

# Handbuch des Vertriebsrechts

von

Prof. Dr. Rolf Wank, Prof. Dr. Eckhard Flohr, Dr. Franz-Jörg Semler, Prof. Dr. Jürgen Oechsler, Prof. Dr. Peter Chroczel, Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. Michael Martinek, Dr. Bernhard von Becker, Dr. Jens Wagner, Jens Bredow, Dr. Thomas Summerer, Prof. Dr. Stefan Habermeier, Dr. Thomas Manderla, Dr. Harald Kahlenberg, Dr. Alexander Rinne, Lilyane Anstett-Gardea, David Braun, Carl Friedrich Brüggemann, Antonio Civera, Prof. Dr. Friedrich Karl Feyerabend, Dr. Thorsten Haebler, Bernard Hanotiau, Dr. Alexander Hasch, Frits G. van Hees, Philip Hogg, Dr. Bernhard Huber, Richard Jacobsson, Dr. Georg Jaster, Paul Lefebvre, Patrik Lindfors, Dr. Dietmar Rahlmeyer, Dr. Alexander Reuter, Franz Rossen, Tsuneo Sato, Claus-W. Schwab, René von Samson-Himmelstjerna, Raimon Segura, Gaute Sletten, Richard J. Taylor, Claus Ullrich, Dr. Hans Wille, Dr. Florian Amereller, Dr. Panajotta Lakkis, Manuel Biehler, Ekatarina Budak, Dr. Robert Budde, Dr. Kai Christian Fischer, Dr. Ulrike Glück, Dr. Jürgen Götter, Dr. Christiane Gucht, Gunther Hess, Dr. Gerhard Hochedlinger, Gregor Kleinknecht, Dr. Stefan Krüger, Fabienne Kutscher-Puis, Sebastian Omlor, Dr. Magdalena Pajor-Bytomski, Dr. Jörg Podehl, Dr. Amelie Pohl, Tobias Somary, Mikio Tanaka, Falk Tischendorf, Mark van der Moolen, Dr. Malte Passarge  
3., neubearbeitete und erweiterte Auflage

[Handbuch des Vertriebsrechts – Wank / Flohr / Semler / et al.](#)

ist ein Produkt von [beck-shop.de](#)

Thematische Gliederung:

[Vertragshändler, Vertriebsrecht](#)



Verlag C. H. Beck München 2010

Verlag C. H. Beck in Internet:

[www.beck.de](#)

ISBN 978 3 406 57182 4

	Rdnr.
IV. Allgemeine Kriterien der Vertragstypenwahl .....	37
1. Anwendbares Recht .....	37
2. Bezugsbindung vs. Bezugsfreiheit .....	38
3. Diversifikationsprodukte vs. Allein- Alleinbezugsverpflichtung .....	42
4. Preispolitik (Preisbindung vs. Preisfreiheit) .....	45
5. Know-how-Transfer vs. Marken-Lizenzierung .....	50
6. Vertragslaufzeit vs. Investitionen des Absatzmittlers .....	52
7. Investitionen des Absatzmittlers (vorgegebene Investitionen vs. Eigen-Investitionen) .....	54
8. Kundenstamm (Ausgleichszahlung vs. Weiternutzung durch den Absatzmittler) ..	59
9. Wettbewerbsverbot (Karencenschädigung vs. Konkurrenz durch den Absatzmittler) .....	61
V. Vertragsmanagement .....	65
1. Vertragsplanung .....	65
2. Vertragsdesign .....	66
3. Vertragsverhandlungen/Informationssymmetrie .....	68

## I. Einleitung

Die Typen- und Systembildung der Absatzmittlungs- und/oder Vertriebsverträge als Gegenstand des Vertriebsrechts wird schon seit langen Jahren diskutiert.<sup>1</sup> Bei dieser Typen- oder Systembildung geht es aber darum, einzelne Vertragstypen festzulegen, wie

- Bierlieferungsverträge
- Fachhändlerverträge
- Vertragshändlerverträge
- Kommissionsagenturverträge
- Handelsvertreterverträge
- Franchise-Verträge
- Know-how-Überlassungsverträge
- Kooperationsverträge
- Belieferungsverträge

um nur einige der Erscheinungsformen von Vertriebsverträgen zu nennen.<sup>2</sup>

Die Zuordnung eines Vertriebskonzeptes zu einem der anerkannten Typen eines Absatzmittlungs- und/oder Vertriebsvertrages setzt aber voraus, dass man bereits erkannt bzw. festgelegt hat, auf welcher vertraglichen Grundlage das Vertriebskonzept umgesetzt werden soll; d. h. Vertragsprodukte durch Absatzmittler gegenüber Endkunden abgesetzt oder entsprechend standardisierte Dienstleistungen erbracht werden sollen.

Nicht beantwortet ist damit aber die Frage, wie man für ein Vertriebskonzept den „richtigen“ Vertragstyp findet; nach welchen Kriterien sich also eine solche Vertragstypenwahl zu vollziehen hat. Dabei sind wieder unterschiedliche Anhaltspunkte zu berücksichtigen, worauf *Wildhaber*<sup>3</sup> hingewiesen hat: Juristen werden dies nach rechtlichen Gesichtspunkten machen; Marketingfachleute etwa unter dem Kriterium der Marktbetreuung, Finanzleute unter Berücksichtigung des Controlling und Finanzengagements. Dies zeigt, dass die Kriterien der Vertragstypenwahl unter unterschiedlichen Blickwinkeln gesehen werden können. Eines ist aber entscheidend: die Kriterien müssen erörtert und gegeneinander abgewogen werden, bevor abschließend festgelegt wird, auf welcher vertraglichen Grundlage es zu einem „roll-out“ des Vertriebs- und/oder Absatzmittlungs-konzeptes kommt.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Vgl. etwa *Ahlert*, Distributionspolitik, München 1985; *Martinek*, Franchising, Heidelberg 1987, S. 196 ff.; siehe auch oben § 3, Rn. 1 f.

<sup>2</sup> Siehe dazu ebenfalls oben § 3, Rn. 5–27; insgesamt zur Abgrenzung der Vertriebsverträge auch: *Flohr/Petsche*, Franchiserecht, 2. Auflage, Münster 2008, Rn. 70–87 mit zahlreichen weiterführenden Nachweisen; umfassend auch zu einzelnen Vertriebsverträgen: *Martinek/Senler/Habermeier/Flohr*, Formularsammlung des Vertriebsrechts, München 2010.

<sup>3</sup> Schweizer Vertriebsrecht, Zürich/St. Gallen 2008, Rn. 38.

<sup>4</sup> So ebenfalls *Kull/Wildhaber*, a. a. O., Rn. 39.

## II. Rechtliche Kriterien der Vertragstypenwahl

### 1. Individualvertrag

- 4 Ob ein Absatzmittlungs- und/oder Vertriebsvertrag als Individual- oder Formularvertrag gestaltet wird hängt davon ab, ob dieser in einer Vielzahl von Fällen Verwendung finden soll (dann Formularvertrag) oder aber nur für die Durchführung eines einmaligen Vertriebskonzeptes (dann Individualvertrag); ob also der Vertrag mit einer Vielzahl von Absatzmittlern (dann Formularvertrag) oder nur mit einem einzigen Absatzmittler (dann Individualvertrag) abgeschlossen werden soll.
- 5 Ist der Absatzmittlungs- und/oder Vertriebsvertrag als Individualvertrag ausgestaltet, so unterliegt dieser nicht einer Inhaltskontrolle nach dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§§ 305 ff. BGB), da insoweit gem. § 305 b BGB die individuelle Vertragsabrede Vorrang hat. Dann besteht nicht die Notwendigkeit, die allgemein formulierten Regelungen des Vertrages und die damit in der Regel verbundene Ersetzung des dispositiven Rechts zu ergänzen, auszufüllen oder zu überprüfen,<sup>5</sup> eine Prüfung, die bei Formularverträgen des Vertriebsrechts immer erfolgt, wie beispielhaft die Entscheidung des BGH vom 13. 7. 2004<sup>6</sup> zeigt.
- 8 Bei einem Individualvertrag erfolgt vielmehr eine Inhaltskontrolle anhand der allgemeinen Kriterien zur Inhaltskontrolle, nämlich gem. §§ 134, 138, 242 BGB.<sup>7</sup> Insoweit gilt bei einem Absatzmittlungs- und/oder Vertriebsvertrag als Individualvertrag, dass dieser weder gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) noch gegen die guten Sitten, etwa wegen Unausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung (§ 138 BGB) oder gegen die Grundsätze von Treu und Glauben durch Übervorteilung eines Vertragspartners (§ 242 BGB) verstoßen darf. Gerade der Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot erlangt bei internationalen Vertriebsverträgen immer dann Bedeutung, wenn z.B. Produkte etwa international etwaiger Krisengebiete abgesetzt werden sollen. Hier sind dann bei der Vertragsgestaltung sowohl die Regelungen als auch Voraussetzungen von §§ 1, 7 AWG zu beachten.<sup>8</sup>

### 2. Formularvertrag

- 9 Absatzmittlungs- und/oder Vertriebsverträge werden in der Regel vom Unternehmen formularmäßig ausgestaltet. Hierzu zwingt nicht nur die Notwendigkeit, das Absatzmittlungs-System gegenüber allen Absatzmittlern einheitlich zu gestalten, sondern auch der Grundsatz der Gleichbehandlung aller Absatzmittler gem. § 242 BGB.<sup>9</sup> Solche Absatzmittlungs- oder Vertriebsverträge sind demgemäß Formularverträge i.S.v. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB. Diese unterliegen der Inhaltskontrolle wie Allgemeine Geschäftsbedingungen. Gemäß § 307 Abs. 1 Nr. 1 BGB sind daher Bestimmungen eines Absatzmittlungs- und/oder Vertriebsvertrages unwirksam, wenn sie den Absatzmittler entgegen der Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen.<sup>10</sup> Die Unwirksamkeit von Klauseln eines Absatzmittlungs- und/oder Vertriebsvertrages kann sich aber auch aus § 307 Abs. 1 S. 2 BGB

<sup>5</sup> Siehe insoweit zur Funktion der Individualabrede: *Palandt/Heinrichs*, a. a. O., § 305 b, Rn. 2.

<sup>6</sup> WRP 2004, 1378 – Citroën-Vertragshändler mit Anm. *Flohr* ZAP Fach 15, 459 ff.

<sup>7</sup> Siehe zu dieser „allgemeinen Inhaltskontrolle“ am Beispiel von Franchise-Verträgen: *Ekkenga*, Die Inhaltskontrolle von Franchise-Verträgen, Heidelberg 1990; *Zwecker*, Inhaltskontrolle von Franchise-Verträgen, Frankfurt 2001.

<sup>8</sup> Siehe umfassend dazu: *Herdegen*, Internationales Wirtschaftsrecht, 6. Auflage, München 2007, § 2, Rn. 47–51 m. w. N.; *Werner* REW 1998, 179 ff.

<sup>9</sup> Vgl. etwa *Ekkenga*, Die Inhaltskontrolle von Franchise-Verträgen, a. a. O., S. 110 ff..

<sup>10</sup> Siehe zur Rechtsprechung zum Verbot unangemessener Benachteiligung: BGH NJW 1990, 2686; BGH NJW 1998, 2280; BAG BB 2006, 1003; BGH NJW 2000, 1110; BGH NJW 2005, 1774; BGHZ 110, 244.

ergeben, wenn die Regelungen des Vertrages nicht „klar und verständlich“ formuliert sind; also das sog. Transparenzgebot<sup>11</sup> missachtet wurde.

### 3. Inhaltskontrolle nach dem Recht Allgemeiner Geschäftsbedingungen (§§ 305 ff. BGB)

**a) Ordnungs- und Leitbildfunktion von EU-Gruppenfreistellungsverordnungen** 10  
**für die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle.** Eine solche Inhaltskontrolle von Absatzmittlungs- und/oder Vertriebsverträgen hat aber nicht nur auf der Grundlage der §§ 305 ff. BGB zu erfolgen. Vielmehr ist entsprechend der Entscheidung des BGH vom 13. 7. 2004<sup>12</sup> davon auszugehen, dass die insoweit für den jeweiligen Vertragstyp zu beachtende Gruppenfreistellungsverordnung, wie etwa die für Vertikale Vertriebsbindungen oder die für den Kfz-Vertrieb einen Interessenausgleich zwischen dem Unternehmen und dem Absatzmittler herbeiführen indem diese dem Absatzmittler größere Freiheiten und geschäftliche Selbstständigkeit verschaffen sollen. Da demgemäß diese Gruppenfreistellungsverordnungen auch den Schutz des Absatzmittlers bezwecken, kommt deren Bestimmungen Ordnungs- und Leitbildfunktion i. S. v. § 307 BGB zu.

Damit ist diese Ordnungs- und Leitbildfunktion sowohl der Vertikal-GVO als auch der Kfz-GVO bei der Gestaltung eines Absatzmittlungs- und/oder Vertriebsvertrages als Formularvertrag zu berücksichtigen. Dies gilt insbesondere dann, wenn es um folgende für die Vertragsgestaltung wesentlichen Aspekten geht:

- Investitionen des Absatzmittlers und deren Amortisierung innerhalb der Vertragsdauer
- Vorgabe von Mindestumsätzen gegenüber dem Absatzmittler
- Umsetzung von Änderungen der Vertriebspolitik des Unternehmers
- Einseitige Bestimmungsrechte hinsichtlich der Mindestabsatzmenge des Absatzmittlers
- Vorgaben zu Musterausstellungen des Absatzmittlers
- Vereinbarung eines außerordentlichen Kündigungsrecht bei Nichterreichen von Absatzzielen ohne dass der Absatzmittler seiner sog. Bemühungspflicht nachgekommen ist
- Verlagerung von Gewährleistungsarbeiten auf den Absatzmittler nach den vom Unternehmer festgesetzten Vergütungen.

Derartige Klauseln, die sich immer wieder in Absatzmittlungsverträgen, insbesondere in Vertragshändler- und Franchiseverträgen finden, bedürfen einer gesonderten Erörterung im Rahmen der Konzipierung des jeweiligen Vertragshändler- bzw. Franchise-Vertrages. Insofern muss sich jedes Unternehmen fragen, ob derartige Klauseln im Rahmen des zu vereinbarenden Absatzmittlungsvertrages zwingend notwendig sind, um das jeweilige Vertriebskonzept durch den Absatzmittler umsetzen zu lassen. Wird dies bejaht, so müssen die Klauseln sowohl unter dem Blickpunkt der jeweiligen Gruppenfreistellungsverordnung als auch unter dem Blickwinkel der Inhaltskontrolle gem. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB gesehen werden. Insoweit ist die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle bei der Vertragstypenwahl eines Absatzmittlungs- und/oder Vertriebsvertrages zu berücksichtigen.

**b) Vertragsfreiheit und AGB-rechtliche Inhaltskontrolle.** Vertragsrecht ist, worauf *Remin*<sup>13</sup> zuletzt noch zutreffend hingewiesen, nicht purer Selbstzweck und nicht in allen Einzelheiten einfach, ebenso wenig wie das übrige Privatrecht. Das Privatrecht hat die Aufgabe, den Rahmen und die Grenzen zur Selbstgestaltung der vertraglichen Beziehungen vorzugeben, wobei zugleich dieser Raum zur Vertragsgestaltung durch die Schutznormen des Privatrechts erhalten wird.<sup>14</sup> Die Privatrechtsgesetze des BGB, die die Grenzen der Vertragsfreiheit umschreiben, sind daher „normativ verfestigte politische Gestaltungsakte des Gesetzgebers“.<sup>15</sup> Versteht man die Vertragsfreiheit als Freiheit der Unternehmen, die Ver-

<sup>11</sup> Siehe zu den Anforderungen an das Transparenzgebot nach der Rechtsprechung: BGHZ 106, 49; BGH NJW 2000, 651; BGH NJW 2001, 2014, 2016.

<sup>12</sup> WRP 2004, 1378 – Citroën-Vertragshändler; dazu: Flohr ZAP Fach 15, 459 ff.; so auch schon zur Franchise-GVO OLG Rostock DRsp. Nr. 1998/3987.

<sup>13</sup> Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages, Tübingen 2003, S. 24 f.

<sup>14</sup> Siehe dazu insgesamt: Zöller, JuS 1988, 329 ff.

<sup>15</sup> So Rütters, Allgemeiner Teil des BGB, a. a. O., S. V; siehe auch Rütters/Stadler, Allgemeiner Teil des BGB, a. a. O., § 2, Rn. 3.

träge eigenverantwortlich zu gestalten, so zeigt dies zugleich, dass nur in engen Grenzen diese Vertragsfreiheit eingeschränkt werden darf; Regelungen, die die Einschränkung der Vertragsfreiheit bedingen, sind die der Inhaltskontrolle nach dem Recht Allgemeiner Geschäftsbedingungen i. S. v. der §§ 305 ff. BGB.

- 14 Bei der Gestaltung eines Absatzmittlungs- und/oder Vertriebsvertrages und bei der Entscheidung für den zutreffenden Vertragstyp für das Absatzmittlungsmodell sind daher die Klauseln gesondert zu beachten, die möglicherweise deswegen zu einer unangemessenen Benachteiligung des Absatzmittlers i. S. v. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB führen, weil diese dessen Selbständigkeit und wirtschaftliche Betätigungsfreiheit einschränken. Insofern ist diese Prüfung immer für folgende Klauseln in Absatzmittlungs- und/oder Vertriebsverträgen vorzunehmen:
- Richtlinien zur Wahrung der Corporate Identity sowie der Standards des Absatzmittlungssystems
  - Bezugsbindungen
  - Mindestumsatz
  - Absatzvorgaben
  - Berichtspflichten
  - Einsichts- und Kontrollrechte
  - Haftungsfreizeichnungs- oder Haftungsbegrenzungsklauseln
  - Änderungsvorbehalte
  - Laufzeitregelungen
  - Kündigungsregelungen
  - Wettbewerbs- und Nebentätigkeitsverbote
  - Verpflichtungen des Unternehmens bei Beendigung des Absatzmittlungsvertrages
- 15 Diese Klauseln sind zugleich Kriterien einer Vertragstypenwahl, d. h. es ist jeweils zwingend zu prüfen, ob für das jeweilige Absatzmittlungssystem Bezugsbindungen oder Mindestumsätze vereinbart werden müssen oder diese dem Absatzmittler freigestellt werden können; inwieweit dieser stringente Berichtspflichten unterliegt und in welcher Weise sich das Unternehmen vorbehalten darf, das Absatzkonzept auch einseitig abzuändern. Soweit es um Verpflichtungen des Unternehmens bei Beendigung des Absatzmittlungsvertrages geht, ist immer zu fragen, ob bei vorgegebenen Investitionen ggf. ein Investitionserstattungsanspruch des Absatzmittlers berücksichtigt werden muss, um zu einer angemessenen und nicht unbilligen Vertragsgestaltung i. S. v. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB zu kommen. Nicht umsonst ist der Investitionserstattungsanspruch im Österreichischen Vertragsrecht in § 454 UGB<sup>16</sup> zwingend gesetzlich geregelt.

#### 4. Ausgewogenheit des Vertriebsvertrages (§ 138 BGB)

- 16 Unabhängig von einer Inhaltskontrolle eines als Formularvertrag ausgestalteten Absatzmittlungs- und/oder Vertriebsvertrages gem. §§ 305 ff. BGB ist jeglicher Vertrag – und damit sowohl ein Individual- als auch ein Formularvertrag – an der Zentralnorm für die Ausgewogenheit eines Vertrages, nämlich an § 138 BGB zu messen. Insofern ist als rechtliches Kriterium für die Vertragstypenwahl insbesondere bei Franchiseverträgen aber auch bei Vertragshändlerverträgen im Besonderen aber auch bei Absatzmittlungs- und/oder Vertriebsverträgen im Allgemeinen zu beachten, dass Leistungen und Gegenleistungen von Unternehmer (Unternehmen oder Franchise-Geber) und Absatzmittler (Vertragshändler oder Franchise-Nehmer) ausgewogen sind, d. h. in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen.<sup>17</sup>
- 17 Maßgebendes Kriterium ist die Ausgewogenheit insbesondere dann, wenn es um die Beurteilungen der Leistungen geht, die ein Absatzmittler gegenüber dem Unternehmen für das ihm zur Verfügung gestellte Know-how oder das ihm überlassene Absatzmittlungs-

<sup>16</sup> Siehe dazu umfassend auch im Vergleich zur Bundesrepublik Deutschland: *Flohr/Petsche*, Franchiserecht, a. a. O., Rn. 354 ff. mit umfassenden Nachweisen.

<sup>17</sup> Vgl. dazu allgemein, aber auch umfassend: *Palandt/Heinrichs*, a. a. O., § 138 BGB, Rn. 24, 27 ff. mit umfassenden Rechtsprechungsnachweisen.

modell oder die ihm überlassenen Franchiserechte zu leisten hat. Insofern geht es um die Angemessenheit der Eintrittsgebühren oder sonstiger laufender Gebühren, die vom Absatzmittler an das Unternehmen zu leisten sind. Hier muss Klarheit darüber bestehen, welche Leistungen des Unternehmens durch die Eintrittsgebühr oder aber durch laufende Gebühren abgedeckt werden sollen.

So stellt sich die Eintrittsgebühr bei einem Franchisevertrag in der Regel als das Entgelt für die Leistungen des Franchise-Gebers im Zusammenhang mit der Entrichtung des Franchisesystems dar; wird aber auch als Teilhabebetrag für den Franchise-Nehmer verstanden – schon allein wegen der diesem durch die Teilnahme am Franchisesystem eingeräumten Wettbewerbsvorteile.<sup>18</sup> Insofern ist also bei der Konzipierung eines Absatzmittlungs- und/oder Vertriebsvertrages immer die Frage zu stellen, soll überhaupt dem Absatzmittler ein Know-how zur Verfügung gestellt werden, dass sich als ein besonderes Know-how des Absatzmittlungssystems erweist und für das gesondert Gebühren vom Absatzmittler zu leisten sind. Ist ein solches Know-how nicht feststellbar, so ist bei der Vertragstypenwahl zu berücksichtigen, dass dann in der Regel weder ein Vertragshändlervertrag noch ein Franchise-Vertrag in Betracht kommt sondern eher ein Kooperationsvertrag zwischen Unternehmen und Absatzmittler oder ein Belieferungsvertrag, dessen Inhalt sich nur auf die Belieferung des Absatzmittlers mit den Produkten des jeweiligen Absatzmittlungssystems beschränkt.

Wird aber ein solches Know-how festgestellt und wird dieses auch dem Absatzmittler für seinen Point of sale zur Verfügung gestellt, so stellt sich immer die Frage, ob die Leistungen des Unternehmers angemessen im Verhältnis zu den Leistungen des Absatzmittlers sind, ob also entweder das dem Absatzmittler überlassene Know-how oder aber das Geschäftsmodell oder die von diesem zu nutzenden Markenrechte oder aber die eingeräumten Franchiserechte die Erhebung einer Eintritts- oder laufenden Franchisegebühr rechtfertigen und wenn ja, in welcher Höhe.

Von daher können auch die im Rahmen eines Absatzmittlungs- und/oder Vertriebsvertrages festzulegenden Gebühren nicht als gegriffene Beträge angesehen werden. Vielmehr verlangt insofern das Kriterium der Ausgewogenheit eines Absatzmittlungs- und/oder Vertriebsvertrages als eines rechtlichen Kriteriums für die Vertragstypenwahl, dass u. a. folgende Grundsätze beachtet werden:

- das Know-how einschließlich Corporate Identity und Corporate Design muss hinreichend gesichert sein;
- das Absatzmittlungsmodell muss über einen längeren Zeitraum in einem bestimmten Gebiet praktisch erfolgreich erprobt worden sein;
- das Absatzmittlungssystem muss sich als durchführbar und multiplizierbar am jeweiligen Point of Sale des Absatzmittlers erwiesen haben;
- die vom Unternehmen zu gewährenden Eingliederungsleistungen müssen es dem Absatzmittler ermöglichen, sein Unternehmen gewinnorientiert zu führen und
- es muss gewährleistet sein, dass sich die Investitionen des Absatzmittlers innerhalb der Vertragsdauer amortisieren.

Allgemein verbindliche Grundsätze können aber für das rechtliche Kriterium der Ausgewogenheit nicht gegeben werden. Vielmehr ist insofern – wie bei jeder Prüfung zu § 138 BGB – zum einen auf die Umstände des jeweiligen Einzelfalls<sup>19</sup> und zum anderen auf den Zeitpunkt der Vertragsverhandlung<sup>20</sup> abzustellen.

<sup>18</sup> Siehe zu Eintrittsgebühren bei Franchise-Verträgen insbesondere *Flohr*, Franchise-Vertrag, a. a. O., S. 171 f.

<sup>19</sup> Siehe auch dazu *Palandt/Heinrichs*, a. a. O., § 138, Rn. 7 und der Darstellung der Rechtsprechung; umfassend zu Gebühren bei Franchisesystemen: *Flohr*, Franchiserecht – Beiträge des 2. Franchiserechtsforums, München 1991, S. 27 ff.; *Orthmann*, Jahrbuch Franchising 1990, 159; *Sondermann*, Jahrbuch Franchising 1996/97, 10 ff.; *Flohr*, Franchise-Vertrag, a. a. O., S. 170 ff. m. w. N.

<sup>20</sup> So unlängst noch OLG Karlsruhe, Urteil vom 28. 2. 2007 – 6 U 220/05 Kart. n. v.; siehe aus der Rechtsprechung des BGH: BGHZ 7, 111; BGHZ 100, 359; BGHZ 107, 96; BGH NJW 1989, 1277; BGH ZIP 2006, 997, 999.

## 5. EU-Gruppenfreistellungsverordnungen

- 22 Unabhängig davon, dass den EU-Gruppenfreistellungsverordnungen nach der Rechtsprechung des BGH<sup>21</sup> Ordnungs- und Leitbildfunktionen i. S. d. §§ 305 ff. BGB zukommt, sind diese auch unmittelbar bei der Vertragstypenwahl zu berücksichtigen. Dies galt insbesondere für die Regelungen der EU-Gruppenfreistellungsverordnung für Franchise-Vereinbarungen (sog. Franchise-GVO).<sup>22</sup> Obwohl durch diese Gruppenfreistellungsverordnung Franchise-Verträge lediglich vom Kartellverbot gem. Art. 101 AEUV (früher Art. 81 EGV) freigestellt werden sollten, entwickelten sich die Franchise-GVO zu einem Art „Franchise-Ersatzrecht“, das sich unabhängig von kartellrechtlichen Fragen als Leitlinie für die Gestaltung von Franchise-Verträgen innerhalb der EU herausbildete;<sup>23</sup> eine Funktion, die der Vertikal-GVO genau so zukommt wie der Kfz-GVO. Diese Gruppenfreistellungsverordnungen haben daher insoweit auch einen „mittelbaren“ Anwendungsbereich als allgemeine Richtlinie der Vertragsgestaltung von Absatzmittlungs- und/oder Vertriebsverträgen.
- 23 a) **EU-Gruppenfreistellungsverordnung für Vertikale Vertriebsbindungen (Vertikal-GVO).** Wenn davon auszugehen ist, dass ein Absatzmittlungs- und/oder Vertriebsvertrag dem Anwendungsbereich von Art. 101 AEUV (früher Art. 81 EGV) unterfällt, so ist bei der Vertragstypenwahl zu berücksichtigen, dass bei einem vertikal strukturierten Absatzmittlungssystem die Regelungen der EU-Gruppenfreistellungsverordnung für Vertikale Vertriebsbindungen (sog. Vertikal-GVO) vom 22. Dezember 1999<sup>24</sup> berücksichtigt werden und ab 1. Juni 2010 in der dann geltenden Fassung, deren Vorentwurf zZt. diskutiert wird.
- 24 Bei der Abfassung des Vertrages ist dann darauf zu achten, dass nicht gegen die Kernbeschränkungen oder schwarze Klauseln (Hard-Core-Restrictions<sup>25</sup>) i. S. v. Art. 4 der Vertikal-GVO verstoßen wird. Dabei handelt es sich um die verpöhtesten Vertragsklauseln vertikaler Absatzmittlungs- und/oder Vertriebsverträge. Wenn solche Verträge auch nur eine dieser Kernbeschränkungen beinhalten, sind diese insgesamt nicht durch die Vertikal-GVO freigestellt, d. h. solche Verträge sind gem. § 134 BGB i. V. m. Art. 4 Vertikal-GVO unwirksam, weil diese gegen das Kartellverbot verstoßen. Dabei gilt das sog. „Alles oder Nichts-Prinzip“,<sup>26</sup> sodass insofern bei einem Verstoß gegen eine Kernbeschränkung auch keine Einzelfreistellung des Absatzmittlungs- und/oder Vertriebsvertrages durch die EU-Kommission in Betracht kommt.<sup>27</sup> Insofern kann bei einem vertikal strukturierten Absatzmittlungssystem im Rahmen des Absatzmittlungs- und/oder Vertriebsvertrages keine Preisbindung des Absatzmittlers vereinbart werden. Zulässig sind nur unverbindliche Verkaufsempfehlungen.<sup>28</sup> Vorgegeben werden dürfen allerdings Höchstpreise, wobei dem Absatzmittler die Entscheidung überlassen werden muss, ob er diese Höchstpreise nimmt oder aber für die von ihm abzusetzenden Produkte niedrigere Verkaufspreise festlegt. Letztlich ist eine Preisbindung nach der Rechtsprechung des BGH – zumindest für Deutschland – dann zulässig, wenn es sich um eine Verkaufsförderungsaktion handelt, diese sich nur auf einen kurzen Zeitraum erstreckt und im übrigen die Preishoheit des Absatzmittlers praktisch nicht spürbar eingeschränkt wird.<sup>29</sup> Wenn gleichwohl im Rahmen des Absatzmittlungs-

<sup>21</sup> BGH WRP 2004, 1378 – Citroën-Vertragshändler

<sup>22</sup> ABl. 1988 Nr. L 349/46 – Verordnung Nr. 4087/88; umfassend dazu: *Liebscher/Flohr/Petsche*, Handbuch der EU-Gruppenfreistellungsverordnungen, § 8, Rn. 1–15 m. w. N.

<sup>23</sup> Siehe dazu insbesondere: *Giesler/Nauschütt*, Franchiserecht, 2. Auflage, Bonn 2007, Kap. 2, Rn. 71 f. m. w. N. sowie aus der Rspr. OLG Rostock DRspr. Nr. 1998/3987.

<sup>24</sup> ABl. EG Nr. L 336 vom 29. 12. 1999; abgedruckt bei: *Liebscher/Flohr/Petsche*, Handbuch der EU-Gruppenfreistellungsverordnungen, a. a. O., S. 626 ff.

<sup>25</sup> Siehe dazu umfassend: *Liebscher/Flohr/Petsche*, Handbuch der EU-Gruppenfreistellungsverordnungen, a. a. O., Rn. 123 ff.

<sup>26</sup> Vgl. *Axster* WoW 1994, 615; *Rohrad* WoW 1998, 1050.

<sup>27</sup> Vgl. insoweit die Leitlinien zur Vertikal-GVO – Rz. 46.

<sup>28</sup> Siehe auch insoweit: *Liebscher/Flohr/Petsche*, Handbuch der EU-Gruppenfreistellungsverordnungen, a. a. O., § 7, Rn. 124–126 m. w. N.

<sup>29</sup> BGH Gruhr 2003, 637 – Duplo-Riegel; unter Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung: BGH Gruhr 1978, 445–4 zum Preis von 3.

und/oder Vertriebsvertrages eine Preisbindung des Absatzmittlers sichergestellt sein soll, so muss im Rahmen der Vertragstypenwahl neben dem Absatzmittlungsvertrag zugleich auch ein Kommissionsagenturvertrag abgeschlossen werden, da dem Kommissionär durch den Kommittenten die Verkaufspreise für die Produkte vorgegeben werden dürfen,<sup>30</sup> es sei denn der Kommissionsagent ist in ein System eingebunden, das der lückenlosen Einführung und praktischen Durchführung einer vertikalen Preisbindung dient.

Dies bedeutet, dass ein vertikal strukturierter Absatzmittlungs- und/oder Vertriebsvertrag dann nicht in Betracht kommt, wenn folgende Regelungen vertraglich festgelegt werden sollen: **23**

- Fest- und Mindestpreise
- Höchstpreise und empfohlene Preise, die aufgrund von Druck in Wirklichkeit auf Fest- und Mindestpreise hinauslaufen
- Preisbindung bei Verkaufsförderungsaktionen bei nur kurzem Zeitraum und nicht spürbarer Beeinträchtigung des Absatzmittlers (ab 1. 6. 2010)
- Beschränkungen des Weiterverkaufs mit Ausnahme einer Beschränkung des aktiven Weiterverkaufs in Gebiete oder in Kundenkreise, die der Unternehmer ausschließlich einem anderen Absatzmittler zugewiesen oder sich selbst vorbehalten hat, sofern diese Beschränkungen den Absatzmittlern unmittelbar auferlegt werden
- Beschränkungen des Weiterverkaufs von Waren oder Dienstleistungen des Absatzmittlungssystems, zum Zwecke der Einführung anstatt anderer Erzeugnisse geliefert werden
- Beschränkungen von Querlieferungen zwischen Absatzmittlern innerhalb eines vertikal strukturierten Absatzmittlungssystems
- unmittelbare oder mittelbare Wettbewerbsverbote welche für einen längeren Zeitraum als fünf Jahre vereinbart werden, es sei denn die Bezugsbindung des Absatzmittlers beträgt weniger als 80% des Einkaufsumsatzes oder aber der Point of sale des Absatzmittlers findet sich in Räumlichkeiten, die im Eigentum des Unternehmers stehen oder aber von diesem angemietet und im Rahmen eines Untermietvertrages dem Absatzmittler zur Verfügung gestellt wurden.

Insofern erweisen sich die Hard-Core-Restrictions von Art. 4 der Vertikal-GVO als wichtige Kriterien für die Vertragstypenwahl insbesondere dann, wenn im Rahmen des für das Absatzmittlungssystem auszuarbeitenden Vertrages eine Preisbindung des Absatzmittlers festgelegt werden soll.

## **b) EU-Gruppenfreistellungsverordnung von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Kraftfahrzeugsektor (Kfz-GVO).** **26**

In entsprechender Weise wie die Vertikal-GVO sind bei der Gestaltung von Absatzmittlungs- und/oder Vertriebsverträgen im Kfz-Bereich die Regelungen der EU-Kfz-GVO vom 31. 7. 2002<sup>31</sup> zu berücksichtigen. Wie die Vertikal-GVO so enthält auch die Kfz-GVO in Art. 4 Kernbeschränkungen, die nicht Inhalt eines Absatzmittlungs- und/oder Vertriebsvertrages im Kfz-Vertrieb sein können, da ansonsten der Vertrag gem. § 134 BGB i. V.m. Art. 101 AEUV (früher Art. 81 EGV) kartellnichtig ist.

Dabei bleiben wettbewerbsneutrale Teile dieses Absatzmittlungs- und/oder Vertriebsvertrages, soweit sie sich vom übrigen Vertragstext trennen lassen, wirksam. Das Schicksal der danach verbleibenden Vertragsbestimmungen richtet sich nach dem jeweiligen nationalen Recht.<sup>32</sup> **27**

Insofern ist bei der Vertragstypenwahl im Rahmen eines Absatzmodells im Kfz-Vertrieb zu berücksichtigen, dass folgende Regelungen nicht Vertragsbestandteil sein dürfen: **28**

- Preisreglementierungen
- Absatzbeschränkungen
- Beschränkungen von Querlieferungen

<sup>30</sup> BGH WRP 2003, 981; umfassend zur Preispolitik bei Franchise-Systemen: Flohr, Franchise-Vertrag, a. a. O., S. 155–157 mit umfassenden Nachweisen in Franchise-Nehmer 395–405.

<sup>31</sup> ABl. EG Nr. L 203 vom 1. 8. 2002; abgedruckt bei: Liebscher/Flohr/Petsche, Handbuch der EU-Gruppenfreistellungsverordnung, a. a. O., S. 646 ff.

<sup>32</sup> Siehe auch insoweit umfassend: Liebscher/Flohr/Petsche, Handbuch der EU-Gruppenfreistellungsverordnungen, a. a. O., § 15, Rn. 21 ff. m. w. N.

- Beschränkungen des aktiven und passiven Weiterverkaufs
- Angebotsbeschränkungen
- Regelungen zur Verknüpfung von Vertrieb und Kundendienst
- Beschränkungen der Abgabe von Ersatzteilen an unabhängige Werkstätten
- Absatzbeschränkungen für Teilehersteller
- Beschränkungen für den Erwerb von Ersatzteilen
- Kennzeichnungsbeschränkungen für Teilehersteller
- Einschränkungen des Zugangs zu technischen Informationen und Hilfsmitteln<sup>33</sup>

Auch die Kfz-GVO erweist sich somit für Absatzmittlungs- und/oder Vertriebsverträge im Kfz-Vertrieb als ein Katalog von Kriterien, den es bei der Vertragstypenwahl zu berücksichtigen gilt, um sicher zu stellen, dass der jeweilige Vertrag nicht kartellnichtig ist bzw. kartellnichtige Einzelregelungen enthält.

### III. Betriebswirtschaftliche Kriterien für die Vertragstypenwahl

#### 1. Buchhaltung/Buchführung

- 29 Teilweise wird bei Absatzmittlungs- und Vertriebsverträgen daran gedacht, den Absatzmittler möglichst eng an das Unternehmen zu binden, um so auch Einfluss auf dessen Buchhaltung und Buchführung zu nehmen – teilweise wird auch zeitgleich mit dem Absatzmittlungs- und/oder Vertriebsvertrag zwischen dem Unternehmen und dem Absatzmittler ein „Buchhaltungsvertrag“ als gesonderter Dienstleistungsvertrag abgeschlossen – immer mit dem Argument der Hilfestellung bzw. Unterstützung des Absatzmittlers.<sup>34</sup>
- 30 Diese Argumentation als Kriterium für die Vertragstypenwahl ist nicht unproblematisch, da in einer zu starken „Einnischung“ in die Buchhaltung eines Absatzmittlers auch ein Verstoß gegen die Selbständigkeit des Absatzmittlers gesehen werden kann, so dass dieser ggf. arbeitnehmerähnlich schutzbedürftig i.S.v. § 5 Abs. 1 ArbGG ist. Zwar ist es zulässig, dem Absatzmittler den Kontenplan und den Kontenrahmen vorzuschreiben, jedoch nur mit dem Ziel, dadurch vergleichbare Daten für Betriebsvergleiche aller Absatzmittler zu erhalten. Dann sollte dies aber auch im Absatzmittlungs- und/oder Vertriebsvertrag entsprechend geregelt sein. Andernfalls ist die betriebswirtschaftlich gewünschte Vorgabe einer einheitlichen Buchhaltung sämtlicher Absatzmittler unter dem Aspekt der Selbständigkeit des Absatzmittlers problematisch. Dies gilt erst recht dann, wenn den einzelnen Absatzmittlern auch noch ein Steuerberater durch die vertragliche Gestaltung des Absatzmittlungs- und/oder Vertriebsvertrages durch das Unternehmen vorgegeben wird, auch wenn seit der Entscheidung des OVG Koblenz vom 5. 12. 1995<sup>35</sup> die verbindliche Vorgabe eines Steuerberaters zumindest standesrechtlich nicht mehr als bedenklich angesehen wird.<sup>36</sup>
- 31 Wenn also im Rahmen eines Absatzmittlungs- und/oder Vertriebsvertrages die Buchhaltung/Buchführung für den Absatzmittler zwingend geregelt sein soll bzw. diese durch das Unternehmen erbracht werden soll, ist immer zu überlegen, ob dann noch die Selbständigkeit des Absatzmittlers gewahrt ist und daher die Expansion des Absatzmittlungssystems nicht durch den Abschluss von Absatzmittlungs- und/oder Vertriebsverträgen sondern über eigene Filialen erfolgen sollte. So sehr es nachvollziehbar ist, dass das Unternehmen über die wirtschaftlichen Zahlen des Absatzmittlers unterrichtet sein will, so darf dies nicht dazu führen, dass durch die gewählte Vertragsform die Selbständigkeit des Absatzmittlers in Frage gestellt wird. Überzogene betriebswirtschaftliche Kriterien lassen sich daher mit der Selbständigkeit eines Absatzmittlers nicht vereinbaren und kommen daher als Kriterien für die Vertragstypenwahl im Rahmen eines Absatzmittlungs- insbesondere Franchisesystems nicht in Betracht.

<sup>33</sup> Siehe auch insoweit zu den einzelnen Kernbeschränkungen: *Liebscher/Flohr/Petscher*, Handbuch der EU-Gruppenfreistellungsverordnungen, a. a. O., § 15, Rn. 22–32 mit umfassenden Nachweisen.

<sup>34</sup> Vgl. auch insoweit *Giesler/Nauschütt*, Franchiserecht, a. a. O., Kap. 5 Rdnr. 165 e mwN.

<sup>35</sup> WiB 1996, 520.

<sup>36</sup> Zum Ganzen – bezogen auf einen Franchise-Vertrag: *Flohr*, Franchise-Vertrag, a. a. O., S. 184.