 07.05.2003, Az.: VIII ZR 263/02, NJWRR 2003, 1340). Die **Größenordnung dieses Einflusses** auf den Geschäftserfolg des Franchisenehmers ist nach den konkret vorliegenden Umständen zu schätzen. Die Höhe des Billigkeitsabzugs steigt mit der Bekanntheit der Marke des Franchisegebers, da der Kaufentschluss zahlreicher Kunden durch eine bekannte Marke wegen besonderer Qualitätserwartung positiv beeinflusst wird (OLG Hanau, Urteil vom 25.08.2008, Az.: 18 U 63/06, LNR 2008, 25802 zu dem als Handelsvertreter tätigen Tankstellenbetreiber). Die Rechtsprechung nimmt hier im Einzelfall **ausgleichsmindernde Abzüge von 25 %** vor (so LG Frankfurt, Urteil vom 10.12.1999, Az.: 3-8 O 28/99, n.v., Leitsatz unter EWiR 2004,69; OLG Hamm, Urteil vom 25.08.2008, Az.: 18 U 63/06, LNR 2008,25802 nahm einen Abzug von 10% vor unter Hinweis darauf, dies sei in vielen „Tankstellenfällen“ als sachgerecht angesehen worden, und Anhaltspunkte würden fehlen, dies würde etwaigen Besonderheiten des vorliegenden Falls nicht gerecht).

bb) Unternehmenskonzeption des Franchisesystems

Über die Sogwirkung der Marke hinaus kann eine Kürzung des Ausgleichsanspruchs aus **Billigkeitsgründen** auch angezeigt sein, wenn die Verkaufsbemühungen des Franchisenehmers in nicht unerheblichem Maße durch die **Unternehmenskonzeption des Franchisesystems gefördert** werden, also etwa im Hinblick auf die Logistik, bereitgestellte betriebliche Abläufe und EDV-Systeme, Qualität der vertriebenen Produkte und Dienstleistungen sowie besondere Preiswürdigkeit. So kann etwa ein Abzug angebracht sein, wenn der Vertrieb durch eine von dem niedrigen Preis des Kraftstoffs ausgehende „Sogwirkung“ gefördert wird (BGH, Urteil vom 12.09.2007, Az.: VIII ZR 194/06, BB 2007, 2475 zu einem als Vertragshändler tätigen Tankstellenhalter).

cc) Sonstige Billigkeitserwägungen

Ein Abzug aus Billigkeitsgründen kann auch im Hinblick auf die jeweilige **Schutzbedürftigkeit des Franchisenehmers** erfolgen. So kann zu berücksichtigen sein, wenn der Franchisenehmer aufgrund seiner Teilhabe an einem erfolgreichen Franchisesystem über Jahre hinweg Einnahmen in beträchtlicher Höhe erzielt hat. Denn dem Franchisenehmer soll aus Billigkeitsgründen kein höherer Ausgleichsanspruch zustehen, als dies durch erhebliche Vorteile des Franchisegebers berechtigt wäre.

Wie ein Urteil des Oberlandesgerichts München (OLG München, Urteil vom 17.12.2008, Az.: 7 U 3114/08, juris-Rn. 34, zu einem als Handelsvertreter tätigen Tankstellenbetreiber) aus dem Jahr 2008 zeigt, kann neben Umständen, die ohne Eigenleistung des Franchisenehmers zur Werbung von Stammkunden beigetragen haben wie **Standort des Betriebs** oder **günstiger Einkaufspreise** im Rahmen der Billigkeit anspruchsmindernd grundsätzlich auch der Anlass der Kündigung des Vertragsverhältnisses berücksichtigt werden und die Tatsache, dass der Franchisenehmer ein neues Vertragsangebot des Franchisegebers abgelehnt hatte, obwohl er seine Tätigkeit auf Basis neuer Verträge hätte fortzusetzen können, wenn die Annahme des Vertragsangebots für ihn nicht schlechterdings unzumutbar war.

Nach einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH, Urteil vom 28.06.2006, Az.: VIII ZR 350/04, NJW-RR 2006, 1692) ist der Ausgleichsanspruch eines Vertragshändlers analog § 89b HGB auch nicht von vornherein ausgeschlossen, wenn der Händler nach Vertragsbeendigung seine **Kundenkartei einem Dritten überlässt**, nachdem er zuvor in Erfüllung einer entsprechenden Vertragspflicht dem Hersteller die Daten der von ihm neu geworbenen Kunden bekanntgegeben hat. Die Weitergabe der Kundenkartei kann sich jedoch auf die Höhe

des Anspruchs auswirken, soweit die Vorteile des Herstellers (§ 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HGB analog) oder die Nachteile des Vertragshändlers (§ 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HGB analog) infolge der Nutzung der Kundendaten durch den Dritten voraussichtlich geringer ausfallen werden. Damit wird auch der Franchisenehmer einen - verminderten - Ausgleichsanspruch geltend machen können, wenn er den Kundenstamm durch Verkauf an einen Dritten verwertet hat, der nun dem Franchisegeber Konkurrenz macht (Flohr, BB 2007, 1867).

c) Gesamtverluste des Franchisenehmers und Abzinsung

Ausgehend von dem Rohertrag des Franchisenehmers ist dann der fiktive Gesamtverlust des Franchisenehmers aufgrund der Beendigung des Franchisevertrags zu bestimmen. Hierzu wird der **Rohertrag** mit der **Anzahl der Jahre im Prognosezeitraum multipliziert**, woraus sich der Gesamtverlust des Franchisenehmers ergibt.

Maßgeblich ist der Gesamtverlust in dem Zeitraum, in dem der Franchisenehmer nach Vertragsbeendigung aus dem von ihm geschaffenen Kundenstamm noch hätte Vorteile ziehen können. Regelmäßig wird hier ein **Zeitraum von zwei bis drei Jahren als Prognosezeitraum** angenommen.

Bei der für den Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers erforderlichen Feststellung der infolge der Vertragsbeendigung entstehenden Entgeltverluste (§ 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HGB analog) sind die Fortsetzung des Franchisevertrags und eine gleichbleibende Tätigkeit des Franchisenehmers zu fingieren. Nach einem Urteil des Bundesgerichtshofs aus dem Jahre 2008 (BGH, Urteil vom 01.10.2008, Az.: VIII ZR 13/05, BB 2008, 2594 zum Vertragshändlerrecht) kann eine Änderung des Vertriebssystems durch den Unternehmer ausnahmsweise zu einer Verringerung der zu erwartenden Einkünfte des Vertragshändlers führen. Dies setzt allerdings voraus, dass der Unternehmer zu der Vertragsänderung auch gegenüber dem ausgeschiedenen Vertragshändler berechtigt gewesen wäre.

aa) Nach Prognosezeitraum abgestufte Abwanderungsquote

Bei der Ermittlung des Gesamtverlusts ist noch ein Abzug aufgrund der **Abwanderungsquote** vorzunehmen, der nach einem angemessenen Prognosezeitraum abzustufen ist. Grund hierfür ist, dass der Kundenstamm des Franchisenehmers einer gewissen **Fluktuation** unterliegt und jedes Jahr Kunden ihre Geschäftsbeziehungen zum Franchisegeber lösen. Damit ist ausgehend von dem Zeitpunkt bei Vertragsbeendigung eine Abwanderungsquote zu schätzen. Maßgebend ist hierbei nicht die Abwanderung von Kunden nach Kopfhahl, son-

dem die hieraus resultierende Umsatzminderung. Eine höhere Abwanderungsquote ist insbesondere dann zugrunde zu legen, wenn der Franchisenehmer nach Beendigung des Franchisevertrags ein Konkurrenzunternehmen betreibt und den bisherigen Kundenkreis mit derselben Produktpalette bewirbt (vgl. zum Handelsvertreter BGH, Urteil vom 15.09.1999, VIII ZR 137/98, NJW-RR 2000,109).

bb) Abzinsung

Von dem ermittelten Gesamtverlust kann noch eine Abzinsung vorzunehmen sein. Grund hierfür ist, dass der Franchisenehmer durch den Ausgleichsanspruch vorzeitig einen Betrag ausgezahlt erhält, den er ohne Vertragsbeendigung aufgrund von Roherlösen nur über einen längeren Zeitraum verteilt erhalten hätte. Während das Landgericht Frankfurt seinerzeit auf eine Abzinsung verzichtete, da der Ausgleich erst nach Ablauf des zugrunde gelegten Prognosezeitraums von einem Jahr erfolgte (Urteil vom 10.12.1999, Az.: 3-8 O 28/99, n.v., Leitsatz unter EWiR 2004, 69), nahm das Landgericht Hanau (LG Hanau, Urteil vom 28.05.2002, Az.: 6 O 106/01, n.v.) eine Abzinsung von 8% vor.

d) Begrenzung auf den Höchstbetrag

Der insoweit ermittelten Höhe des Ausgleichsbetrags ist der gesetzlich vorgesehene Höchstbetrag als **Kappungsgrenze** gegenüberzustellen. Höher als die Kappungsgrenze kann der Ausgleichsanspruch in keinem Fall sein. Das Landgericht Hanau (LG Hanau, Urteil vom 28.05.2002, Az.: 6 O 106/01, n.v.) sprach dem Franchisenehmer diese Höchstprovision zu. Der Ausgleich beträgt danach höchstens eine nach dem Durchschnitt der letzten fünf Jahre der Tätigkeit des Franchisenehmers berechnete Jahresvergütung (§ 89b Abs. 2 HGB Satz 1 analog). Bei kürzerer Dauer des Vertragsverhältnisses ist der Durchschnitt während der Dauer der Tätigkeit des Franchisenehmers maßgebend (§ 89b Abs. 2 HGB analog). Auch bei der Ermittlung dieses Höchstbetrags der durchschnittlichen Jahreseinnahmen sind Einnahmen aus Verwaltungstätigkeit, die also nicht unmittelbar mit der Vermittlungstätigkeit zusammenhängen, in Abzug zu bringen.

5. Schlussbemerkung

Ob und inwieweit dem Franchisenehmer ein Ausgleichsanspruch nach den Grundsätzen des Handelsvertreterrechts zusteht, ist in jedem Einzelfall anhand der oben dargestellten zahlreichen Kriterien zu prüfen. Die Bestimmung der Anspruchshöhe ist aufgrund der umfassenden Rechtsprechung zum Handelsvertreter- und Vertragshändlerausgleich sowie der gemäß §

89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 HGB analog anzustellenden Billigkeitserwägungen sehr aufwendig und unterliegt zahlreichen Unwägbarkeiten.

Ein Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers besteht - vorbehaltlich der Erfüllung der weiteren Voraussetzungen - jedenfalls dann, wenn der Franchisevertrag eine ausdrückliche Pflicht des Franchisenehmers vorsieht, den Kundenstamm bei Vertragsende auf den Franchisegeber zu übertragen. Die vertragliche Pflicht des Franchisenehmers zur Überlassung des Kundenstamms kann auch schon während des laufenden Vertragsverhältnisses bestehen.

Sieht der Franchisevertrag - wie in der Praxis häufig - weder eine ausdrückliche, noch eine vertragsimmanente Pflicht des Franchisenehmers zur Übertragung seines Kundenstamms auf den Franchisegeber vor, ist die zum Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers ergangene Rechtsprechung uneinheitlich, ob dem Franchisenehmer auch dann ein Ausgleichsanspruch zustehen kann, wenn der Franchisegeber bei Vertragsende zwar nicht in den Besitz der Kundendaten gelangt, aber eine faktische Kontinuität des Kundenstamms besteht, der Franchisegeber also mit dem durch den Franchisenehmer geworbenen Kundenstamm entweder selbst oder über einen nachfolgenden Franchisenehmer weiterhin Geschäfte machen kann. Auch in Fällen bloßer faktischer Kontinuität des Kundenstamms kann der Franchisegeber erhebliche Vorteile aus durch den Franchisenehmer geworbenen Neukunden gemäß § 89b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HGB analog haben. Würde sich diese Ansicht durchsetzen, könnten deutlich mehr Franchisenehmer bei Vertragsbeendigung einen Ausgleichsanspruch fordern. Dies würde erhebliche finanzielle Mehrbelastungen für zahlreiche Franchisegeber mit sich bringen, deren Franchiseverträge keine ausdrückliche oder vertragsimmanente Pflicht zur Übertragung des Kundenstamms auf den Franchisegeber enthalten. Insoweit wird die weitere Entwicklung der Rechtsprechung abzuwarten sein.