

## Großkommentare der Praxis



# STAUB

# Handelsgesetzbuch

---

Großkommentar

6., neu bearbeitete Auflage

begründet von  
Hermann Staub

herausgegeben von  
Stefan Grundmann, Mathias Habersack, Carsten Schäfer

**Zweiter Band**  
Teilband 2  
§§ 89–104

Bearbeiter:  
§§ 89–92c: Raimond Emde  
§§ 93–104: Jan Thiessen

**DE GRUYTER**

Bearbeitungsstand: Oktober 2020

Zitiervorschlag: *Thiessen* in Großkomm. HGB, 6A, § 97 Rn 9 oder GroßkommHGB/*Thiessen* § 97 Rn 9

Bandherausgeber: Professor Dr. Mathias Habersack, Ludwig-Maximilians-Universität München

Sachregister: Christian Klie

ISBN 978-3-11-074428-6

e-ISBN (PDF) 978-3-11-074438-5

e-ISBN (E-PUB) 978-3-11-074440-8

**Library of Congress Control Number: 2020951342**

**Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek**

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2021 Walter de Gruyter GmbH, Berlin/Boston

Datenkonvertierung und Satz: Meta Systems Publishing & Printservices GmbH, Wustermark

Druck und Bindung: C. H. Beck, München

[www.degruyter.com](http://www.degruyter.com)

## Verzeichnis der Bearbeiter der 6. Auflage

Professor Dr. **Jochen Axer**, Rechtsanwalt, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, axis Rechtsanwälte, Köln

Professor Dr. **Jens-Hinrich Binder**, LL.M. (London), Universität Tübingen

Professor Dr. **Benjamin B. von Bodungen**, LL.M. (Auckland), GGS, Heilbronn

Professor Dr. **Jens Bülte**, Universität Mannheim

Professor Dr. **Ulrich Burgard**, Otto-von-Guericke-Universität Magdeburg

Professor em. Dr. Dr. h.c. mult. **Claus-Wilhelm Canaris**, Ludwig-Maximilians-Universität München †

Professor Dr. **Matthias Casper**, Westfälische Wilhelms-Universität Münster

Professor Dr. **Klaus-Dieter Drüen**, Ludwig-Maximilians-Universität München

**Max Ehrl**, Notarassessor, Geschäftsführer des Deutschen Notarvereins, Berlin

Dr. **Raimond Emde**, Rechtsanwalt, GvW Graf von Westphalen, Hamburg

Prof. Dr. **Philipp S. Fischinger**, Universität Mannheim

Jun.-Prof. Dr. **Stephan Gräf**, Universität Konstanz

Professor Dr. **Hans Christoph Grigoleit**, Ludwig-Maximilians-Universität München

Professor Dr. Dr. **Stefan Grundmann**, LL.M. (Berkeley), Humboldt-Universität zu Berlin und European University Institute in Florenz

Professor Dr. **Mathias Habersack**, Ludwig-Maximilians-Universität München

Professor Dr. **Stephan Harbarth**, LL.M. (Yale), Präsident des Bundesverfassungsgerichts

Professor Dr. Dr. h.c. mult. **Peter Hommelhoff**, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg

Professor Dr. **Henning Jessen**, LL.M. (Tulane), World Maritime University Malmö

Professor Dr. **Christian Kersting**, LL.M. (Yale), Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf

Professor Dr. **Peter Kindler**, Ludwig-Maximilians-Universität München

Professor Dr. **Detlef Kleindiek**, Universität Bielefeld

Professor Dr. **Jens Koch**, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Dr. **Ernst-Thomas Kraft**, Rechtsanwalt, Hengeler Mueller, Frankfurt am Main

**Daniela Mattheus**, Rechtsanwältin, Präsidentin der FEA, Berlin

Professor Dr. **Andreas Maurer**, LL.M. (Osgoode), Universität Mannheim

Professor Dr. **André Meyer**, LL.M. Taxation, Universität Bayreuth

Professor Dr. **Florian Möselein**, LL.M. (London), Phillips-Universität Marburg

Professor Dr. **Hartmut Oetker**, Christian-Albrechts-Universität, Kiel

Professor Dr. **Karsten Otte**, M.J.C. (Austin), außerplanmäßige Professur an der Universität Mannheim, Direktor bei der Bundesnetzagentur, Bonn

PD Dr. **Moritz Pöschke**, LL.M. (Harvard), Universität zu Köln, Rechtsanwalt, Dipl.-Kfm.

Professor Dr. **Moritz Renner**, Universität Mannheim

Dr. **Fabian Reuschle**, Richter am Landgericht Stuttgart

Professor Dr. **Carsten Schäfer**, Universität Mannheim

Professor Dr. **Patrick Schmidt**, Rechtsanwalt, NJP Grotstollen, Duisburg

**Harald Schoen**, LL.M., Referatsleiter BMJV Berlin

Professor Dr. **Martin Schwab**, Universität Bielefeld

Professor Dr. **Jan Thiessen**, Humboldt-Universität zu Berlin

PD Dr. **Chris Thomale**, LL.M. (Yale), Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg

PD Dr. **Andreas Weber**, Ludwig-Maximilians-Universität München

Professor Dr. **Christoph Weber**, Julius-Maximilians-Universität Würzburg



## Vorwort zur 6. Auflage

Die sechste Auflage des von *Hermann Staub* begründeten Großkommentars zum HGB hat noch einmal stärker als schon die fünfte Auflage ein breites, dynamisches, herausforderndes Gebiet zu erfassen. Zunehmend handelt es sich um Handelsrecht *und* Wirtschaftsrecht, die handelsrechtlichen Normen *und* die wichtigsten handelsrechtlichen Akteure (einschließlich Banken und Transportwesen), das nationale Recht ebenso wie die internationalen Bezüge und die immer stärker dominierenden unionsrechtlichen Grundlagen und Vorgaben, und schließlich ein Handelsrecht der Liberalität *und* eines der Regulierung. Tempo und Intensität der Reformen haben – gerade auf der stärker regulierenden Seite – beständig und während der vergangenen zwei Dekaden nochmals verstärkt zugenommen. All diese Einflüsse bewirken tiefgreifende und stets fortschreitende Änderungen des Textes und der Systematik des HGB, die es in der Neuauflage aufzubereiten und in ihren praktischen Folgen zu würdigen gilt. Auch nach Ausgliederung des Aktienrechts 1937 blieb das Handelsgesetzbuch das Grundgesetz von Handel und Wirtschaft. Dem damit aufgerufenen Reichtum der Phänomene, Regelungskomplexe und Methoden stellt sich dieser Kommentar auch in der Neuauflage in besonderem Maße.

Der Kommentar hat heute eine nahezu 130-jährige Tradition, die ersten sieben Auflagen besorgte *Hermann Staub* selbst in einer Dekade (bis zu seinem Tod). Aus diesem Erbe erwuchs der erste Großkommentar überhaupt, langsamer im Takt, vertieft. Anspruch und inhaltliche Konzeption blieben jedoch stets gleich: Der Kommentar soll in einer sowohl wissenschaftlichen Ansprüchen genügenden als auch die Belange und Gepflogenheiten der Praxis berücksichtigenden Art und Weise über den Stand der Diskussion informieren und Entwicklungslinien aufzeigen.

Die Neuauflage wird durch den Tod von Claus-Wilhelm Canaris überschattet, der am 5. März 2021 im Alter von 83 Jahren verstorben ist. Er war dem Kommentar seit der 3. Auflage verbunden, zunächst als Autor nicht nur, aber insbesondere des gerade durch seine Kommentierung nachhaltig geprägten „Bankvertragsrechts“, sodann – zusammen mit Wolfgang Schilling und Peter Ulmer – auch als Herausgeber der 4. Auflage und – zusammen mit Mathias Habersack und Carsten Schäfer – als Herausgeber der 5. Auflage. Auch in die Konzeption der 6. Auflage hatte sich Claus-Wilhelm Canaris noch eingebracht. Verlag und Herausgeber der 6. Auflage – neben Mathias Habersack und Carsten Schäfer nun auch Stefan Grundmann – danken Herrn Canaris an dieser Stelle sehr für sein Jahrzehnte währendes erfolgreiches Wirken für den „Staub“.

Im Unterschied zur Voraufgabe bleibt es zwar bei einer – erweiterten – Bandfolge, werden jedoch Neuauflagen auch einzelner Bände innerhalb der 6. Auflage – als Neubearbeitungen – möglich sein, um den Ansprüchen einer nochmals gestiegenen Dynamik im Handels- und Wirtschaftsrecht gerecht zu werden. Mit der Neuauflage des Staub soll also eingeführt werden, was für die dreizehnte Auflage des Staudinger längst bewährte Realität ist. Siebzehn Bände sind vorgesehen, und damit liegt die Gesamtzahl über derjenigen der Voraufgabe, dem Anwachsen des Rechtsstoffes geschuldet.

Der jetzt vorgelegte zweite Band umfasst das Handelsvertreterrecht und das Handelsmaklerrecht. Er erscheint in zwei Halbbänden; dem zunächst vorgelegten Band 2/1 mit der Kommentierung der §§ 84–88a HGB (nebst umfangreichen Vorbemerkungen zu § 84 HGB) folgt mit kurzem Abstand Band 2/2 mit der Kommentierung der §§ 89–104 HGB. Der Kreis der Bearbeiter hat gegenüber der Voraufgabe keine Änderungen erfahren; die Kommentierung des Handelsvertreterrechts ist mithin von *Raimond Emde* besorgt worden, diejenige des Handelsmaklerrechts von *Jan Thiessen*.

März 2021

Herausgeber und Verlag



# Inhaltsverzeichnis

Verzeichnis der Bearbeiter der 6. Auflage — V  
Vorwort zur 6. Auflage — VII  
Abkürzungsverzeichnis — XI  
Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur — XXIII

## ERSTES BUCH

### Handelsstand

## SIEBENTER ABSCHNITT

### Handelsvertreter — 1

- § 89 [Kündigung des Vertrages] — 1
- § 89a [Fristlose Kündigung] — 75
- § 89b [Ausgleichsanspruch] — 174
- § 90 [Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse] — 669
- § 90a [Wettbewerbsabrede] — 689
- § 91 [Vollmacht des Handelsvertreters] — 741
- § 91a [Mangel der Vertretungsmacht] — 750
- § 92 [Versicherungs- und Bausparkassenvertreter] — 771
- § 92a [Mindestarbeitsbedingungen] — 852
- § 92b [Handelsvertreter im Nebenberuf] — 874
- § 92c [Handelsvertreter außerhalb der EG; Schifffahrtsvertreter] — 897

## ACHTER ABSCHNITT

### Handelsmakler — 991

- Vorbemerkungen vor §§ 93 ff. — 991
- § 93 [Begriff] — 1001
- § 94 [Schlussnote] — 1078
- § 95 [Vorbehaltene Bezeichnung] — 1091
- § 96 [Aufbewahrung von Proben] — 1104
- § 97 [Inkassovollmacht] — 1109
- § 98 [Haftung des Handelsmaklers] — 1112
- § 99 [Zahlung des Maklerlohns] — 1119
- § 100 [Tagebuch] — 1125
- § 101 [Auszüge aus dem Tagebuch] — 1132
- § 102 [Vorlegung im Rechtsstreit] — 1135
- § 103 [Ordnungswidrigkeiten] — 1139
- § 104 [Krämermakler] — 1143

### Sachregister — 1147



# Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
abl.	ablehnend
ABL.	Amtsblatt
ablehn.	ablehnend
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
abw.	abweichend
AcP	Archiv für civilistische Praxis
ADAC	Allgemeiner Deutscher Automobil-Club
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch v. 1861
aE	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a.F.	alte Fassung
AG	1. Amtsgericht 2. Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AiB	Arbeitsrecht im Betrieb
AIF	Alternativer Investmentfonds
AIFM	Alternative Investment Fund Manager
AIFMD	Alternative Investment Fund Managers Directive, Richtlinie 2011/61/EU über die Verwalter alternativer Investmentfonds
AktG	Aktiengesetz
Aktz.	Aktenzeichen
allg.	allgemein
allgM	allgemeine Meinung
a.M.	andere(r) Meinung
amtl.	amtlich(e)
amtl. Begr.	Amtliche Begründung
AnfG	Anfechtungsgesetz
Anh.	Anhang
Anl.	Anleitung
Anm.	Anmerkung(en)
AnzV	Anzeigenverordnung: Verordnung über die Anzeigen und die Vorlage von Unterlagen nach dem Kreditwesengesetz
AO	1. Amtsordnung (Schleswig Holstein) 2. Abgabenordnung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
ApothekenBetrO	Apothekenbetriebsordnung
ApothekenG	Apothekengesetz
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
AR-Blattei	Arbeitsrecht-Blattei
ArbR	Arbeitsrecht
ArbstättVO	Arbeitsstättenverordnung
ArbZG	Arbeitszeitgesetz
ArchBürgR	Archiv für Bürgerliches Recht
Art.	Artikel
AUG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
Aufl.	Auflage
AV	Ausführungsverordnung
AWD	Allgemeiner Wirtschaftsdienst
AZR	Gesetz über das Ausländerzentralregister

## Abkürzungsverzeichnis

Baden-Württ.	Baden-Württemberg
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BAnz	Bundesanzeiger
Basel I	Ausschuss für Bankenbestimmungen und -überwachung: Internationale Konvergenz der Eigenkapitalmessung und Eigenkapitalanforderungen (1988)
Basel II	Baseler Ausschuss für Bankenaufsicht: Internationale Konvergenz der Kapitalmessung und Eigenkapitalanforderungen, überarbeitete Rahmenvereinbarung (2004)
Basel III	Baseler Ausschuss für Bankenaufsicht: Basel III: Ein globaler Regelungsrahmen für widerstandsfähige Banken und Bankensysteme (2010)
BauspG	Gesetz über Bausparkassen
BayERVV	Bayerische Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr und elektronische Verfahren (E-Rechtsverkehrsverordnung – ERVV)
BaWüNotZ	Baden-Württembergische Notarzeitung
BayObLG	Bayerisches Oberlandesgericht
BayZ	Bayerische Zeitung
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAO	Bundesabgabenordnung
BAO	Bundesärzteordnung
BB	Der Betriebs-Berater
BBG; BBAnkG	Gesetz über die deutsche Bundesbank
BBiG	Berufsbildungsgesetz
BC	Zeitschrift für Bilanzierung, Rechnungswesen und Controlling
Bd.	Band
BdB	Bundesverband deutscher Banken e. V.
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
Bek. v.	Bekanntmachung vom
Begr.	Begründung
Beschl.	Beschluss
BetrAVG	Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung (Betriebsrentengesetz)
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BeurkG	Beurkundungsgesetz
BfA	Bundesversicherungsanstalt für Angestellte
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Entscheidungen des Bundesfinanzhofes
BFuP	Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis (Zeitschrift)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18.8.1896
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHR	BGH-Rechtsprechung, hrsg. von den Richtern des Bundesgerichtshofes
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BIZ	Bank für Internationalen Zahlungsausgleich, Basel
BKartA	Bundeskartellamt
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
Bl.	Blatt
BMJ	Bundesministeriums der Justiz
BNotO	Bundesnotarordnung
BoHdR	Bonner Handbuch der Rechnungslegung
BörsG	Börsengesetz
BörsO	Börsenordnung
BörsZulV	Börsenzulassungs-Verordnung; Verordnung über die Zulassung von Wertpapieren zur amtlichen Notierung an einer Wertpapierbörse
BPatG	Bundespatentgericht
BPatGE	Entscheidungen des Bundespatentgerichts
BR-Drucks.	Bundesratsdrucksache
BRAGO	Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte

BRAK-Mitt	Mitteilungen der Bundesrechtsanwaltskammer
BRRD	Bank Recovery and Resolution Directive
BRRD-Richtlinie	Richtlinie 2014/59/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.05.2014 zur Festlegung eines Rahmens für die Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Wertpapieren; ABl. EU L 173 v. 12.06.2014
BSpKG	Gesetz über Bausparkassen
BStBl	Bundessteuerblatt
BT	Bundestag
BT-Drucks., BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BuB	Bankrecht und Bankpraxis, hrsg. v. Hellner/Steuer/Piekenbrock/Siegmann/Höche, Loseblatt-Sammlung, Köln
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz vom 8.1.1963
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVK	Bayerische Versicherungskammer
BWNNotZ	Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CaR	Credit at Risk
CD	Certificate of Deposit
CDH	Centralvereinigung Deutscher Wirtschaftsverbände für Handelsvermittlung und Vertrieb e.V.
CDS	Credit Default Swap(s)
cic	culpa in contrahendo
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, UN-Kaufrecht
CRD IV	Capital Requirements Directive IV; Richtlinie 2013/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen, zur Änderung der Richtlinie 2002/87/EG und zur Aufhebung der Richtlinien 2006/48/EG und 2006/49/EG, ABl. EU L 176 v. 27.06.2013
CRDIVAnpV	Verordnung zur Anpassung von aufsichtsrechtlichen Verordnungen an das CRD IV-Umsetzungsgesetz
CRR	Capital Requirements Regulation; Verordnung (EU) Nr. 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Juni 2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung (EU) 6486/2012; ABl. EU L 321 v. 30.11.2013
CRR-Kreditinstitute	Kreditinstitute, die (ggf. auch allein) das Einlagen- und das Kreditgeschäft betreiben (früher Einlagenkreditinstitute)
DAR	Deutsches Autorecht
DAV	Deutscher Anwaltsverein
DepG	Depotgesetz; Gesetz über die Verwahrung und Anschaffung von Wertpapieren
ders.	derselbe
DB	Der Betrieb
DepG	Depotgesetz; Gesetz über die Verwahrung und Anschaffung von Wertpapieren
DGS	Depot Guarantee Scheme (Einlagensicherungssystem)
d.h.	das heißt
dies.	dieselbe(n)
DIHT	Deutscher Industrie- und Handelstag
Dipl.	Diplom
Diss	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DNotZ	Deutsche Notarzeitung
DR	Deutsches Recht
DSGV	Deutscher Sparkassen- und Giroverband

## Abkürzungsverzeichnis

DSTR	1. Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift) 2. Deutsche Steuerrundschau 3. Deutsches Strafrecht
DV	1. Durchführungsverordnung 2. Deutsche Verwaltung
DVBI	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
DVO	Durchführungsverordnung
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
E	Entscheidung
EABG	Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz
EBA	European Banking Authority (Europäische Bankenaufsichtsbehörde)
EBE/BGH	Eildienst Bundesgerichtliche Entscheidungen
EBJS	Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn
EDV	Elektronische Datenverarbeitung
EFG	Entscheidungen der Finanzgerichte
EFSF	European Financial Stability Facility (Europäische Finanzstabilisierungsfazilität)
EFZG	Entgeltfortzahlungsgesetz
EG	Europäische Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGHGB	Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch
EGInsO	Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung
EGVP	Elektronisches Gerichts- und Verwaltungspostfach
EGVVG	Einführungsgesetz zum Versicherungsvertragsgesetz
ehem.	ehemalige
EHUG	Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister
einh.	Einheitlich
Einl.	Einleitung
EIOPA	European Insurance and Occupational Pensions Authority (Europäische Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersvorsorge)
e.K.	Eingetragener Kaufmann/Eingetragene Kauffrau
Entsch.	Entscheidung
ErbStG	schaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz
E-Register	elektronisches Register
ERJuKoG	Gesetz über elektronische Register und Justizkosten für Telekommunikation
Erl.	Erläuterung
ESA	European Supervisory Authorities
ESFS	European System of Financial Supervision (Europäisches Finanzaufsichtssystem)
ESM	European Stability Mechanism (Europäischer Stabilitätsmechanismus)
ESMA	European Securities and Markets Authority
ESRB	European Systemic Risk Board (Europäischer Ausschuss für Systemrisiken)
EStG	Einkommenssteuergesetz
ESZB	Europäisches System der Zentralbanken
et al.	Et alii (und andere)
etc.	Et cetera
EU	Europäische Union
EUFAAnpG	Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2010/78/EU vom 24. November 2010 im Hinblick auf die Einrichtung des Europäischen Finanzaufsichtssystems
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGHE	Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs
EuG	Europäisches Gericht Erster Instanz
EuGVVO	Verfahrensverordnung des Europäischen Gerichts Erster Instanz vom 1.3.2002

EuGVÜ	Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, vom 27.9.1968, seit dem 1.3.2002 weitgehend durch die EuGVVO ersetzt
EulnsVO	Europäische Insolvenzverordnung
EuLF	European Law Forum
EuZVO	Europäische Zustellungsverordnung
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
EuroEG	Euro- Einführungsgesetz
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWIV	Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EWS	1. Europäisches Währungssystem 2. Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
EV	1. Eigentumsvorbehalt 2. Einführungsverordnung
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
EZB	Europäische Zentralbank
f	folgende
FamFG	Familienverfahrensgesetz
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FeiertagslohnzahlungsG	Feiertagslohnzahlungsgesetz
ff	fortfolgende
FG	Finanzgericht
FGG	Gesetz über die Freiwillige Gerichtsbarkeit
FGPrax	Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FMFG	Finanzmarktförderungsgesetz; Gesetz zur weiteren Fortentwicklung des Finanzplatzes Deutschland
FMSA	Bundesanstalt für Finanzmarktstabilisierung
FMStFG	Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetz v. 17.10.2008 (BGBl. I S. 1982)
Fn	Fußnote
FRUG	Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente und der Durchführungsrichtlinie der Kommission (Finanzmarktrichtlinie-Umsetzungsgesetz) v. 16.07.2007
FS	Festschrift
FSB	Financial Stability Board (Rat für Finanzstabilität)
GBO	Grundbuchordnung
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
gem.	gemäß
GenG	Genossenschaftsgesetz
GewO	Gewerbeordnung
GesRZ	Der Gesellschafter
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GK	Großkommentar
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
GenG	Genossenschaftsgesetz
GewO	Gewerbeordnung
GewStG	Gewerbesteuer-gesetz
GoA	Geschäftsführung ohne Auftrag
GOÄ	Gebührenordnung für Ärzte
GOZ	Gebührenordnung für Zahnärzte

## Abkürzungsverzeichnis

GREStG	Grunderwerbsteuergesetz
GroMiKV	Großkredit- und Millionenkreditverordnung; Verordnung über die Erfassung, Bemessung, Gewichtung und Anzeige von Krediten im Bereich der Großkredit- und Millionenkreditvorschriften des Kreditwesengesetzes
Großkredit-richtlinie	EG-Richtlinie für die Überwachung und Kontrolle der Großkredite von Kreditinstituten
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR-RR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht/Rechtsprechungsreport
GSG	Gerätesicherheitsgesetz
GV	Gebührenverzeichnis
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GVO	Gerichtsvollzieherordnung
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
hA	herrschende Ansicht
HAG	1. Heimarbeitsgesetz 2. Hessisches Ausführungsgesetz
Halbbd.	Halbband
HansGZ	Hanseatische Gerichtszeitschrift
HandelsR	Handelsrecht
Hdb.	Handbuch
HdJ	Handbuch des Jahresabschlusses
HGB	Handelsgesetzbuch
HK	Handelskammer
HKO	Haager Landkriegsordnung
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
HOAI	Honorarordnung für Architekten und Ingenieure in der Bekanntmachung vom 4.3.1991
HRefG	Handelsrechtsreformgesetz vom 22.6.1998
HRegGebV	Verordnung über Gebühren in Handels, Partnerschafts- und Genossenschaftsregistersachen (Handelsregistergebührenverordnung)
HRegGebNeuOG	Handelsregistergebühren-Neuordnungsgesetz
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
Hrsg., hrsg.	Herausgeber, herausgegeben
HRV	Verordnung über die Einrichtung und Führung des Handelsregisters
Hs./Hs	Halbsatz
HSG	Hochschulgesetz
HuRB	Handwörterbuch unbestimmter Rechtsbegriffe im Bilanzrecht des HGB
HV	Handelsvertreter
HVR	Humanitäres Völkerrecht
HVuHM	Der Handelsvertreter und Handelsmarker
HWK	Handwerkskammer
IAS	IASC Framework for the Preparation and Presentation of Financial Statements, International Accounting Standards
IASB	International Accounting Standards Board
ICC	1. Intergovernmental Copyright Committee 2. International Chamber of Commerce
idF	in der Fassung
idR	in der Regel
idS	in diesem Sinne
IDW	Institut der Wirtschaftsprüfer
ie	id est
iE	im Einzelnen
i.E.	im Ergebnis
ieS	in engerem Sinne
IFRC	International Financial Reportings Committee

IFRS	International Financial Reporting Standards
IFSt	Institut Finanzen und Steuern
IHR	Internationales Handelsrecht
iHv	in Höhe von
insbes.	insbesondere
Ind.- u. Handelsk.	Industrie- und Handelskammer
InsO	Insolvenzordnung
InsoBekV	Verordnung zu öffentlichen Bekanntmachungen in Insolvenzverfahren im Internet
InvG	Investmentgesetz
InvStG	Investmentsteuergesetz
IOSCO	International Organization of Securities Commissions
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IPRsp.	Die Deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiet des internationalen Privatrechts
iRd	im Rahmen des
iS	im Sinne
iSd	im Sinne des/der
ISDA	International Swaps and Derivatives Association, Inc.
iSv	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
IZPR	Das Internationale Zivilprozess
JA	Juristische Arbeitsblätter
JbFSt	Jahrbuch der Fachanwälte für Steuerrecht
jew.	jeweils
JMBL	Justizministerialblatt
JR	Juristische Rundschau
JRPV	Juristische Rundschau für Privatversicherung
JURA	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JVKostO	Justizverwaltungskostengesetz
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KAG	Kapitalanlagegesellschaft
KAGB	Kapitalanlagegesetzbuch
Kapitaladäquanz- richtlinie	Richtlinie 2006/49/EG v. 14.06.2006 über die angemessene Eigenkapitalausstattung von Wertpapierfirmen und Kreditinstituten, ABl. EU 177/201 v. 30.06.2006
Kart	Kartell
Kfm.	Kaufmann
KFR	Kommentierte Finanzrechtsprechung
KfW	Kreditanstalt für Wiederaufbau
Kfz	Kraftfahrzeug
KG	1. Kammergericht 2. Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KGJ	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit und Kosten-, Stempel- und Strafsachen
KMU	Kleines oder mittelständisches Unternehmen
KO	1. Kassenordnung 2. Konkursordnung
KOM	Kommissionsdokumente
Königl.	Königlich
KÖSDI	Kölner Steuerdialog
KostG	Kostengesetz
KostO	Kostenordnung
krit.	kritisch
KSchG	Kündigungsschutzgesetz in der Bekanntmachung vom 25.8.1969

## Abkürzungsverzeichnis

KTS	Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen
KWG	1. Kommunalwahlgesetz 2. Kreditwesengesetz; Gesetz über das Kreditwesen
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
lit.	litera
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes, hrsg. v. Lindemaier
LS	1. Landessatzung 2. Leitsatz
Ltd.	Private Company Limited by Shares
LVA	Landesversicherungsanstalt
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
m.	mit.
M.	Meinung
MaRisk	Mindestanforderungen an das Risikomanagement, Rundschreiben der BaFin 10/2012 (BA) v. 14.12.2012
MarkenG	Markengesetz
MaSan	Mindestanforderung an die Ausgestaltung von Sanierungsplänen, Rundschreiben der BaFin 3/2014 (BA) v. 25.04.2014
m.a.W.	mit anderen Worten
m. Bespr.	mit Besprechung
m.E.	meines Erachtens
mgw.	möglicherweise
MiFID	Markets in Financial Instruments Directive; Richtlinie 2004/39/EG v. 21.04.2004 über Märkte für Finanzinstrumente, zur Änderung der Richtlinien 85/611/EWG und 93/6/EWG des Rates und der Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 93/22/EWG des Rates, ABl. EG L 145/1 v. 30.4.2004
MiFID II	Richtlinie 2014/65/EU v. 15.05.2014 über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der Richtlinien 2002/92/EG und 2011/61/EU (Neufassung), ABl. EU L 173/349 v. 12.06.2014
MiFIR	Markets in Financial Instruments Regulation; Verordnung (EU) Nr. 600/2014 v. 15.05.2014 über Märkte für Finanzinstrumente und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012, ABl. EU L 173/84 v. 12.06.2014
Mio.	Millionen
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
MittRhNotK	Mitteilungen Rheinische Notar-Kammer
MittBayNot	Mitteilungen der Bayerischen Notarkammer
MiZi	Mitteilungen in Zivilsachen
mN	mit Nachweisen
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
Mrd.	Milliarde
MünchKomm	Münchener Kommentar
MuW	Markenschutz und Wettbewerb
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen; mit weiteren Nennungen
m.W.v.	mit Wirkung vom
Nachw.	Nachweise
NaStraG	Gesetz zur Namensaktie und zur Erleichterung der Stimmrechtsausübung
NdsRpfl.	Niedersächsische Rechtspflege
n.F.	neue Fassung
NJOZ	Neue Juristische Online Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift, Rechtssprechungsreport
NotBZ	Zeitschrift für die notarielle Beurkundungspraxis
Nr.	Nummer
NRW	Nordrhein-Westfalen
n.v.	nicht veröffentlicht

NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NWB	NWB Steuer- und Wirtschaftsrecht (bis 2008: Neue Wirtschafts-Briefe für Steuer- und Wirtschaftsrecht)
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht, Rechtsprechungsreport
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
o.	oben
o.ä.	oder ähnliches
ÖBA	Österreichisches Bankarchiv (Zeitschrift)
OFD	Oberfinanzdirektion
OGA	Organismus für Gemeinsame Anlagen
OGAW	Organismus für Gemeinsame Anlagen in Wertpapieren
(ö)OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
OGHZ	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone in Zivilsachen
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OLGR	OLG-Report: Zivilrechtsprechung der Oberlandesgerichte
österr.	Österreichisches
OTC	Over The Counter
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
PartGG	Partnerschaftsgesellschaftsgesetz
PfandBG; PfandbriefG	Pfandbriefgesetz
PflegeVG	Pflege-Versicherungsgesetz
PflegeVG	Pflege-Versicherungsgesetz
PiR	NWB Internationale Rechnungslegung
ppa.	per procura (in Vollmacht)
ProdHaftG	Produkthaftungsgesetz
PublG	Publizitätsgesetz; Gesetz über die Rechnungslegung von bestimmten Unternehmen und Konzernen
PucheltsZ	Zeitschrift für französisches Zivilrecht
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RAG	Reichsarbeitsgericht
RAG ARS	Reichsarbeitsgericht, Arbeitsrechts-Sammlung (Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und des Reichslehrengerichts, der Landesarbeitsgerichte, Arbeitsgerichte und Ehrengerichte, 1928 ff)
RBerG	Rechtsberatungsgesetz
RdA	Recht der Arbeit
Rdsch.	Rundschau
RdW	Das Recht der Wirtschaft
RefE	Referentenentwurf
RegBegr	Regierungsbegründung
RegE	Regierungsentwurf
RG	1. Reichsgericht 2. Reichsgesetz
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft (Zeitschrift)
RJA	Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts, zusammengestellt im Reichsjustizamt
RKS	Rechtsprechung kaufmännischer Schiedsgerichte
RL	Richtlinie

## Abkürzungsverzeichnis

RNotZ	Rheinische Notar-Zeitschrift
Rn	Randnummer
ROHG	Reichsoberhandelsgericht
ROHGE	Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts
Rpflger	Rechtspfleger
RPfIG	Rechtspflegergesetz
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
RUF	Revolving Unterwriting Facility
RuS	Recht und Schaden
RVO	Rechtsverordnung
Rz	Randziffer
s.	siehe
S.	Seite
s.a.	siehe auch
SAE	Sammlung arbeitsgerichtlicher Entscheidungen
Sächs.	Sächsisch
ScheckG	Scheckgesetz vom 14.8.1933
SE	Societas Europaea – Europäische Gesellschaft
SEAG	Gesetz zur Ausführung der Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE)
Sg	Sozialgericht
SGB	Sozialgesetzbuch
SIFI	Systemically Important Financial Institutions
SigG	Signaturgesetz
Slg.	Sammlung
sog.	Sogenannt
SolvV	Solvabilitätsverordnung, Verordnung über die angemessene Eigenmittelausstattung von Instituten, Institutgruppen und Finanzholding Gruppen
SpruchG	Gesetz über das gesellschaftsrechtliche Spruchverfahren – Spruchverfahrensgesetz
SRM	Single Resolution Mechanism, Einheitlicher Abwicklungsmechanismus
SRM-Verordnung	Verordnung (EU) Nr. 806/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Juli 2014 zur Festlegung einheitlicher Vorschriften ... im Rahmen eines einheitlichen Abwicklungsmechanismus. ABl. EU 2014 L 225/1
SSM	Single Supervisory Mechanism, Einheitlicher Aufsichtsmechanismus
SSM-Verordnung	Verordnung (EU) Nr. 1024/2013 des Rates vom 15.10.2013 zur Übertragung besonderer Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute auf die Europäische Zentralbank, ABl. EU L 287 v. 29.10.2013
st.	ständige
StBp	Die steuerliche Betriebsprüfung
std. Rspr.	ständige Rechtsprechung
Stgb	Die Steuerberatung
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
str.	streitig
StuB	Zeitschrift für das Steuerrecht und die Rechnungslegung der Unternehmen
StuW	Steuer und Wirtschaft
s. u.	siehe unten
TB-Merkmale	Tatbestandsmerkmale
TDG	Gesetz über die Nutzung von Telediensten – Teledienstegesetz
teilw.	teilweise
TransPuG	Transparenz- und Publizitätsgesetz; Gesetz zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zu Transparenz und Publizität
TranspR	Transportrecht

TUG	Transparenzrichtlinie-Umsetzungsgesetz
TVG	Tarifvertragsgesetz
Tz	Teilziffer
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz
Tz.	Textziffer
u.a.	unter anderem; und andere
u.ä.	und ähnliches
Ubg	Die Unternehmensbesteuerung
UG	Unternehmergeellschaft
umf.	umfassend
UmwG	Umwandlungsgesetz
unstr.	unstrittig
Unterabs.	Unterabsatz
UrhG	Urheberrechtsgesetz
Urt.	Urteil
URV	Verordnung über das Unternehmensregister
usf.	und so fort
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
u.U.	unter Umständen
v.	von/vom
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
VerBAV	Veröffentlichungen des Bundesaufsichtsamtes für das Versicherungswesen
Verf.	Verfasser
VerkprospG	Verkaufsprospektgesetz
VersVerm	Versicherungsvermittlung
Vertikal-GVO	Die Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen
VertriebsR	Vertriebsrecht
VGA	Bundesverband der Geschäftsstellenleiter und Assekuranz
Vgl.	Vergleiche
v.H.	von Hundert
VO	Verordnung
Vol.	Volume
VoraufL.	Vorauslage
Vorb.	Vorbemerkung
VRS	Verkehrsrechts-Sammlung
VvaG	Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit
VVG	Gesetz über den Versicherungsvertrag
VW	Versicherungswirtschaft
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WarnRprs	1. Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, soweit sie nicht in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des RG abgedruckt ist, hrsg. v. Warnmeyer 2. Sammlung zivilrechtlicher Entscheidungen des Reichsgerichts hrsg. von Buchwald (Begründet von Warnmeyer)
WechselG	Wechselgesetz
weit.	weitere(n)
WG	1. Wassergesetz 2. Wechselgesetz 3. Wohnwirtschaftliche Gesetzgebung
Wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
WM	1. Wertpapier-Mitteilungen (Zeitschrift) 2. Wohnwirtschaft und Mietrecht
wN	weitere Nachweise
WpAIV	Wertpapierhandelsanzeige- und Insiderverzeichnisverordnung
WPg	Die Wirtschaftsprüfung (Zeitschrift)
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
WPO	Gesetz über eine Berufsordnung der Wirtschaftsprüfer. (Wirtschaftsprüferordnung)

## Abkürzungsverzeichnis

WpÜG	Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuB	Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW-E	Wirtschaft und Wettbewerb, Entscheidungen zum Kartellrecht
WVK	Wiener Vertragsrechtskonvention
Z	(in Zusammenhängen) Zeitschrift, Zeitung, Zentralblatt
z.B.	zum Beispiel
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZBH	Zentralblatt für Handelsrecht
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZErB	Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZEV	Zeitschrift für Erbrechts- und Vermögensnachfolge
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZfBF	Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung
ZfgK	Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen
ZfIR	Zeitschrift für Immobilienrecht
ZfV	1. Zeitschrift für Versicherungswesen 2. Zeitschrift für Verwaltung
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZR	Zivilrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZS	Zivilsenat
ZSR	1. Zeitschrift für Schweizerisches Recht 2. Zeitschrift für Sozialrecht
z.T.	zum Teil
zust.	zustimmend
ZustErgG	Zuständigkeitsergänzungsgesetz
zutr.	zutreffend
ZVersWiss	Zeitschrift für Versicherungswissenschaft
ZVgIRWi(ss)	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft
zwh.	zweifelhaft

# Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur

Soweit andere als im nachfolgenden Verzeichnis angegebene Auflagen zitiert werden, sind diese mit einer hochgestellten Ziffer gekennzeichnet.

Adler	Das Handelsregister, seine Öffentlichkeit und sein öffentlicher Glaube, 1908
ADS	Adler/Düring/Schmaltz (Hrsg.), Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen, Stuttgart, 6. Aufl. 1995–2000
ADS International	Adler/Düring/Schmaltz (Hrsg.), Rechnungslegung nach Internationalen Standards, Stuttgart, 7. Ergänzungslieferung August 2011 (Loseblatt)
AnwKommBGB	Dauner-Lieb/Heidel/Ring (Hrsg.), Anwaltkommentar BGB, 5 Bd., Bonn, 2005 ff
Assmann/Schneider/Mülbert/ <i>Bearbeiter</i>	Assmann/Schneider/Mülbert (Hrsg.), Wertpapierhandelsrecht – Kommentar – WpHG, MAR, PRIIP, MiFIR, Leerverkaufs-VO, EMIR, Köln, 7. Aufl. 2019
Assmann/Schütze/Buck-Heeb/ <i>Bearbeiter</i>	Assmann/Schütze/Buck-Heeb (Hrsg.), Handbuch des Kapitalanlagerechts, München, 5. Aufl. 2020
Baetge et al./ <i>Bearbeiter</i>	Baetge/Wollmert/Kirsch/Oser/Bischof (Hrsg.), Rechnungslegung nach IFRS, Stuttgart, 41. Ergänzungslieferung Juni 2020 (Loseblatt)
Baetge/Kirsch/Thiele/ <i>Bearbeiter</i>	Baetge/Kirsch/Thiele (Hrsg.) Bilanzrecht, Bonn/Berlin, 92. Ergänzungslieferung Juni 2020 (Loseblatt)
Ballwieser et al./ <i>Bearbeiter</i>	Ballwieser/Beine/Hayn/Peemöller/Schruff/Weber (Hrsg.), Wiley IFRS-Handbuch 2010, Weinheim, 7. Aufl. 2011
Bamberger/Roth/Hau/Poseck BankR-Hdb	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5 Bd., München, 4. Aufl. 2019 f. Schimansky/Bunte/Lwowski (Hrsg.) Bankrechts-Handbuch, 2 Bd., 5. Aufl. 2017
Bassenge/Roth FamFG/RPflG	Bassenge/Roth, Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Rechtspflegergesetz, Kommentar, Heidelberg, 12. Aufl. 2009
Bauer/Diller Wettbewerbsver- bote	Bauer/Diller, Wettbewerbsverbote, München, 8. Aufl. 2019
Baumbach/Hefermehl/Casper	Baumbach/Hefermehl/Casper, Wechselgesetz, Scheckgesetz, Recht der kartengestützten
WechselG u. ScheckG	Zahlungen: WG, ScheckG, Kartengestützte Zahlungen, München, 24. Aufl. 2020
Baumbach/Hueck/ <i>Bearbeiter</i> GmbHG	Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, München, 22. Aufl. 2019
Baumbach/Hopt/ <i>Bearbeiter</i>	Baumbach/Hopt, Handelsgesetzbuch, München, 39. Aufl. 2020
Baumbach/Lauterbach/Albers/ <i>Bearbeiter</i>	Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann/Anders/Gehle, Zivilprozessordnung: ZPO, München, 78. Aufl. 2020
Baums	Eintragung und Löschung von Gesellschafterbeschlüssen, 1981
Beck-HdR- <i>Bearbeiter</i>	Böcking/Gros/Oser/Scheffler/Thormann (Hrsg.), Beck'sches Handbuch der Rechnungslegung, München 62. Aufl. 2020 (Loseblatt)
Beck IFRS-Hdb/ <i>Bearbeiter</i>	Brune/Driesch/Schulz-Danso/Senger (Hrsg.), Beck'sches IFRS-Handbuch, München, 6. Aufl. 2020
BeckRS	Beck Rechtsprechung
Beck BilKomm- <i>Bearbeiter</i>	Grottel/Schmidt/Schubert/Störk (Hrsg.), Beck'scher Bilanz-Kommentar, München, 12. Aufl. 2020
BoHdR - <i>Bearbeiter</i>	s. Hofbauer/Kupsch
Bohl/Riese/Schlüter/ <i>Bearbeiter</i>	s. Beck IFRS-Hdb
Bohnert OWiG	Bohnert, OWiG, Kommentar zum Ordnungswidrigkeitenrecht, München, 3. Aufl. 2010
Bokelmann Firmenrecht	Bokelmann, Das Recht der Firmen- und Geschäftsbezeichnungen, Freiburg, 5. Aufl. 2000
Boos/Fischer/Schulte-Mattler/ <i>Bearbeiter</i> KWG	Boos/Fischer/Schulte-Mattler (Hrsg.), KWG, CRR-VO: Kommentar zu Kreditwesengesetz, VO (EU) Nr. 575/2013 (CRR) und Ausführungsvorschriften, 2 Bd., 5. Aufl. 2016

## Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur

- |   |  |
|---|--|
| Bork  | Bork, Der Vergleich, Berlin 1988   |
| Braun/ <i>Bearbeiter</i> InsO   | Braun (Hrsg.), Insolvenzordnung: InsO, München, 8. Aufl. 2020 zitiert: <i>Bearbeiter</i> in: Braun, InsO   |
| Brox/Henssler   | Brox/Henssler, Handelsrecht mit Grundzügen des Wertpapierrechts, München, 23. Aufl. 2020   |
| Brox/Walker   | Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 44. Aufl. 2020  |
| Bruck/Möller  | Baumann/Beckmann/Johannsen/Johannsen, (Hrsg.), Großkommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Berlin, 9. Aufl. 2008 ff.  |
| Bürgers/Körber/ <i>Bearbeiter</i> AktG                                | Bürgers/Körber/Lieder (Hrsg.), Heidelberger Kommentar zum Aktiengesetz, Heidelberg, 5. Aufl. 2020  |
| Bumiller/Harders FamFG  | Bumiller/Harders/Schwamb, Kommentar zum Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, München, 12. Aufl. 2019   |
| Busse von Colbe/Ordelheide Konzernabschlüsse                          | Busse von Colbe/Ordelheide, Konzernabschlüsse, 9. Aufl. 2009   |
| Canaris Handelsrecht  | Canaris, Handelsrecht, München, 24. Aufl. 2006   |
| Canaris Vertrauenshaftung   | Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971  |
| Christ/Müller-Helle   | Christ/Müller-Helle Veröffentlichungspflichten nach dem neuen EHUG, Freiburg 2007  |
| Deloitte iGAAP 2011   | Deloitte (Hrsg.), iGAAP 2011, London, 4. Aufl. 2010  |
| Derleder/Knops/Bamberger  | Derleder/Knops/Bamberger, Deutsches und europäisches Bank- und Kapitalmarktrecht, Berlin/Heidelberg, 3. Aufl. 2017   |
| Düringer/Hachenburg   | Düringer/Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 (unter Ausschluß d. Seerechts) auf d. Grundlage d. Bürgerl. Gesetzbuchs, Mannheim 1935   |
| Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/ <i>Bearbeiter</i> ; EBS Ehrenbergs Hdb | Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn (Hrsg.), Handelsgesetzbuch: HGB, München, 2 Bd., 3. Aufl. 2014 f., 4. Aufl. 2020<br>Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, 5. Band, I. Abteilung, 1. Hälfte, 1. Lieferung, 1926 |
| Eidenmüller   | Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, München 2004  |
| Emmerich/Habersack KonzernR   | Emmerich/Habersack, Konzernrecht, München, 11. Aufl. 2020  |
| Ensthaler   | Ensthaler (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar zum Handelsgesetzbuch: HGB, 8. Aufl. 2015  |
| Erman/ <i>Bearbeiter</i>  | Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Köln, 15. Aufl. 2017  |
| Ernst & Young International GAAP 2011                                 | Ernst & Young (Hrsg.), International GAAP 2011, Chichester 2011  |
| Fezer MarkenG   | Fezer, Markenrecht, Kommentar, München, 4. Aufl. 2009  |
| FK-InsO/ <i>Bearbeiter</i>  | Wimmer (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, München, 9. Aufl. 2018   |
| Fleischhauer/Wochner  | Fleischhauer/Wochner (Hrsg.), Handelsregisterrecht: Verfahren – Anmeldeunterlagen – Erläuterungen, Berlin, 4. Aufl. 2019   |
| Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht/ <i>Bearbeiter</i>             | Jaeger, u.a. (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 96. Ergänzungslieferung Juni 2020 (Loseblatt)  |
| Fülbier/Aepfelbach/Langweg  | Fülbier/Aepfelbach/Langweg, GWG – Kommentar zum Geldwäschegesetz, 5. Aufl. 2006  |
| Gesetzgebungsmaterialien zum ADHGB                                    | Lutz, Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches 1858 ff  |
| Geßler/Hefermehl  | Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, Aktiengesetz, 1973 ff   |
| v. Gierke/Sandrock Handels- und Wirtschaftsrecht                      | v. Gierke/Sandrock, Handels- und Wirtschaftsrecht, Berlin, 9. Aufl. 1975   |

- Goldmann  
Gortsos Single  
Supervisory Mechanism  
Grabitz/Hilf/Nettesheim/  
*Bearbeiter*  
Großkommentar AktG/  
*Bearbeiter*  
Großkomm/*Bearbeiter*  
GroßkommUWG/*Bearbeiter*  
Grüll/Janert Die Konkurrenz-  
klausel  
Grundmann EG-Schuldvertrags-  
recht  
Grundmann Europäisches Ge-  
sellschaftsrecht  
Grundmann Treuhandvertrag  
Habersack  
Hachenburg/*Bearbeiter*  
GmbHG  
Hahn ADHGB  
Handbuch des Außendienst-  
rechts I  
Hartmann-Wendels/Pfingsten/  
Weber Bankbetriebslehre  
HdJ-*Bearbeiter*  
HdR-EA/*Bearbeiter*  
Heidel/*Bearbeiter* AktienR  
Herrmann/Heuer/Raupach/  
*Bearbeiter*  
Hess/Binz/Wienberg Gesamt-  
vollstreckungsordnung  
Hess/Weis/Wienberg InsO  
Heuser/Theile/*Bearbeiter*  
Heymann/*Bearbeiter* HGB  
HuRB  
Hirte/Bücker  
HK-HGB/*Bearbeiter*  
Hoeren/Sieber/*Bearbeiter*  
Hofbauer/Kupsch/*Bearbeiter*  
Hopt/Mössle/*Bearbeiter*  
Handelsrecht  
Hueck/Canaris Recht der Wert-  
papiere
- Goldmann, Unternehmenskennzeichen, Berlin, 4. Aufl. 2019  
Gortsos, The Single Supervisory Mechanism (SSM) – Legal aspects of the first pillar of the European Banking Union, 2015  
Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV, 70. Aufl. Mai 2020 (Loseblatt)  
Hirte/Mülbert/Roth (Hrsg.), Aktiengesetz Großkommentar, Berlin, 5. Aufl. 2015 ff.  
Staub, Handelsgesetzbuch: Großkommentar, Berlin, 5. Aufl. 2008 ff.  
Teplitzky/Pfeifer/Leistner (Hrsg.), Großkommentar zum UWG, Berlin, 2. Aufl. 2013 ff.  
Grüll/Janert, Die Konkurrenzklause, Heidelberg, 5. Aufl. 1993  
Grundmann, Europäisches Schuldvertragsrecht – das Europäische Recht der Unternehmensgeschäfte (nebst Texten und Materialien zur Rechtsangleichung), 1999  
Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2011  
Grundmann, Der Treuhandvertrag – insbesondere die werbende Treuhand, 1997  
Habersack/Verse, Europäisches Gesellschaftsrecht, München, 5. Aufl. 2019  
Ulmer (Hrsg.), Hachenburg, GmbHG – Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommentar, Berlin, 3 Bd., 8. Aufl. 1992/1997  
von Hahn, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 (mit Ausschluss des Seerechts) auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Braunschweig, 4. Aufl. 1894  
s. Küstner/Thume I-III  
Hartmann-Wendels/Pfingsten/Weber, Bankbetriebslehre, 7. Aufl. 2019  
Schulze-Osterloh/Hennrichs/Wüstemann (Hrsg.), Handbuch des Jahresabschlusses (HdJ), Bilanzrecht nach HGB, EStG und IFRS, Köln, 74. Ergänzungslieferung April 2020 (Loseblatt)  
Kütting/Weber (Hrsg.), Handbuch der Rechnungslegung – Einzelabschluss, Stuttgart, 28. Ergänzungslieferung Juni 2019 (Loseblatt)  
Heidel (Hrsg.), Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, Kommentar, Baden-Baden, 5. Aufl. 2019  
Einkommensteuer- und Körperschaftsteuergesetz mit Nebengesetzen, Köln, 298. Ergänzungslieferung Juli 2020 (Loseblatt)  
Hess/Binz/Wienberg, Gesamtvollstreckungsordnung, Neuwied, 4. Aufl. 1998  
Hess/Weis/Wienberg (Hrsg.), Insolvenzordnung, Heidelberg, 2. Aufl. 2001  
Heuser/Theile (Hrsg.), IFRS-Handbuch, Köln, 6. Aufl. 2019  
Horn/Balzer/Borges/Herrmann (Hrsg.), Heymann, Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht), Kommentar, 4 Bd., Berlin, 3. Aufl. 2019 f.  
Leffson/Rückle/Großfeld (Hrsg.), Handwörterbuch unbestimmter Rechtsbegriffe im Bilanzrecht des HGB, Köln 1986  
Hirte/Bücker (Hrsg.), Grenzüberschreitende Gesellschaften, Berlin, 2. Aufl. 2006  
Glanegger/Kirnberger/Kusterer u.a., Heidelberger Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Heidelberg, 7. Aufl. 2007  
Hoeren/Sieber/Holznapel, Handbuch Multimediale recht – Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs, München 52. Aufl. April 2020 (Loseblatt)  
Hofbauer/Kupsch, Rechnungslegung, hrsg. v. Kupsch/Scherrer/Grewe/Kirsch, 103. Ergänzungslieferung Stand Mai 2020  
Hopt/Mössle, Handels- und Gesellschaftsrecht, Band I: Handelsrecht, München, 2. Aufl. 1999  
Hueck/Canaris, Recht der Wertpapiere, München, 12. Aufl. 1986

## Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur

- Hueck/Nipperdey *Arbeitsrecht* Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band 2: Kollektives Arbeitsrecht, Berlin, 7. Aufl. 1967/1970
- A. Hueck OHG Hueck, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, Berlin, 4. Aufl. 1971
- Hüffer/Koch *AktG* Hüffer/Koch, Aktiengesetz, München, 14. Aufl. 2020
- Ingerl/Rohnke Ingerl/Rohnke, Markengesetz, Kommentar, München, 3. Aufl. 2010
- Jansen/*Bearbeiter* von Schuckmann/Sonnenfeld (Hrsg.), Großkommentar zum FGG, 3 Bd., Berlin, 3. Aufl. 2005 f.
- Kallmeyer/*Bearbeiter* Kallmeyer u.a., Umwandlungsgesetz, Köln, 7. Aufl. 2020
- Kraedel/Krafka/*Bearbeiter* Krafka/Kühn *RegisterR*
- RegisterR
- Keidel/*Bearbeiter* FamFG FamFG, Kommentar, München, 20. Aufl. 2020
- Köhler BGB, Allgemeiner Teil Köhler, BGB Allgemeiner Teil, München, 44. Aufl. 2020
- Köhler/Bornkamm/*Bearbeiter* Köhler/Bornkamm/Feddersen, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG, München, 38. Aufl. 2020
- Koller/Kindler/Roth/Drüen/*Bearbeiter* Koller/Kindler/Roth/Drüen, Handelsgesetzbuch: HGB, München, 9. Aufl. 2019
- KölnKomm-AktG/*Bearbeiter* Zöllner/Noack (Hrsg.), Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Köln, 3. Aufl. 2004 ff
- KK-OWiG/*Bearbeiter* Mitsch (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten: OWiG, München, 5. Aufl. 2018
- KPMG Insights into IFRS KPMG (Hrsg.), Insights into IFRS, London, 9. Aufl. 2012/2013
- Krafka /*Bearbeiter* RegisterR Krafka/Kühn (Hrsg.), Registerrecht, München, 11. Aufl. 2019
- Küstner/Thume/*Bearbeiter* Küstner/Thume, Handelsvertreterverträge, Frankfurt am Main, 2. Aufl. 2011
- Küstner/Thume I/*Bearbeiter* Küstner, Thume (Hrsg.), Handbuch des gesamten Vertriebsrechts, Band 1: Das Recht des Handelsvertreters, Heidelberg, 5. Aufl. 2016
- Küstner/Thume II/*Bearbeiter* Küstner, Thume (Hrsg.), Handbuch des gesamten Vertriebsrechts, Band 2: Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters (Warenvertreter, Versicherungs- und Bausparkassenvertreter), Heidelberg, 9. Aufl. 2014
- Küstner/Thume III/*Bearbeiter* Küstner/Thume, Handbuch des gesamten Vertriebsrechts, Band 3: Besondere Vertriebsformen, Heidelberg, 4. Aufl. 2014
- Küting/Weber/*Bearbeiter* Küting/Weber (Hrsg.), Handbuch der Konzernrechnungslegung, Stuttgart, 2. Aufl. 1998
- Lackhoff *Single Supervisory Mechanism* Lackhoff, Single Supervisory Mechanism – A Practitioner’s Guide, München/Oxford/Baden-Baden 2017
- Lettl Lettl, Handelsrecht, München, 4. Aufl. 2018
- Loewenheim/Meessen/*Riesenkampff/Bearbeiter* Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann (Hrsg.), München, 4. Aufl. 2020
- Lohmüller/Beustien/Josten Lohmüller u.a., Handels- und Versicherungsvertreterrecht, 2. Aufl. 1970/71, Loseblatt
- Lüdenbach/Hoffmann/*Bearbeiter* Lüdenbach/Hoffmann/Freiberg (Hrsg.), Haufe IFRS-Kommentar, Freiburg, 17. Aufl. 2019
- Lutter/*Bearbeiter* UmwG Bayer/Vetter (Hrsg.), Umwandlungsgesetz, 2 Bd., Köln, 6. Aufl. 2019
- Lutter/Hommelhoff/*Bearbeiter* GmbHG Lutter/Hommelhoff u.a., GmbH-Gesetz, Köln, 20. Aufl. 2020
- Luz/Neus/Schaber/Schneider/*Wagner/Weber* KWG und CRR Luz/Neus/Schaber/Schneider/Wagner/Weber (Hrsg.), KWG und CRR: Kommentar zu KWG, CRR, SolvV, WuSolvV, GroMiKV, LiqV und weiteren aufsichtsrechtlichen Vorschriften, 3. Aufl. 2015
- Manigk Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, Berlin 1907
- Martinek *Franchising* Martinek, Franchising, Heidelberg 1987
- Martinek/*Bearbeiter* Martinek/Semmler/Flohr (Hrsg.), Handbuch des Vertriebsrechts, München, 4. Aufl. 2016

Medicus AT	Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, Heidelberg, 11. Aufl. 2016
Meilicke/von Westphalen PartGG	Meilicke/Graf von Westphalen/Hoffmann/Lenz/Wolff, Kommentar, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz: PartGG, Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften Angehöriger Freier Berufe, München, 3. Aufl. 2015
Michalski/ <i>Bearbeiter</i> GmbHG	Michalski/Heidinger/Leible/Schmidt (Hrsg.), Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), 2 Bd., München, 3. Aufl. 2017
MünchHdbGesR/ <i>Bearbeiter</i>	Beuthien/Gummert/Schöpflin (Hrsg. der 4. Aufl.), Gummert/Weipert (Hrsg. der 5. Aufl.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, div. Bd., München, 4. Aufl. 2014 ff., 5. Aufl. 2019 ff.
MünchKommAktG/ <i>Bearbeiter</i>	Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, München, 4. Aufl. 2012 ff., 5. Aufl. 2019 ff.
MünchKommBGB/ <i>Bearbeiter</i>	Säcker/Rixecker/Oetker/Limperg (Hrsg. der 8. Aufl.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, München, 7. Aufl. 2015 ff., 8. Aufl. 2018 ff
MünchKommBilR/ <i>Bearbeiter</i>	Henrichs/Kleindiek/Watrin (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, Band 1 IFRS, München September 2014 (Loseblatt)
MünchKommHGB/ <i>Bearbeiter</i>	Schmidt, Karsten (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch: HGB, München, 4. Aufl. 2016 ff.
MünchKommInsO/ <i>Bearbeiter</i>	Kirchhof/Lwowski/Stürner (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, 3 Bd., München, 2. Aufl. 2007 f
MünchKommZPO/ <i>Bearbeiter</i>	Rauscher/Wax/Wenzel (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 4 Bd., München, 3. Aufl. 2007 ff
Musielak/Voit/ <i>Bearbeiter</i> ZPO	Musielak/Voit (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung: ZPO, München, 17. Aufl. 2020
Noack/ <i>Bearbeiter</i>	Noack (Hrsg.), Das neue Gesetz über elektronische Handels- und Unternehmensregister – EHUG, 2007
Oetker Handelsrecht	Oetker, Handelsrecht, Heidelberg, 8. Aufl. 2019
Oetker/ <i>Bearbeiter</i>	Oetker, HGB, Kommentar, München, 6. Aufl. 2019
Oppenländer/ <i>Bearbeiter</i>	Oppenländer/Trölitisch (Hrsg.), Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, München, 3. Aufl. 2020
Palandt/ <i>Bearbeiter</i>	Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch: BGB, München, 80. Aufl. 2021
Prölss/Martin/ <i>Bearbeiter</i> VVG	Prölss/Martin, Versicherungsvertragsgesetz: VVG, München, 30. Aufl. 2018
PWW/ <i>Bearbeiter</i>	Prütting/Wegen/Weinrich (Hrsg.), BGB Kommentar, Köln, 15. Aufl. 2020
Raiser/Veil	Recht der Kapitalgesellschaften, München, 6. Aufl. 2015
Reithmann/Martiny/ <i>Bearbeiter</i>	Reithmann/Martiny (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht, Köln, 8. Aufl. 2015
RGRK-BGB/ <i>Bearbeiter</i>	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Berlin, 12. Aufl. 1975–1999
RGRK-HGB/ <i>Bearbeiter</i>	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Berlin, 1. Aufl. 1939 ff
Richardi Wertpapierrecht	Richardi, Wertpapierrecht, Heidelberg 1987
Ritter HGB	Ritter, Kommentar zum HGB, 2. Aufl. 1932
Röhrich/Graf v. Westphalen/ Haas/ <i>Bearbeiter</i>	Röhrich/Graf v. Westphalen/Haas (Hrsg.), Handelsgesetzbuch: HGB, Kommentar zu Handelsstand, Handelsgesellschaften, Handelsgeschäften und besonderen Handelsverträgen (ohne Bilanz-, Transport- und Seerecht), Köln, 5. Aufl. 2019
Roth/Altmeppen	Roth/Altmeppen, GmbHG-Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommentar, München, 9. Aufl. 2019
Rowedder/Schmidt-Leithoff/ <i>Bearbeiter</i> GmbHG	Rowedder/Schmidt-Leithoff (Hrsg.), Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: GmbHG, München, 6. Aufl. 2017
Schlegelberger/ <i>Bearbeiter</i>	Schlegelberger/Geßler, Handelsgesetzbuch Kommentar, München, 5. Aufl. 1973
K. Schmidt Gesellschaftsrecht	Schmidt, Gesellschaftsrecht, Köln, 4. Aufl. 2002

## Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur

- K. Schmidt Handelsrecht Schmidt, Handelsrecht, Köln, 6. Aufl. 2014
- K. Schmidt/Lutter AktG Schmidt, Lutter, Kommentar zum Aktiengesetz, Köln, 4. Aufl. 2020
- Scholz/Bearbeiter GmbHG Scholz (Hrsg.), Kommentar zum GmbHG, 3 Bd., Köln, 11. Aufl. 2013 ff., 12. Aufl. 2017 ff.
- Schönke/Schröder/Bearbeiter StGB Schönke/Schröder (Hrsg.), Strafgesetzbuch: StGB, Kommentar, München, 30. Aufl. 2019
- Schubert/Schmiedel/Krampe Schubert/Schmiedel/Krampe (Hrsg.), Quellen zum Handelsgesetzbuch von 1897, Frankfurt am Main 1988
- Schultze/Wauschkuhn/Spenner/Dau Schultze/Wauschkuhn/Spenner/Dau/Kübler, Der Vertragshändlervertrag, Frankfurt am Main, 5. Aufl. 2015
- Schwark/Zimmer/Bearbeiter Soergel/Bearbeiter Schwark/Zimmer (Hrsg.), Kapitalmarktrechts-Kommentar, München, 5. Aufl. 2020  
Soergel/Siebert (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Stuttgart, 13. Aufl. 2001 ff
- Spindler/Stilz/Bearbeiter AktG Spindler/Stilz (Hrsg.), Aktiengesetz, Kommentar, 2 Bd., München, 4. Aufl. 2019
- Staub ADHGB Staub, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Berlin, 5. Aufl. 1897
- Staub/Bearbeiter Canaris/Habersack/Schäfer (Hrsg.), Staub, Großkommentar zum Handelsgesetzbuch, HGB, Berlin, 5. Aufl. Berlin 2008 ff
- Staudinger/Bearbeiter J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 13. Bearbeitung, Berlin 1993 ff
- Stolterfoht Stolterfoht, Handelsrecht, Berlin 1973
- Straatmann/Ulmer traatmann/Ulmer, Handelsrechtliche Schiedsgerichts-Praxis (HSG), 1975 ff
- Straube/Bearbeiter Straube (Hrsg.), Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Wien, 3. Aufl. 2003 ff
- Ströbele/Hacker Ströbele/Hacker/Thiering (Hrsg.), Markengesetz, Kommentar, Köln; 12. Aufl. 2018
- Stumpf/Jaletzke/Bearbeiter Stumpf/Jaletzke, Der Vertragshändlervertrag, Heidelberg, 3. Aufl. 1997
- Stüsser Stüsser, Die Anfechtung der Vollmacht nach Bürgerlichem Recht und Handelsrecht, Berlin 1986
- Thiele Finanzaufsicht Thiele, Finanzaufsicht – Der Staat und die Finanzmärkte, Tübingen 2014
- Thiele/von Keitz/Brücks/Bearbeiter Thiele/von Keitz/Brücks (Hrsg.), Internationales Bilanzrecht, Bonn/Berlin, 46. Ergänzungslieferung Mai 2020 (Loseblatt)
- Thomas/Putzo/Bearbeiter Thomas/Putzo, Zivilprozessordnung: ZPO, München, 41. Aufl. 2020
- Uhlenbruck/Bearbeiter Hirte/Vallender (Hrsg.), Uhlenbruck, Insolvenzordnung: InsO, Kommentar, München, 15. Aufl. 2019 f.
- Ulmer/Brandner/Hensen/Bearbeiter AGB-Recht Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht Kommentar, Köln, 12. Aufl. 2016
- Ulmer/Habersack Ulmer/Habersack, Verbraucherkreditgesetz, München, 2. Aufl. 1995
- Ulmer/Habersack/Löbbe/Bearbeiter GmbHG Ulmer/Habersack/Löbbe (Hrsg.), GmbH-Gesetz, Kommentar, 3 Bd., Tübingen, 2. Aufl. 2016
- Ulmer/Schäfer Ulmer/Schäfer, Gesellschaft bürgerlichen Rechts und Partnerschaftsgesellschaft: GbR PartG, München, 7. Aufl. 2017
- Vater et al./Bearbeiter IFRS Änderungskommentar 2009 Vater/Ernst/Hayn/Knorr/Mißler (Hrsg.), IFRS Änderungskommentar 2009, Weinheim 2009
- von Godin/Wilhelmi von Godin/Wilhelmi, Aktiengesetz, Kommentar, Berlin, 4. Aufl. 1971
- von Wysocki et al./Bearbeiter Schulze-Osterloh/Henrichs/Wüstemann (Hrsg.), Handbuch des Jahresabschlusses (HdJ), Bilanzrecht nach HGB, EStG und IFRS, Köln, 74. Ergänzungslieferung April 2020 (Loseblatt)
- Vortmann Aufklärungspflichten Vortmann, Aufklärungs- und Beratungspflichten der Banken, 12. Aufl. 2018
- Wessel/Zwernemann/Kögel Firmengründung Wessel/Zwernemann/Kögel, Firmengründung, Heidelberg, 7. Aufl. 2001
- Zöllner/Bearbeiter ZPO Zöllner, Zivilprozessordnung: ZPO, Kommentar, Köln, 33. Aufl. 2020
- Zöllner Wertpapierrecht Zöllner, Wertpapierrecht, München, 14. Aufl. 1987

# ERSTES BUCH Handelsstand

## SIEBENTER ABSCHNITT Handelsvertreter

### § 89 [Kündigung des Vertrages]

- (1) <sup>1</sup>Ist das Vertragsverhältnis auf unbestimmte Zeit eingegangen, so kann es im ersten Jahr der Vertragsdauer mit einer Frist von einem Monat, im zweiten Jahr mit einer Frist von zwei Monaten und im dritten bis fünften Jahr mit einer Frist von drei Monaten gekündigt werden. <sup>2</sup>Nach einer Vertragsdauer von fünf Jahren kann das Vertragsverhältnis mit einer Frist von sechs Monaten gekündigt werden. <sup>3</sup>Die Kündigung ist nur für den Schluß eines Kalendermonats zulässig, sofern keine abweichende Vereinbarung getroffen ist.
- (2) <sup>1</sup>Die Kündigungsfristen nach Absatz 1 Satz 1 und 2 können durch Vereinbarung verlängert werden; die Frist darf für den Unternehmer nicht kürzer sein als für den Handelsvertreter. <sup>2</sup>Bei Vereinbarung einer kürzeren Frist für den Unternehmer gilt die für den Handelsvertreter vereinbarte Frist.
- (3) <sup>1</sup>Ein für eine bestimmte Zeit eingegangenes Vertragsverhältnis, das nach Ablauf der vereinbarten Laufzeit von beiden Teilen fortgesetzt wird, gilt als auf unbestimmte Zeit verlängert. <sup>2</sup>Für die Bestimmung der Kündigungsfristen nach Absatz 1 Satz 1 und 2 ist die Gesamtdauer des Vertragsverhältnisses maßgeblich.

#### Schrifttum

*Becker-Schaffner* Die Änderungskündigung aus materieller und prozessualer Sicht, BB 1991, 129; *ders.* Zugang der Kündigung, BB 1998, 422; *Boldt* Zur vorzeitigen Kündigung eines Handelsvertreterverhältnisses, BB 1962, 906; *Duden* Kündigung von Tankstellenverträgen nach § 624 BGB, NJW 1962, 1326; *Füssel* Teilkündigung eines Handelsvertretervertrags, DB 1972, 378; *Hess* Können befristete Arbeitsverhältnisse vor Ablauf der Frist durch eine ordentliche Kündigung gelöst werden, BB 1954, 747; *Gores/Podann* Kündigung eines Vertrages, MDR 2018, 1032; *Höft* Zur Anwendung des § 89 Abs. 3 HGB, VersR 1973, 600; *Hoß/Lohr* Befristete Arbeitsverhältnisse, MDR 1998, 313; *Küstner* Die kündigungsrechtliche Behandlung von Handelsvertreterverträgen mit Verlängerungsklausel, BB 1973, 1239; *ders.* Handelsvertretervertrag mit Verlängerungsklausel, BB 1975, 195; *Leo* Rechtsfragen zur Kündigung des Handelsvertretervertrags, DB 1961, 1518; *Lohr* Kündigung des Arbeitsvertrags – Zurückweisung wegen fehlender Vollmacht, MDR 2000, 620; *Maier* Kündigung des Handelsvertretervertrags wegen Alters oder Krankheit, BB 1978, 940; *Pauly* Hauptprobleme der Änderungskündigung, DB 1997, 2378; *Preis/Stoffels* Die Inhaltskontrolle der Verträge selbständiger und unselbständiger Handelsvertreter, ZHR 160 (1996), 442; *Schmidt* Die Änderungskündigung nach den neuen Vorschriften des KSchG NJW 1971, 684; *Schnitzler* Teilkündigung eines Handelsvertretervertrags, MDR 1959, 170; *Schröder* Änderung der Vertragsbedingungen und Ausgleichsanspruch im Handelsvertreterverhältnis, DB 1958, 975; *ders.* Handelsvertreterverhältnisse auf „Probe“, DB 1966, 2007; *ders.* Kündigung von Handelsvertreterverträgen mit Verlängerungsklausel, BB 1974, 298; *ders.* Handelsvertreterverträge auf bestimmte Zeit, Festschrift für Hefermehl 1976, 113; *Schwytz* Mindestkündigungsfristen bei Beendigung von Vertragshändlerverträgen, BB 1997, 2385; *Ulmer* Kündigungsschranken im Handels- und Gesellschaftsrecht, Festschrift für Möhring, 1975, 295; *Weimar* Kann die Kündigung eines Handelsvertretervertrags wegen Sittenverstoßes nichtig sein, MDR 1959, 986; v. *Westphalen* Vertragshändlerverträge außerhalb der EG-VO 1475/95 und des Instrumentariums der richterlichen Inhaltskontrolle von AGB-Klauseln, Freundesgabe für Jürgen Gündisch, 1999, S. 70 (zitiert FG Gündisch).

#### Übersicht

A. Übersicht — 1

B. Genese und europarechtliche Präformation — 3

C. Zweck — 4

D. Endigungsgründe für das Handelsvertreterverhältnis — 5

I. Änderungskündigung — 7

II. Anfechtung — 8

- III. Arbeitsunfähigkeit — 9
- IV. Aufhebungsvertrag — 10
- V. Auflösende und aufschiebende Bedingung — 13
- VI. Befristung — 20
- VII. Betriebsveräußerung oder -einstellung — 21
- VIII. Auflösung und Vollbeendigung einer Handelsvertretergesellschaft — 22
- IX. Höchstalter als vereinbarter Endzeitpunkt — 23
- X. Insolvenz des Mittlers oder des Unternehmers — 24
  - 1. Insolvenz des Unternehmers — 24
    - a) Fortsetzung des Vermittler-Vertrages nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens — 25
    - b) Schicksal des Mittlervertrages im Insolvenzverfahren — 28
      - aa) Fortbestehen im Insolvenzantragsverfahren — 28
      - bb) Kündigung durch den Mittler — 29
  - 2. Insolvenz des Mittlers — 31
    - a) Fortbestand des Mittlervertrages in dessen Insolvenz? — 31
    - b) Kündigung des Mittler-Vertrages — 32
    - c) Verbraucherinsolvenzverfahren und Restschuldbefreiung — 34
    - d) Insolvenzschutz nach BetrAVG? — 35
- XI. Mehrstufige Vertreterverhältnisse — 36
- XII. Probezeit — 37
- XIII. Teilkündigung — 38
- XIV. Tod des Handelsvertreters — 44
- XV. Übertragung der Vertretung auf einen Nachfolger — 45
- XVI. Wegfall der Geschäftsgrundlage — 46
- E. Absätze 1 und 3 — 47**
  - I. Vertragsverhältnis — 47
    - 1. Persönlicher Anwendungsbereich — 47
    - 2. Sachlicher Anwendungsbereich — 54
      - a) Überblick — 54
      - b) Faktischer Vertrag — 55
    - 3. Kündigung vor Vertragsbeginn — 56
  - II. Auf unbestimmte Zeit eingegangen/Vertrag mit bestimmter Laufzeit — 57
  - III. Absatz 3/Kettenverträge — 63
    - 1. Abs. 3: Einverständlich unbefristet fortgesetztes Vertragsverhältnis — 64
    - 2. Einverständlich befristet fortgesetztes Vertragsverhältnis — 66
  - IV. Fristen — 72
  - V. Maßgebliche Vertragsdauer — 75
  - VI. Kündigungserklärung („gekündigt werden“) — 76
    - 1. Form — 77
    - 2. Inhalt — 78
      - a) Klarheit — 78
      - b) Begründung der Kündigung und weitere Inhaltsanforderungen — 80
      - c) Folgen der mangelnden Wahrung der Wirksamkeitserfordernisse — 81
      - d) Umdeutung der ordentlichen in eine außerordentliche Kündigung? — 83
      - e) Prozessuale Auslegung der Kündigungserklärung — 84
  - VII. Regelmäßige Kündigungswirkung zum Schluss eines Kalendermonats — 85
  - VIII. Wirkung der Kündigung — 86
  - IX. Freistellung des Mittlers — 91
    - 1. Freistellungserklärung — 92
    - 2. Zulässigkeit der Freistellung — 93
    - 3. Wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung — 94
    - 4. Rechtsstellung des HV nach berechtigter Freistellung — 95
    - 5. Unberechtigte Freistellung — 98
  - X. „Rücknahme“ und Anfechtung der Kündigung — 99
  - XI. Fortsetzung eines beendeten Vertragsverhältnisses — 100
  - XII. Ausschluss und Begrenzung des Kündigungsrechts — 101
    - 1. Verwirkung, Verzicht — 102
    - 2. Schikane- oder Vergeltungskündigung — 105
    - 3. Kündigung zur Unzeit — 106
    - 4. § 19 GWB — 107
    - 5. Folgen erheblicher Investitionen – Investitionsschutz und Investitionersatzanspruch — 108
    - 6. Widersprüchliches Verhalten — 118

XIII. Folgen der Vertragsbeendigung — 119

**F. Abs. 2 und sonstige abweichende Vereinbarungen** — 120

I. Kündigungsausschluss oder Kündigungser-schwernisse — 120

II. Absatz 2: Verlängerung und Verkürzung der Kündigungsfristen – zwingende Natur des § 89 — 133

III. § 89 Abs. 2 S. 1: Keine kürzere Kündigungsfrist für den Unternehmer als für den HV — 137

IV. Vereinbarungen zum Kündigungsendtermin — 138

V. § 92b — 139

VI. § 92c — 140

VII. Rechtsfolgen unzulässiger Vereinbarungen — 141

**G. Keine „stille“ Kündigung ohne Kündigungserklärung** — 142

**H. Zulässige Länge von Vertriebsverträgen** — 143

**I. Beweislast** — 146

**J. Steuerrecht** — 147

**K. Ausländisches zwingendes Recht** — 148

## A. Übersicht

§ 89 regelt die **ordentliche Kündigung** des auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen oder in Anlehnung an § 625 BGB zunächst auf bestimmte Zeit fest abgeschlossenen und nach Ablauf dieser Zeit von beiden Parteien einvernehmlich fortgesetzten HV-Vertrages als weniger dramatisches **Gegenstück zur außerordentlichen Kündigung** des § 89a. Die vor der Novelle 1989 sogar noch kürzeren (Rn 3) Fristen des § 89 bildeten ursprünglich gegenüber den für Arbeiter und Angestellte nach §§ 621–623 BGB<sup>1</sup> geltenden überwiegend eine Privilegierung, jedenfalls aber keine erhebliche Schlechterstellung. Heute bewirken sie im Vergleich zu den für Angestellte maßgeblichen Fristen eine Benachteiligung des meist als „Einpersonenunternehmen“ tätigen HV, die mit seiner oft durch wirtschaftliche Abhängigkeit begrenzten Selbständigkeit nur unzureichend erklärt werden kann. Ihre Kürze bedroht erheblich die wirtschaftliche Grundlage jedes HV, gleich ob es sich um einen großen oder kleinen HV handelt. Eine langfristige Planung ist mit diesen Fristen unmöglich, der Unternehmer kann mittels Kündigungsandrohung erheblichen Druck auf den auf den Vertrag angewiesenen Vertriebsmittler<sup>2</sup> ausüben. Der Ausgleichsanspruch als „kleiner Kündigungsschutz“ bietet nur geringe Linderung, zumal seine TB-Voraussetzungen nicht immer gegeben sein müssen. Wohl daraus resultiert(e) das Bestreben der Rspr. oder der bis 2013 gültigen Kfz-GVO 1400/02, die Kündigungsfristen in investitionsintensiven Branchen – etwa im Kfz-Vertriebsrecht – zu verlängern. Bei HV-ähnlichen Dauerschuldverhältnissen mit Investitionsbedarf sieht der BGH heute eine Kündigungsfrist zwischen sechs Monaten<sup>3</sup> und einem Jahr<sup>4</sup> (Vertragshändlervertrag mit erheblichem Investitionsbedarf) als angemessen an.

§ 89 trifft **für beide Parteien** geltende Regelungen zur ordentlichen Kündigung des HV-Vertrages in allen ihren Formen, einschließlich der **Änderungskündigung** und – soweit zulässig – der **Teilkündigung**.<sup>5</sup> Bei Ausübung von **Weisungs- und Dispositionsrechten** (soweit zulässig),

<sup>1</sup> Bei nach Monaten bemessener Vergütung war gem. § 621 BGB a. F. eine Kündigung zum Schluss eines Kalendermonats möglich, die bis zum 15. eines Monats erklärt werden musste. Gegenüber Angestellten höherer Art, etwa Lehrern, lautete die Kündigungsfrist 6 Wochen zum Schluss eines Kalendervierteljahres (§ 622 BGB a. F.).

<sup>2</sup> Martinek ZVertriebsR 2012, 2 (7).

<sup>3</sup> BGH, Urt. v. 20.7.2006 – III ZR 145/05, MDR 2007, 258 (Belegarzt).

<sup>4</sup> BGH BB 1995, 1657; zust. Niebling WRP 2011, 1518 (1522).

<sup>5</sup> Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 21.

selbst wenn sie die vertraglich vorbehaltene Befugnis zur Änderung einzelner Vertragsbedingungen zum Inhalt hat,<sup>6</sup> müssen die Fristen des § 89 nicht eingehalten werden. Sie sind nur zu beachten, wenn die Dispositionsmaßnahme der Wirkung einer Vertragsbeendigung gleichkommt (§ 86a Rn 99). Nach einer Kündigung hat der HV grundsätzlich keinen Anspruch auf Neuabschluss des Vertrages, sofern dies nicht vereinbart wurde<sup>7</sup> oder § 19 GWB einen Kontrahierungszwang gibt (siehe Kommentierung zu Vor § 84). Ausnahmsweise kann ein Anspruch auf Vertragsanpassung nach § 242 BGB bestehen.<sup>8</sup> Beispiel: VV bei neuer Tarifstruktur.<sup>9</sup> Die **unberechtigte ordentliche Kündigung** kann gem. § 280 BGB **schadensersatzpflichtig** machen.<sup>10</sup>

## B. Genese und europarechtliche Präformation

- 3 § 89 gewann seine heutige Fassung durch Gesetz vom 23.10.1989. Es setzte die Vorgaben der Art. 14, 15 RL um und verlängerte die Kündigungsfristen (Abs. 1), schränkte die Möglichkeiten abweichender Vereinbarungen ein (Abs. 2) und nahm die Kündigungsregelung für ein auf bestimmte Zeit eingegangenes und dann einvernehmlich fortgesetztes Vertragsverhältnis neu auf (Abs. 3). Vor der Gesetzesänderung durfte der Vertrag in den ersten drei Jahren der Vertragsdauer nur mit einer Frist von sechs Wochen für den Schluss eines Kalendervierteljahres gekündigt werden. Wurde eine andere Kündigungsfrist vereinbart, so musste sie mindestens einen Monat betragen; es durfte nur für den Schluss eines Kalendermonats gekündigt werden. Nach einer Vertragsdauer von drei Jahren durfte das Vertragsverhältnis nur mit einer Frist von mindestens drei Monaten zum Schluss eines Kalendervierteljahres gekündigt werden (Abs. 2). Eine vereinbarte Kündigungsfrist musste für beide Teile gleich sein; bei Vereinbarung ungleicher Fristen galt für beide Teile die längere Frist (Abs. 3). § 89 entspricht nun weitgehend dem europarechtlichen Vorbild des Art. 15 RL. Art. 15 Abs. 2 RL schreibt im ersten Vertragsjahr eine Kündigungsfrist von einem Monat, ab dem angefangenen zweiten Vertragsjahr zwei Monate sowie ab dem dritten Vertragsjahr drei Monate vor. Gem. Art. 15 Abs. 3 RL ist es den Vertragsstaaten jedoch gestattet, ab dem vierten Vertragsjahr eine Kündigungsfrist von vier Monaten, ab dem fünften Vertragsjahr von fünf Monaten und ab dem sechsten Vertragsjahr von sechs Monaten vorzuschreiben. Deutschland hat den Schritt des vierten und fünften Vertragsjahres nicht übernommen und nimmt dabei im europäischen Schutzniveau eine Mittelstellung ein.<sup>11</sup> § 89 Abs. 3 S. 1 entspricht Art. 14 RL. Damit wurde gegenüber der früheren Regelung das Schutzniveau erhöht, was dem Ziel der RL entsprach.

## C. Zweck

- 4 Die Kündigungsfristen sollen dem HV Schutzfristen gewähren, damit er sich rechtzeitig für die Zeit nach Vertragsbeendigung auf eine Tätigkeit für ein oder mehrere andere Unternehmer oder auf anderen Geschäftsfeldern umstellen kann.<sup>12</sup> In gleicher Weise schützt die Frist den Unternehmer, der ein Interesse daran hat, nicht plötzlich und ohne Umstellungsfrist ohne Vertriebsmittler dazustehen, ohne den Vertrieb rechtzeitig neu organisieren zu können.<sup>13</sup> Die Fristen sind als Kompromiss zwischen den Interessen des Unternehmers und des HV konzipiert, wobei die

6 Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 21; Schlegelberger/Schröder § 89 Rn 9b.

7 Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 12.

8 Hopt § 89 Rn 17.

9 BGH WM 1992, 311.

10 OLG Köln, Urt. v. 30.9.2005 – 19 U 67/05, VersR 2006, 407 (408); Hopt § 89 Rn 16.

11 Westphal EWS 1996, 43 (47).

12 BGH NJW-RR 2002, 1554 (1555); Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 4.

13 Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 4.

Begr. z. RegE<sup>14</sup> darauf verweist, auch der HV könne Interesse an kürzeren Fristen haben und zugunsten des Unternehmers berücksichtigt werden müsse, dass ein gekündigter HV nicht mehr mit gleichem Einsatz werbe (weshalb die Fristen nicht zu lang sein dürften).

## D. Endigungsgründe für das Handelsvertreterverhältnis

Die **Vielfalt** der Gründe, aus denen das HV-Verhältnis möglicherweise enden kann, ist für das HV-Recht von Interesse hauptsächlich für den Ausgleichsanspruch des § 89b, in geringerem Umfange daneben noch für das nachvertragliche Wettbewerbsverbot des § 90a, und allenfalls für den Schadensersatzanspruch aus § 89a Abs. 2. Üblicherweise enden HV-Verträge entweder durch Kündigung – ordentliche des § 89 oder außerordentliche des § 89a – oder bei Befristung infolge Zeitablaufs, wobei die Befristung häufig mit einer Fortsetzungsklausel verbunden wird. Insoweit besteht, soweit die zwingenden Kündigungsfristen beachtet werden, weitgehende Vertragsfreiheit und es ist bezeichnend, welche Mühe die Parteien bereits vor Vertragsbeginn auf die Bestimmung der Umstände der Vertragsbeendigung in der zwischen ihnen geschlossenen Vereinbarung legen.

Beispielhaft sind folgende Endigungsgründe zu nennen:

6

### I. Änderungskündigung

Eine Änderungskündigung enthält im Zweifel die unbedingte,<sup>15</sup> ordentliche, keiner Begründung<sup>16</sup> oder Rechtfertigung<sup>17</sup> bedürftige Kündigung des bestehenden Vertrages, verbunden mit dem ggf. nachfolgenden Antrag (zunächst oft nur als Letter of Intent) auf Abschluss eines neuen, geänderten Vertrags.<sup>18</sup> Durch den unbedingten Willen des Kündigenden zur Beendigung des Gesamtvertrages unterscheidet sie sich von der Teilkündigung (siehe dort) oder dem bloßen Angebot auf Vertragsänderung.<sup>19</sup> Die Änderungskündigung kann auch **konkludent** erklärt werden.<sup>20</sup> So mag etwa eine die Tätigkeit des HV einschränkende „Weisung“ rechtstechnisch als Änderungskündigung verstanden werden.<sup>21</sup> **Schweigen auf die Änderungskündigung** bedeutet keine Zustimmung zu dem angebotenen neuen Vertrag.<sup>22</sup> Der Gekündigte muss ihr weder widersprechen noch das Vertragsangebot annehmen.<sup>23</sup> Die Änderungskündigung steht zwar nicht gem. § 2 KSchG analog unter dem Vorbehalt einer gerichtlichen Überprüfung. Jedoch kann der Mittler die Änderungskündigung unter dem **Vorbehalt einer gerichtlichen Feststellung ihre Wirksamkeit** annehmen;<sup>24</sup> das mit der Änderungskündigung verbundene Angebot auf Abschluss eines Neuvertrages würde im Zweifel gem. § 139 BGB von der Feststellung der Unwirksamkeit erfasst.<sup>25</sup>

<sup>14</sup> Begr. z. RegE, BT-Drucks. I/3856, S. 31.

<sup>15</sup> Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 24; MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 87 Rn 79; aA Stötter S. 157.

<sup>16</sup> Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 24.

<sup>17</sup> BGH ZIP 2000, 138 (140).

<sup>18</sup> BGH ZIP 2000, 138 (140); Schlegelberger/Schröder DB 1958, 975; Pauly DB 1997, 2378; Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 24; MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89 Rn 52; zum Arbeitsrecht Hoss MDR 2000, 562.

<sup>19</sup> OLG Köln VersR 1989, 1142; Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 24.

<sup>20</sup> Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 86.

<sup>21</sup> OLG Stuttgart BB 1965, 926; Hopt § 89 Rn 17.

<sup>22</sup> BGH, Urt. v. 24.10.1955 – II ZR 216/54, BB 1955, 1009; Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 86; Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 26; Heymann/Sonnenschein/Weitemeyer § 89 Rn 24; MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89 Rn 52.

<sup>23</sup> Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 26.

<sup>24</sup> Köhnen in: Giesler, Praxishandbuch Vertriebsrecht, 2. Aufl. 2011, § 3 Rn 325.

<sup>25</sup> Köhnen in: Giesler, Praxishandbuch Vertriebsrecht, 2. Aufl. 2011, § 3 Rn 325.

## II. Anfechtung

8 Zur Anfechtung s. Kommentierung zu § 84.

## III. Arbeitsunfähigkeit

9 Der Vertrag endet nicht durch die Arbeitsunfähigkeit des Mittlers.<sup>26</sup> Es bedarf einer Kündigung.

## IV. Aufhebungsvertrag

10 Der HV-Vertrag kann durch einen jederzeit möglichen, frei aushandelbaren, nicht an die Einhaltung von Kündigungsfristen noch an sonstige im Arbeitsrecht geltende Beschränkungen gebundenen<sup>27</sup> Aufhebungsvertrag beendet werden.<sup>28</sup> Ein solcher Vertrag unterliegt keiner Form,<sup>29</sup> er kann ggf. konkludent geschlossen werden.<sup>30</sup> Insb. ist § 623 BGB unanwendbar.<sup>31</sup> Die Vereinbarung löst wegen des Fehlens eines Verbrauchergeschäfts kein **Widerrufsrecht** nach den §§ 355, 312 ff. BGB aus.<sup>32</sup> Zum Verhältnis zu § 89b Abs. 4 S. 1 s. Kommentierung zu § 89b.

11 Die zwingende Natur des § 89 (Rn 120) steht der Aufhebungsvereinbarung nicht entgegen. Denn nur die Kündigung muss die Fristen des Abs. 1 wahren, nicht eine beiderseitige Vereinbarung.<sup>33</sup> Es besteht insoweit auch kein Schutzbedürfnis, welches zu einer Erstreckung des Derogationsverbots auf den Aufhebungsvertrag führen könne. Denn keine Partei ist gezwungen, den Aufhebungsvertrag zu unterzeichnen. Ein wirtschaftlicher Druck wie zum Zeitpunkt des Abschlusses des HV-Vertrages, der dazu führen kann, dass die wirtschaftlich unterlegene Partei sich auf eine Abbedingung der Kündigungsfristen einlassen würde, besteht vor Abschluss eines Aufhebungsvertrages typischerweise nicht. Eine einverständliche Aufhebung des HV-Vertrages liegt auch vor, wenn das **Vertragsverhältnis umgewandelt** wird: in ein Verhältnis auf der Basis eines nunmehr angestellten Reisenden,<sup>34</sup> eines Anstellungsvertrages unter Betreuung mit sonstigen Aufgaben in der Organisation des Unternehmens oder einer Tätigkeit als (nur noch) nebenberuflicher HV (§ 92b). Aufhebungsverträge, die unter Verstoß gegen das aus §§ 311 Abs. 2 Nr. 1, 241 Abs. 2 BGB herzuleitende Gebot fairer Verhandlung zustande kommen, sind automatisch unwirksam.<sup>35</sup> Das wird man mglw. auf den Bereich vertriebsrechtlicher Aufhebungsvereinbarungen übertragen können. Formulierungshilfen gibt *Mann*.<sup>36</sup> Sinnvoll kann eine erläuternde Präambel sein.<sup>37</sup> Enthält die Aufhebungsvereinbarung Regelungen zum nachvertraglichen Wettbewerbsver-

<sup>26</sup> OLG Braunschweig NJW-RR 1994, 35; *Hopt* § 84 Rn 42.

<sup>27</sup> Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 7; MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89 Rn 13.

<sup>28</sup> Siehe BGHZ 24, 214; BGH VersR 1963, 556; OLG Nürnberg BB 1959, 318; *Flohr/Liesegang* ZVertriebsR 2018, 351 (353); *Mann* ZVertriebsR 2017, 25; *Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn* Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 22; *Hopt* § 89 Rn 9; *Oetker/Busche*<sup>6</sup> § 89 Rn 28; MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89 Rn 13.

<sup>29</sup> *Mann* ZVertriebsR 2017, 25; *Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn* Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 26.

<sup>30</sup> Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 7; MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89 Rn 14 f.

<sup>31</sup> *Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn* Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 26; MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89b Rn 13.

<sup>32</sup> *Mann* ZVertriebsR 2017, 25.

<sup>33</sup> *Mann* ZVertriebsR 2017, 25 (26); *Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn* Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 24; MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89 Rn 13.

<sup>34</sup> Fall BAG NJW 1958, 1365 – Vorinstanz: BB 1957, 1275; *Winterberg* DB 1958, 521, 1163; *Neflin* DB 1958, 579.

<sup>35</sup> BAG, Urt. v. 7.2.2019 – 6 AZR 75/18, s. dazu auch LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urt. 19.5.2020 – 5 Sa 173/19.

<sup>36</sup> *Mann* ZVertriebsR 2017, 25.

<sup>37</sup> *Mann* ZVertriebsR 2017, 25.

bot, sind die zwingenden Bestimmungen des § 90a zu beachten.<sup>38</sup> Zu empfehlen sind zudem eine Kostenregelung, eine Gerichtsstandvereinbarung, eine Rechtswahlklausel sowie eine salvatorische Klausel.<sup>39</sup>

Von der Vertragsaufhebung zu unterscheiden ist die bloße **Fortsetzung des bisherigen HV-Vertrages zu geänderten Bedingungen**. Hier ist das HV-Verhältnis als solches nicht beendet. Vielmehr ist von einer Fortsetzung des bisherigen Vertrages auszugehen, nur zu geänderten Bedingungen. Paradigma ist der **Änderungsvertrag**, bei welchem lediglich einzelne Regelungen des HV-Vertrages ersetzt werden. Das ist wichtig für den Ausgleichsanspruch<sup>40</sup> (§ 89b Rn 103 ff.). Denn bei Vertragsfortsetzung entsteht kein Ausgleichsanspruch. Auf die Frage, ob im Altvertrag erworbene Ausgleichsanswartschaften in den Neuvertrag überführt werden, kommt es beim Änderungsvertrag nicht an. Anders liegt es in Fällen, in denen eine Änderungskündigung des Unternehmers ausgesprochen wird, mit der erreicht werden soll, dem HV abweichend von vertraglichen Festsetzungen den zugewiesenen Bezirk oder Kundenkreis zu verkleinern oder den Provisionssatz herabzusetzen, und daraufhin eine Vertragsänderung zu diesen eingeschränkten Konditionen zwecks Vermeidung der Änderungskündigung zustande kommt. Gleiches gilt für Konstellationen, in denen einverständnislich eine vollkommene Vertragsauswechslung gewollt ist. Diese Fälle unterscheiden sich von denen der Vertragskontinuität, indem als notwendiges Zwischenstadium die vollständige Vertragsbeendigung gewollt ist. Die Abgrenzung erfolgt nach §§ 133, 157 BGB, wobei die Zahl der geänderten Regelungen und ihre Gravität eine Rolle spielt. Nur soweit infolge der Vertragsbeendigung Provisionen entgehen, kann nach der Änderungskündigung ein Ausgleichsanspruch entstehen; von einem Übergang der Ausgleichsanswartschaften ist im Regelfall auszugehen.

## V. Auflösende und aufschiebende Bedingung

Der Eintritt einer **auflösenden Bedingung** als Endigungsgrund darf vereinbart werden,<sup>41</sup> 13 etwa: Erreichen einer Altersschwelle,<sup>42</sup> Übernahme in den Öffentlichen Dienst, Wegzug ins Ausland, Anklage wegen einer Steuerstraftat (insb. bei Unternehmern, welche Aufträge von der öffentlichen Hand erhalten), Bestand eines Parallelvertrages,<sup>43</sup> Tod oder Ausscheiden des Gesellschafters oder Geschäftsführers einer HV-Gesellschaft.<sup>44</sup> Beiden Parteien eher gerecht wird die der Parteidisposition unterliegende Kündigung,<sup>45</sup> welche eine „automatische“ Vertragsbeendigung verhindert und es ermöglicht, im Einzelfall über das Vertragsende zu entscheiden. Sie verhindert ferner, dass eine Partei durch bewusstes Herbeiführen der Bedingung das Vertragsende erreichen kann, wobei der Unternehmer für die Unbeachtlichkeit des Bedingungseintritts nach §§ 162, 242 BGB beweispflichtig wäre.<sup>46</sup> Die Vereinbarung einer Bedingung überhebt der Notwendigkeit einer Kündigung; doch wird stets zu prüfen sein, ob

<sup>38</sup> Mann ZVertriebsR 2017, 25 (29).

<sup>39</sup> Mann ZVertriebsR 2017, 25 (29/30).

<sup>40</sup> BGH NJW 1967, 248.

<sup>41</sup> BGH, Urt. v. 5.11.2020 – VII 2R 188/19, WM 2020, 2386; Giesler/Güntzel in: Giesler, Praxishandbuch Vertriebsrecht, 2. Aufl. 2011, § 4 Rn 483; Canaris § 17 Rn 97; Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 18; Hopt § 89 Rn 2; Oetker/Busche<sup>6</sup> § 89 Rn 30; MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89 Rn 11.

<sup>42</sup> BGH, Urt. v. 6.2.1969 – VII ZR 125/66, VersR 1969, 445; Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 18.

<sup>43</sup> Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 18.

<sup>44</sup> BGH, Urt. v. 5.11.2020 – VII 2R 188/19, WM 2020, 2386; Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 38.

<sup>45</sup> Giesler/Güntzel in: Giesler, Praxishandbuch Vertriebsrecht, 2. Aufl. 2011, § 4 Rn 485.

<sup>46</sup> Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 19.

nicht in Wahrheit die vertragliche Festlegung eines zur fristlosen Kündigung berechtigenden Umstandes gemeint ist.<sup>47</sup> Das mag der Fall sein, wenn der zur Kündigung berechtigende TB hinsichtlich des „Ob“ der Kündigung bedeutsamen Beurteilungsspielraum offenlässt, und er deshalb typischerweise unter die wichtigen Gründe für eine fristlose Kündigung gerechnet wird (Gegenbeispiele: ungenehmigte Übernahme einer Teilzeitarbeit im Angestelltenverhältnis; Teilung der Agentur unter Verlegung der Hauptniederlassung außerhalb des zugewiesenen Bezirks, Abwerbung von Personal bei einer Zulieferfirma des Unternehmers). Spiegelbildlich kann im Einzelfall ein Kündigungsrecht als auflösende Bedingung zu verstehen sein.<sup>48</sup> Bei auflösenden Bedingungen ist darauf zu achten, dass die Investition des Mittlers nicht übermäßigen Gefährdungen ausgesetzt werden.<sup>49</sup>

- 14 Immer ist zu prüfen, ob der gesetzliche Kündigungsschutz umgangen wird.<sup>50</sup> So ist das **Verhältnis** der auflösenden Bedingung zu §§ 89, 89a ungeklärt. Denkbar sind drei Varianten: 1.: Die eine auflösende Bedingung regelnde Klausel wird nur anhand der §§ 134, 138, 242, 823 ff. BGB geprüft. 2.: Die Bedingung ist unwirksam, falls die auflösende Bedingung vor Ablauf der in § 89 geregelten Kündigungsfristen eintreten soll und nicht zugleich die Anforderungen an einen wichtigen Grund i. S. d. § 89a erfüllt. 3.: Die gesetzlichen Kündigungsfristen werden im Wege ergänzender Vertragsauslegung „hinzugedacht“, der Vertrag endet bei Eintritt der auflösenden Bedingung erst nach Ablauf der Mindestkündigungsfristen des § 89. Argument für 1.: Der Vertragspartner weiß von vornherein, dass der Vertrag bei Bedingungseintritt endet; ein Spannungsverhältnis zu § 89 wegen Umgehung der Kündigungsfristen besteht zumindest nicht, wenn der Vertrag länger als die anwendbare Kündigungsfrist lief. Ein schützenswertes Vertrauen in den Fortbestand des Vertrages wird nicht gesetzt; die Unsicherheit über das „Ob“ einer außerordentlichen Kündigung fehlt, da der Vertrag automatisch, d. h. „sicher“, endet. Es ist nicht in das Belieben des Kündigungsberechtigten gestellt, ob von dem wichtigen Grund i. S. d. § 89a Gebrauch gemacht wird. Ebenso wie eine ähnlich wirkende Befristung (Rn 20) wäre die auflösende Bedingung zulässig. Argument für 2.: Wichtige Kündigungsgründe dürfen konkretisiert, aber nicht abweichend von § 89a neu bestimmt werden. Ich habe eine gewisse Präferenz für die Variante 1. Denn sie entspricht der Konzeption des § 158 BGB, ohne im HV-Recht Besonderheiten zu konstruieren. Der Vertragspartner weiß zudem, ähnlich der Befristung, seit Vertragsschluss unter welcher Bedingung der Vertrag endet.
- 15 Allerdings kann durchaus darüber diskutiert werden, ob durch eine auflösende Bedingung die zwingenden Fristen des § 89 umgangen werden, sofern die auflösende Bedingung ein früheres Vertragsende zulässt.<sup>51</sup> Erfüllt die Bedingung zugleich die Anforderungen an einen wichtigen Grund, bestehen im Hinblick auf § 89a gegen ihre Zulässigkeit keine Bedenken,<sup>52</sup> sofern der Kündigende analog § 314 BGB vorher abmahnt (s. u.). Werden auflösende Bedingungen unterhalb der Schwelle eines wichtigen Grundes definiert, ist dies nur zulässig, wenn dafür – objektiv – ein aner kennenswertes Interesse gegeben ist.<sup>53</sup> Dies wird wohl nur bei objektiv anknüpfbaren Umständen und keiner Wertung zugänglichen, von subjektiven Einschätzungen einer Partei abhängigen Beendigungsgründen der Fall sein. So kann ein aner kennenswertes Interesse daran bestehen, etwa das Nichterreichen bestimmter Umsatzschwellen binnen eines Zeitraums als auf-

47 Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 18; Schlegelberger/Schröder § 89 Rn 1d.

48 BayObLG NJW-RR 1990, 87; Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 18; Staudinger/Bork Vor §§ 158–163 Rn 10.

49 Giesler/Güntzel in: Giesler, Praxishandbuch Vertriebsrecht, 2. Aufl. 2011, § 4 Rn 484.

50 Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 7; MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89 Rn 12; vgl. LAG Berlin MDR 1998, 293.

51 MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89 Rn 12 fordert deshalb die Prüfung, ob Kündigungsbeschränkungen umgangen werden.

52 Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 19.

53 Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 19.

lösende Bedingung zu regeln, sofern die geregelten Zahlen realistischer Weise erreichbar sind.<sup>54</sup> Die mglw. geringere Eingriffsschwelle gegenüber dem wichtigen Grund nach § 89a wird man angesichts der Vorhersehbarkeit bei Vertragsschluss bei hinreichender Transparenz der Auflösungsbedingungen, objektivem Interesse sowie Anknüpfung an objektive Umstände hinnehmen können, soweit keine Knebelung nach § 138 BGB eintritt. Die Ausgleichsausschlussgründe des § 89b Abs. 3 sind im Falle der Bedingung analog anzuwenden.<sup>55</sup>

Relevant wird das Problem etwa im Falle der Vereinbarung, bei Nichterreichen eines bestimmten Umsatzziels ende der Vertrag automatisch.<sup>56</sup> Sollte der Vertrag grundsätzlich unbefristet laufen und nur ausnahmsweise in dieser Weise durch auflösende Bedingung enden, besteht das o. g. genannte Spannungsverhältnis zu §§ 89, 89a.<sup>57</sup>

Unter Umständen kann aus Vertrauensschutzgesichtspunkten und zur Warnung eine Abmahnung analog § 314 BGB gefordert sein, ehe sich der Vertragspartner auf die Wirkungen einer auflösenden Bedingung berufen darf.<sup>58</sup> Die Gründe sind die gleichen, welche schon vor Wirksamwerden des § 314 BGB die Rspr. dazu leitete, eine Abmahnung zu fordern. Dies gilt insb. bei Vertriebsverträgen mit ihren engen Treupflichten und dann, wenn die Bedingung an ein steuerbares Verhalten des Vertragspartners geknüpft wird. Unter Umständen greifen die Grundsätze des Investitionersatzanspruches (Rn 108 ff.) ein.<sup>59</sup>

Weiter muss der Auflösungsgrund klar, transparent und vorhersehbar bestimmt werden (bei AGB: Transparenzgebot), damit die Folgen für den Vertragspartner schon bei Vertragsschluss vorhersehbar sind<sup>60</sup> (woran es bei den o. g., einer Wertung zugänglichen subjektiven Auflösungsgründen meist fehlt).

Ist die Vereinbarung einer Bedingung unwirksam, gelten die gesetzlichen Regelungen, insb. § 89.<sup>61</sup>

## VI. Befristung

Eine Befristung des HV-Vertrages ist, anders als im Arbeitsrecht, ohne sachliche Begründung jederzeit zulässig.<sup>62</sup> Allerdings muss der Zeitraum der Befristung mindestens die Kündigungsfristen des § 89 erreichen. Beispielhaft zu nennen sind **befristete Probeverträge** und die sog. **kommissarische Übertragung einer Vertretung** durch einen bereits für einen anderen Bezirk oder anderen Kundenkreis tätigen HV, der vorübergehend einen vakanten Bezirk übernimmt. Die kommissarische Betrauung pflegt mit gesondertem Vertrag zu geschehen. Im Gegensatz zur **aufschiebenden Bedingung** ist der Vertrag zwischenzeitlich in Vollzug. Soll ein HV-Vertrag mit der Vollendung des 65. Lebensjahres enden, wird diese Altersbeschränkung nicht auf die aktuell geltenden **Altersgrenzen der gesetzlichen Rentenversicherung** verlängert.<sup>63</sup> Die Klausel ist auch nicht gem. § 307 BGB, wegen Verstoßes gegen das AGG oder analog § 41 S. 2 SGB VI unwirksam.<sup>64</sup>

<sup>54</sup> Giesler/Güntzel in: Giesler, Praxishandbuch Vertriebsrecht, 2. Aufl. 2011, § 4 Rn 484; Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 19; aA (Umgehung des § 89): MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89 Rn 12.

<sup>55</sup> Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89b Rn 258.

<sup>56</sup> Oetker/Busche<sup>6</sup> § 89 Rn 25; MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89 Rn 12.

<sup>57</sup> Vgl. Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 19.

<sup>58</sup> Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 20.

<sup>59</sup> Vgl. Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 21.

<sup>60</sup> Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 19.

<sup>61</sup> MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89 Rn 12.

<sup>62</sup> OLG München, Beschl. v. 29.3.2017 – 7 U 4410/16, ZVertriebsR 2017, 242; Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 7.

<sup>63</sup> OLG München, Beschl. v. 29.3.2017 – 7 U 4410/16, ZVertriebsR 2017, 242 Rn 9.

<sup>64</sup> OLG München, Beschl. v. 29.3.2017 – 7 U 4410/16, ZVertriebsR 2017, 242 Rn 10/11/14.

## VII. Betriebsveräußerung oder -einstellung

- 21 Die Veräußerung des Betriebs des Unternehmers<sup>65</sup> führt das Ende des HV-Vertrages nicht herbei, so wenig wie die Veräußerung der Agentur durch den HV oder die Betriebseinstellung<sup>66</sup> durch eine Vertragspartei. Der Veräußernde muss, der Vertragspartner kann den Vertrag kündigen. Ein automatischer Übergang des Vertrages auf den Betriebsnachfolger findet nicht statt. Insbesondere sind die Voraussetzungen des § 613a BGB nicht gegeben.<sup>67</sup> Jedoch kann ein Eintritt des Unternehmensnachfolgers in das Vertragsverhältnis vereinbart werden.<sup>68</sup> Je nach den Umständen des Sachverhalts können diese Umstände einen Grund für eine fristlose Kündigung bilden.<sup>69</sup>

## VIII. Auflösung und Vollbeendigung einer Handelsvertretergesellschaft

- 22 Die **Auflösung einer Vertretergesellschaft** (GmbH, oHG, KG) hat ebenfalls nicht die Beendigung des mit ihr geschlossenen HV-Vertrages zur Folge.<sup>70</sup> Sie steht dem Tode einer natürlichen Person nicht gleich, weil die aufgelöste Gesellschaft zunächst noch fortbesteht, wenn auch nur als Liquidationsgesellschaft, und unter Umständen wieder zur Vollgesellschaft erstarken kann. Anders die wohl h. M.: Sie wendet die §§ 673, 675 BGB nicht nur im Falle des Todes des HV, sondern auch im Fall der Auflösung der HV-Gesellschaft an und vertritt, der HV-Vertrag ende entsprechend §§ 673, 675 BGB bereits bei Auflösung.<sup>71</sup> Diese seit mehr als hundert Jahren eingenommene Ansicht ist abzulehnen. Denn die Gesellschaft besteht als eine ggf. werbende Liquidationsgesellschaft fort<sup>72</sup> und wird als solche regelmäßig von den bisherigen Geschäftsführern liquidiert. Das liegt nicht nur im Interesse der Gesellschaft, sondern ist auch Pflicht gegenüber dem Unternehmer, der Klarheit darüber gewinnen muss, wann er welche Dispositionen aus Anlass der Liquidation seines Vertragspartners zu treffen hat. Die §§ 673, 675 BGB sind auf die natürliche Person bezogene Sonderregeln, die nur mit Vorsicht analog auf eine juristische Person anzuwenden sind.<sup>73</sup> Sie sollen, da der im Erbfall gem. §§ 1922, 1967 BGB eintretende Übergang des HV-Vertrages regelmäßig sowohl dem Willen des Unternehmers wie des Erben widersprechen dürfte, den Übergang des HV-Vertrages auf den Erben verhindern.<sup>74</sup> Die Auflösung einer Gesellschaft ist mit dem Tod einer natürlichen Person unvergleichbar.<sup>75</sup> Wegen der zwischen Gesellschaft und Liquidationsgesellschaft bestehenden Identität von Personal- und Sachmitteln sind bei Auflösung der Gesellschaft weder jene noch der Unternehmer in einer dem Erbfall vergleichbaren Weise schutzwürdig. Die Liquidatoren haben daher den HV-Vertrag im Wege der ordentlichen Kündigung zu beenden.

65 Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 45; Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 8; MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89 Rn 27.

66 Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 44; Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 8; Hopt § 89 Rn 4; MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89 Rn 26.

67 BGH NJW 1963, 101.

68 Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 48.

69 Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 8; MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89 Rn 27.

70 Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 41; MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89 Rn 21.

71 Schuler JR 1957, 44 (47); Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 8; Schlegelberger/Schröder § 89 Rn 41; wohl auch Ahle DB 1963, 227 (228/229).

72 Emde Die Handelsvertreter-GmbH, 1994, S. 198; Emde GmbHR 1999, 1005 (1016).

73 Emde Die Handelsvertreter-GmbH, 1994, S. 198.

74 Mugdan II S. 307.

75 BGHZ 84, 379 (380); Emde Die Handelsvertreter-GmbH S. 198.

den.<sup>76</sup> Würden die Liquidatoren die Kündigung verzögern, könnten sie im Einzelfall dem Unternehmer einen Grund geben, wegen (insoweit) schuldhafter Verletzung der dem HV obliegenden Pflichten aus wichtigem Grunde seinerseits zu kündigen, sofern die Gesellschaft ihren Vertragspflichten nicht mehr nachkommen kann. Unterlassen die Liquidatoren die Kündigung, so endet der Vertretervertrag mit der Vollbeendigung der Gesellschaft.<sup>77</sup> Zudem darf der Unternehmer nach § 89a kündigen, falls ihm die Vertragsfortführung mit einer Liquidationsgesellschaft unzumutbar ist.<sup>78</sup> War der **HV eine Personenhandelsgesellschaft** (oHG, KG), so kommt es darauf an, ob und ggf. **wem von den Gesellschaftern** der HV-Vertrag die Wahrnehmung der eigentlichen **HV-Tätigkeit übertragen** hatte. Eine Auslegung kann ergeben, dass der Vertrag mit einem Gesellschafter fortbestehen soll.<sup>79</sup> Immerhin werden Unternehmer und Liquidator, bevor sie den HV-Vertrag fristlos kündigen, zweckmäßigerweise abwarten dürfen, ob die aufgelöste Gesellschaft nicht dennoch fortgeführt (§§ 134, 144) oder als zweigliedrige von einem der beiden Gesellschafter übernommen wird. Ist dann der mit der HV-Tätigkeit beauftragt gewesene Gesellschafter in der Gesellschaft verblieben bzw. führt er die bisher handelsgesellschaftliche Agenturfirma allein fort, so kann der HV-Vertrag weiterlaufen (woran der Unternehmer durchaus ein Interesse haben mag<sup>80</sup>). Ist er es nicht, so wird die Gesellschaft dem Unternehmer einen anderen, geeigneten Gesellschafter für die vakant gewordene Funktion vorzuschlagen haben. **Rechtsform-,<sup>81</sup> Gesellschafterwechsel, Spaltung,<sup>82</sup> Verschmelzung<sup>83</sup>** oder Tod eines Gesellschafters<sup>84</sup> beenden das Vertragsverhältnis nicht, sofern dies nicht als auflösende Bedingung (Rn 8 f.) vereinbart worden ist.<sup>85</sup> Eine außerordentliche Kündigung wegen eines Rechtsform- oder Gesellschafterwechsels ist nach Abmahnung möglich, falls die Gesellschaft hierdurch i. S. d. §§ 613, 664 BGB wesentlich in ihrem Erscheinungsbild geändert wird. Der Unternehmer ist nach diesen Normen gegen erhebliche Änderungen im Erscheinungsbild des HV-Unternehmens geschützt<sup>86</sup> (s. zu § 613 BGB die Kommentierung zu Vor § 84), sofern er hierdurch einen Nachteil erleidet. Davon ist auszugehen, wenn der ausscheidende Gesellschafter Schlüsselperson war.<sup>87</sup>

## IX. Höchstalter als vereinbarter Endzeitpunkt

HV-Verträge, **auslaufend mit Erreichung eines bestimmten Lebensalters** (bisher meist zum 23 65. Lebensjahr), sind regelmäßig nicht als mit fester Dauer abgeschlossen anzusehen. Meist wollen die Parteien keine feste, bis zu diesem Datum unkündbare Vertragslaufzeit i. S. d. § 620 Abs. 1 BGB bestimmen und es bestehen in der Zeit bis zum Erreichen der Altersschwelle Kündigungs-

<sup>76</sup> *Emde* Die Handelsvertreter-GmbH S. 199; *Schuler* JR 1957, 44 (45); *Sieg* AG 1964, 293 (298), *Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn* Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 41; *MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene* § 89 Rn 21; *Bruck/Möller* Vor §§ 43–48 Anm. 345.

<sup>77</sup> *Emde* Die Handelsvertreter-GmbH S. 199; *Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn* Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 41; **aA** *Sieg* AG 1964, 293.

<sup>78</sup> *Emde* GmbH 1999, 1005 (1016); *Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn* Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 41.

<sup>79</sup> *Ebenroth/Löwisch*<sup>3</sup> § 89 Rn 8.

<sup>80</sup> OLG Hamburg DB 1962, 1636.

<sup>81</sup> *Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn* Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 47; *Ebenroth/Löwisch*<sup>3</sup> § 89 Rn 8; *MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene* § 89 Rn 28.

<sup>82</sup> *Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn* Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 47.

<sup>83</sup> *Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn* Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 47.

<sup>84</sup> *Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn* Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 38, 40.

<sup>85</sup> *Emde* Die Handelsvertreter-GmbH S. 207; *Ebenroth/Löwisch*<sup>3</sup> § 89 Rn 8; *MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene* § 89 Rn 20.

<sup>86</sup> *Emde* Die Handelsvertreter-GmbH S. 219.

<sup>87</sup> *Emde* Die Handelsvertreter-GmbH S. 219.

rechte.<sup>88</sup> Im Zweifel stellen sie Verträge auf unbestimmte Zeit mit einem Spätest-Endtermin dar.<sup>89</sup> Eine vorherige Kündigung nach § 89, evtl. nach § 624 BGB,<sup>90</sup> ist also nicht ausgeschlossen. Zu strenge Anforderungen insoweit stellt *Hess*<sup>91</sup>, der eine ausdrücklich vereinbarte Gestattung früherer Kündigung im Vertrag fordert. Jeweils ist das Gewollte im Einzelfall zu prüfen.

## X. Insolvenz des Mittlers oder des Unternehmers

### 1. Insolvenz des Unternehmers

- 24 Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Unternehmers **führt** gem. § 116 S. 1 i. V. m. § 115 Abs. 1 InsO<sup>92</sup> **zur Beendigung des Vertragsverhältnisses**. Es bedarf keiner Kündigung; sie ist aber möglich, etwa bei außerordentlicher Kündigung infolge der Insolvenzantragsstellung oder dahingehender Kündigungsklauseln.<sup>93</sup> Deshalb erlöschen im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners sämtliche Geschäftsbesorgungsverträge,<sup>94</sup> auch HV-Verträge.<sup>95</sup> Gleiches gilt, wenn die Eröffnung des InsV gemäß § 26 InsO mangels Masse abgewiesen wird. *Wente*<sup>96</sup> befürwortet für HV-Verträge eine einschränkende Auslegung: Dem Insolvenzverwalter stehe entgegen dem Wortlaut des § 108 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 InsO das Wahlrecht des § 103 InsO über Fortführung oder Nichtfortführung zu. § 108 InsO sei einschränkend auszulegen, da er anderenfalls dem Ziel des Insolvenzverfahrens, die Masse zur gesetzmäßigen und gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger zu erhalten, widerspräche.<sup>97</sup> Dem HV eventuell erteilte Vollmachten, etwa eine Abschlussvollmacht, erlöschen gem. § 117 Abs. 1 InsO, wobei das Gesetz nur eine Ausnahme vorsieht (vgl. § 117 Abs. 2 InsO).<sup>98</sup> Dem HV steht kein Verfrühungsschaden nach § 113 Abs. 1 S. 2 InsO zu, wenn der HV-Vertrag aufgrund der Insolvenz des Unternehmers erlischt.<sup>99</sup>
- 25 a) **Fortsetzung des Vermittler-Vertrages nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens**. Eine Fortsetzung des HV-Vertrages nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Unternehmers ist trotz der automatisch eintretenden Beendigung möglich. Die Fortsetzung setzt

<sup>88</sup> BGH, Urt. v. 6.2.1969 – VII ZR 125/66, VersR 1969, 445 mit zust. Anm. *Boetius*; Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 62; Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 16; Heymann/Sonnenschein/Weitemeyer § 89 Rn 19; Hopt § 89 Rn 20; MünchKommHGB/v. *Hoyningen-Huene* § 89 Rn 41; Schlegelberger/Schröder § 89 Rn 3b, 8a.

<sup>89</sup> BGH, Urt. v. 6.2.1969 – VII ZR 125/66, VersR 1969, 445 (446 linke Spalte): VV-Vertrag mit Beendigung bei Erreichen des 65. Lebensjahres; *Boetius* VersR 1969, 447.

<sup>90</sup> Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 64; *Semler* in: Martinek/Semler/Habermeier/Flohr, Handbuch des Vertriebsrechts<sup>3</sup> § 19 Rn 4.

<sup>91</sup> BB 1954, 747.

<sup>92</sup> OLG Saarbrücken, Urt. v. 4.12.1996 – 1 U 343/96–59, BB 1997, 1603 (1604); *Kampf* Handelsvertreter und Insolvenz, Diss. iur. Mainz 2004, S. 27 f.; *Meyer/Knaub* ZVertriebsR 2016, 275 ff.; *Wagner/Wexler-Uhlich* BB 2011, 519 (522) – zum Vertragshändlervertrag; *Wagner/Wexler-Uhlich* BB 2010, 2454 (2456); *Emde/Kelm* ZIP 2005, 58; Flohr/Wauschkuhn/*Fröhlich* Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 87a Rn 91; Flohr/Wauschkuhn/*Wauschkuhn* Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 42; Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 9; *Canaris* § 17 Rn 97. Bis zum Inkrafttreten der InsO am 1.1.1999 ergab sich die Beendigung des HV-Vertrages aus § 23 KO (hierzu *Kampf* Handelsvertreter und Insolvenz, Diss. iur. Mainz 2004, S. 28); vgl. auch Heymann/*Weitemeyer/Sonnenschein* § 89 Rn 10; zur Insolvenz bei Franchiseverträgen *Torz* ZInsO 2009, 1235.

<sup>93</sup> *Wagner/Wexler-Uhlich* BB 2011, 519 (522) – zum Vertragshändlervertrag.

<sup>94</sup> AA für Vertragshändlerverträge *Mesch* ZVertriebsR 2015, 8 (13).

<sup>95</sup> *Mesch* ZVertriebsR 2015, 8 (13); MünchKommInsO/*Ott/Vuia* § 116 Rn 12.

<sup>96</sup> ZIP 2005, 335; hiergegen *Kampf* Handelsvertreter und Insolvenz, Diss. iur. Mainz 2004, S. 28 ff.

<sup>97</sup> *Wente* ZIP 2005, 335 (338).

<sup>98</sup> *Kampf* Handelsvertreter und Insolvenz, Diss. iur. Mainz 2004, S. 30 f.

<sup>99</sup> *Kampf* Handelsvertreter und Insolvenz, Diss. iur. Mainz 2004, S. 59.

eine Vereinbarung zwischen Insolvenzverwalter und HV voraus. Es entsteht ein neues Vertragsverhältnis.<sup>100</sup> Die Bedingungen des Neuvertrages können mit denen des ursprünglichen Vertrags weitgehend identisch sein. Den Parteien steht es frei, die Fortsetzung des Altvertrages zu vereinbaren.<sup>101</sup> Setzt der Insolvenzverwalter nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens den HV-Vertrag fort, ohne irgendwelche Vereinbarungen getroffen zu haben, liegt hierin der konkludente Abschluss eines **neuen** HV-Vertrages, d. h. keine Fortsetzung des Altvertrages.<sup>102</sup> Das Entstehen eines neuen Vertrags mit dem Insolvenzverwalter ist von Bedeutung für die insolvenzrechtliche Qualifikation der aus ihm resultierenden Ansprüche. Sämtliche Ansprüche des HV, die aufgrund seiner weiteren Tätigkeit nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens infolge des Neuvertrages mit dem Insolvenzverwalter entstehen, sind vorab zu befriedigende Masseverbindlichkeiten gem. § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO.<sup>103</sup>

Der HV-Vertrag **gilt** in Anwendung der § 116 S. 1 i. V. m. § 115 Abs. 2 S. 2 InsO **als fortbestehend**, wenn mit dem Aufschub der übertragenen Geschäfte Gefahr verbunden ist. Die Untätigkeit des HV müsste objektiv eine Gefahr mit sich bringen, d. h. der Insolvenzmasse objektiv Nachteile drohen.<sup>104</sup> Eine solche Gefahr ist gegeben, falls der Insolvenzverwalter das Geschäft nicht rechtzeitig selbst besorgen kann.<sup>105</sup> Als Beispiel seien nicht wiederholbare Beweissicherungen durch den HV oder schnelles, nicht ersetzbares Handeln bei Vermittlung oder Abschluss genannt,<sup>106</sup> etwa im Fall verderblicher Waren.<sup>107</sup> Der HV hat die Pflicht, solche Geschäfte solange fortzusetzen, bis der Insolvenzverwalter anderweitig Fürsorge treffen kann (§ 115 Abs. 2 S. 1 InsO). Dabei ist unerheblich, ob der HV in Kenntnis der Verfahrenseröffnung handelt oder nicht. Es ist allein die objektive Notlage maßgeblich.<sup>108</sup> Zur insolvenzrechtl. Einordnung des entstehenden Provisionsanspruchs s. Kommentierung zu § 87a.

Der Mittlervertrag gilt gem. § 116 S. 1 i. V. m. § 115 Abs. 3 S. 1 InsO zu Gunsten des Vertriebsmittlers als fortbestehend, solange er die Eröffnung des Insolvenzverfahrens ohne sein Verschulden (§ 276 BGB) nicht kennt.<sup>109</sup> Im Unterschied zur gesetzlichen Fiktion wegen eines möglichen Gefahrentritts gilt eine erteilte Vollmacht nicht als fortbestehend. Dies folgt aus einem Umkehrschluss zu § 117 Abs. 2 InsO, wonach die Vollmacht nur im Falle der bei Gefahr (s. o.) eintretenden Fiktion nach § 115 Abs. 2 InsO,<sup>110</sup> nicht aber im Falle des § 115 Abs. 3 InsO, als fortbestehend gilt. Der HV handelt ab der Eröffnung des Insolvenzverfahrens als **Vertreter ohne Vertretungsmacht** i. S. d. §§ 177 f. BGB.<sup>111</sup> Die von ihm getätigten Geschäfte sind gem. § 177 Abs. 1 BGB schwebend unwirksam. Die Fiktion gilt nur zu Gunsten des HV, so dass Dritte allein dann Ansprüche geltend machen können, wenn der Insolvenzverwalter gem. § 177 BGB die erforderliche Genehmigung zum Geschäft erteilt. Ob der Insolvenzverwalter die Genehmigung erteilt, steht ihm frei.<sup>112</sup> Dagegen ist der Schuldner gem. § 81 Abs. 1 InsO daran gehindert, eine Genehmigung zu erteilen, obwohl er letztlich der Vertretene ist. Das aus der fehlenden Vertretungsmacht resul-

**100** Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 42.

**101** BGH, Urt. v. 11.2.1988 – IX ZR 36/87, BGHZ 103, 250; Küstner/Thume/Thume I, Kap. V Rn 632.

**102** Wagner/Wexler-Uhlich BB 2011, 519 (522) – zum Vertragshändlervertrag; Wagner/Wexler-Uhlich BB 2010, 2454 (2457); Westphal I Rn 884.

**103** Kampf Handelsvertreter und Insolvenz, Diss. iur. Mainz 2004, S. 49; Küstner/Thume/Thume I, Kap. V Rn 632; Schlegelberger/Schröder § 89 Rn 41c.

**104** Wagner/Wexler-Uhlich BB 2011, 519 (522) – zum Vertragshändlervertrag; Wagner/Wexler-Uhlich BB 2010, 2454 (2456).

**105** Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 42; Kroth in: Braun, InsO, § 115 Rn 7.

**106** Wagner/Wexler-Uhlich BB 2010, 2454 (2456); Emde/Kelm ZIP 2005, 58; Westphal I Rn 882.

**107** Kampf Handelsvertreter und Insolvenz, Diss. iur. Mainz 2004, S. 42.

**108** Kroth in: Braun, InsO, § 115 Rn 7.

**109** Wagner/Wexler-Uhlich BB 2010, 2454 (2456); Kampf Handelsvertreter und Insolvenz, Diss. iur. Mainz 2004, S. 41.

**110** Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 42.

**111** Kampf Handelsvertreter und Insolvenz, Diss. iur. Mainz 2004, S. 42.

**112** Kroth in: Braun, InsO, § 117 Rn 6.

tierende Haftungsrisiko des HV gem. § 179 BGB wird durch § 117 Abs. 3 InsO aufgefangen. Der HV haftet nicht, solange er die Eröffnung des Verfahrens ohne sein Verschulden nicht kennt. Sämtliche aus der Fiktion resultierende Ersatz- und Vergütungsansprüche des HV sind einfache Insolvenzforderungen (vgl. § 116 S. 2 i. V. m. § 115 Abs. 3 S. 2 InsO).<sup>113</sup>

## b) Schicksal des Mittlervertrages im Insolvenzantragsverfahren

- 28 aa) Fortbestehen im Insolvenzantragsverfahren.** Der Mittlervertrag besteht während des Eröffnungsverfahrens, d. h. in dem Zeitraum ab Einreichung des Insolvenzantrages bis zur gerichtlichen Entscheidung über die Verfahrenseröffnung, fort. Die Erlöschensfolge der §§ 116 S. 1, 115 Abs. 1 InsO tritt erst mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein. Im Eröffnungsverfahren wird regelmäßig ein vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt, der u. a. die Aufgabe hat, das Unternehmen des Schuldners fortzuführen (§ 21 Abs. 2 Nr. 1 i. V. m. § 22 Abs. 1 Nr. 2 InsO). Ansprüche des Mittlers, die aus Geschäften hervorgehen, welche mit Billigung des vorläufigen Insolvenzverwalters ausgeführt werden, sind nach § 55 Abs. 2 InsO vorrangig zu befriedigende Masseansprüche.<sup>114</sup>
- 29 bb) Kündigung durch den Mittler.** Stellt der Unternehmer beim Insolvenzgericht einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens, so ist dies für den Mittler in der Regel ein wichtiger **Grund zur fristlosen Kündigung** des Vertrages gem. § 89a.<sup>115</sup> Zu Recht wird eine Kündigung bereits dann als gerechtfertigt angesehen, wenn einer der Insolvenzgründe des § 16 InsO vorliegt, aber noch kein Insolvenzverfahren eingeleitet wurde.<sup>116</sup> Denn die weitere Belieferung des Mittlers ist gefährdet;<sup>117</sup> diese Unsicherheit braucht er nicht hinzunehmen. Demzufolge können sowohl die bevorstehende als auch die eingetretene Zahlungsunfähigkeit sowie, bei Vorliegen aller Voraussetzungen, auch die Überschuldung einen außerordentlichen Kündigungsgrund darstellen. Die Parteien dürfen die Zahlungsunfähigkeit der anderen Partei auch als außerordentlichen Kündigungsgrund vereinbaren.<sup>118</sup> Für die Wirksamkeit einer Kündigung wegen des vertraglich vereinbarten Kündigungsgrundes der „bevorstehenden Zahlungsunfähigkeit“ verlangt das OLG Saarbrücken allerdings, dass nach Abgabe der Kündigungserklärung die Zahlungsunfähigkeit auch tatsächlich eintritt.<sup>119</sup> Ohne den späteren Eintritt der Zahlungsunfähigkeit könnte die Kündigung allein auf die subjektive Einschätzung und Prognose des Kündigenden gestützt werden. Damit würden die anderen insolvenzbezogenen Kündigungsgründe, z. B. Überschuldung oder Stellung des Insolvenzantrages, die an objektiv messbare Kriterien geknüpft sind, unterlaufen werden.<sup>120</sup>
- 30** Laut einer Entscheidung des OLG Dresden ist eine auf die Einreichung des Insolvenzantrages gestützte Kündigung ausnahmsweise dann nicht gerechtfertigt, wenn der Insolvenzschuldner den HV rechtzeitig umfassend und nachprüfbar darüber aufklärt, dass der Insolvenzantrag frühzeitig gestellt wurde, die Zahlungsschwierigkeiten wahrscheinlich nur vorübergehend sind, bereits ein Sanierungskonzept erarbeitet und der Schuldner in der Lage ist, alle weiter angebahnten Verträge

<sup>113</sup> *Kampf* Handelsvertreter und Insolvenz, Diss. iur. Mainz 2004, S. 47; vgl. auch *Hoffstadt* DB 1983, 645 (646); *Holling* DB 1957, 349 zu Ziff. 4.

<sup>114</sup> *Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn* Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 42.

<sup>115</sup> *Hopt* § 89a Rn 24; hinsichtlich eines Antrages auf Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens nach der Gesamtvollstreckungsordnung: OLG Dresden, Beschl. v. 11.10.1995 – 7 U 1138/95, ZIP 1996, 73; *Wagner/Wexler-Uhlich* BB 2011, 519 (522) – zum Vertragshändlervertrag; v. *Manteuffel/Evers* EWIR § 89a 1/96, 1133; *MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene* § 89a Rn 58.

<sup>116</sup> *Hopt* § 89a Rn 24.

<sup>117</sup> *Wagner/Wexler-Uhlich* BB 2011, 519 (522) – zum Vertragshändlervertrag.

<sup>118</sup> OLG Saarbrücken NJW-RR 1999, 1713.

<sup>119</sup> OLG Saarbrücken, Urt. v. 11.2.1998 – 1 U 364/97-83, NJW-RR 1998, 1191.

<sup>120</sup> OLG Saarbrücken, Urt. v. 11.2.1998 – 1 U 364/97-83, NJW-RR 1998, 1191 (1192).

zu erfüllen.<sup>121</sup> Diese Ausnahme berücksichtigt, dass Gefährdungen des Mittlers damit unwahrscheinlich sind und bei der Prüfung eines wichtigen Grundes nicht nur die Interessen des HV, sondern auch des Unternehmers in die Abwägung mit einzubeziehen sind. Die Kündigung könnte dazu beitragen, dass der Unternehmer Vertriebskanäle verliert, die für eine Sanierung von Bedeutung sein können. Im Gegenzug muss der insolvente Unternehmer den HV umfassend über Geschäftslage und Sanierungschancen aufklären, damit die Gefahr einer Kündigung abgewendet wird.<sup>122</sup> Man wird der Entscheidung nur zustimmen können, falls die Fähigkeit des Unternehmens zur Erfüllung aller vertraglichen Verpflichtungen zweifelsfrei ist. Die Parteien können Kündigungsrechte und auflösende Bedingungen für den Fall der Unternehmerinsolvenz vereinbaren, und zwar sowohl individualvertraglich<sup>123</sup> wie mittels AGB.<sup>124</sup> § 119 InsO steht nicht entgegen.<sup>125</sup>

## 2. Insolvenz des Mittlers

**a) Fortbestand des Mittlervertes in dessen Insolvenz?** Nach den Vorschriften der InsO 31 führt die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Mittlers nicht automatisch zum Vertragsende: Gem. § 108 Abs. 1 S. 1 InsO besteht der Vertrag, auch ein Vertragshändlervertrag, mit Wirkung für die Insolvenzmasse fort.<sup>126</sup> Die Rechtsfolge der Insolvenz des HV unterscheidet sich damit von der bei Insolvenz des Unternehmers. Dort kommt es gem. § 116 S. 1 i. V. m. § 115 Abs. 1 InsO zur automatischen Beendigung des HV-Vertrages (s. o.). Auch nach § 12 GewO wird eine eventuell erforderliche Erlaubnis (VV!) nicht widerrufen oder unzulässig. Eine Vereinbarung, wonach im Fall der Insolvenz der Vertrag beendet wird (mittels Kündigung oder auflösender Bedingung), ist zulässig. Nach Zivilrecht ergibt sich kein abweichendes Ergebnis: Zwar endet der HV-Vertrag gem. § 673, 675 BGB mit dem Tod des HV.<sup>127</sup> Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens steht dem Tod des HV nicht gleich, weil der HV nach wie vor vermittelnd tätig werden kann (der Insolvenzverwalter wird diese Aufgabe nicht leisten können,<sup>128</sup> falls doch begründet er Masseschulden<sup>129</sup>) und die Eröffnung des Insolvenzverfahrens ihn hieran nicht hindert. Zudem sind die Vorschriften der InsO *lex specialis*. Sie sehen jedoch keine Beendigung des Vertrages vor (s. o.). Sofern kein Bargeschäft nach § 142 InsO vorliegt, kann der Insolvenzverwalter des Vertragshändlers Zahlungen nach §§ 130 ff InsO anfechten.<sup>130</sup> Der Unternehmer darf die Unsicherheitseinrede gem. § 321 Abs. 1 BGB erheben und seine Vorleistungspflicht in einen Leistungsaustausch Zug-um-Zug wandeln.<sup>131</sup>

**121** OLG Dresden, Beschl. v. 11.10.1995 – 7 U 1138/95, ZIP 1996, 73; v. *Manteuffel/Evers* EWiR § 89a 1/96, 1133.

**122** OLG Dresden, Beschl. v. 11.10.1995 – 7 U 1138/95, ZIP 1996, 73 (75).

**123** *Wagner/Wexler-Uhlich* BB 2010, 2454 (2457).

**124** *Wagner/Wexler-Uhlich* BB 2010, 2454 (2457).

**125** *Wagner/Wexler-Uhlich* BB 2011, 519 (520) – zum Vertragshändlervertrag; *Wagner/Wexler-Uhlich* BB 2010, 2454 (2457).

**126** BGH, Urt. v. 7.5.2013 – IX 191/12, WM 2013, 1132 = EWiR 2013, 553 (*Eckardt*) Rn 11; OLG Düsseldorf, Urt. v. 18.12.2009 – 16 U 160/09, ZIP 2010, 194 = EWiR 2010, 159 (*Ströbl*) – HV; *Meyer/Knaub* ZVertriebsR 2016, 275 ff.; *Mesch* ZVertriebsR 2015, 8 (13); *Kampf* Handelsvertreter und Insolvenz, Diss. iur. Mainz 2004, S. 82; *Emde/Kelm* ZVI 2004, 282; *Stumpf/Ströbl* MDR 2004, 1209 (1211); *Ströbl/Schumacher* BB 2009, 1201 (1202) – für den Vertragshändlervertrag; *Wagner/Wexler-Uhlich* BB 2010, 2455 (2456); *Wagner/Wexler-Uhlich* BB 2011, 519 (520) – für den Vertragshändlervertrag; *Küstner/Thume/Thume* I, Kap. V Rn 661; *Flohr/Wauschkuhn/Fröhlich* Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 87a Rn 89; *Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn* Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 43; *Ebenroth/Löwisch*<sup>3</sup> § 89 Rn 9; *MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene* § 89 Rn 24; *Ensthaler/Genzow* § 92b Rn 8 (für den Einfirmervertreter); krit. für Vertragshändlerverträge *Eckardt* EWiR 2013, 554.

**127** BGHZ 24, 214 (215); 24, 223; *Schlegelberger/Schröder* § 89 Rn 41b.

**128** *Kampf* Handelsvertreter und Insolvenz, Diss. iur. Mainz 2004, S. 83.

**129** *Kampf* Handelsvertreter und Insolvenz, Diss. iur. Mainz 2004, S. 85.

**130** BGH, Urt. v. 7.5.2013 – IX 191/12, WM 2013, 1132 ff. = EWiR 2013, 553 (*Eckardt*); *Wagner/Wexler-Uhlich* BB 2011, 519 (521).

**131** *Wagner/Wexler-Uhlich* BB 2011, 519 (521).

**32 b) Kündigung des Mittler-Vertrages.** Nach wohl h. M. berechtigt die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Mittlers den Unternehmer nach § 89a Abs. 1 zur außerordentlichen Kündigung (auch einer Änderungskündigung<sup>132</sup>) des Vertrages aus wichtigem Grund.<sup>133</sup> Der Fortführungsgedanke der InsO steht nicht entgegen,<sup>134</sup> ebenso wenig die nur Miet- und Pachtverträge betreffende Ausnahmebestimmung des § 112 InsO (analog).<sup>135</sup> Das gilt auch für **Franchiseverträge**, weil bei ihnen gleichfalls das vertriebsrechtliche Element im Vordergrund steht,<sup>136</sup> zudem bei **Werkstattverträgen**.<sup>137</sup> Dem Unternehmer ist es unzumutbar, den Vertrag mit einem insolventen Mittler fortzusetzen; auf weitere Unzumutbarkeitsgründe im Hinblick auf die Vertragsfortführung im konkreten Einzelfall dürfte es neben der Insolvenz nicht ankommen.<sup>138</sup> Beim **Vertragshändler** und **FN** tritt hierzu das Ausfallrisiko des Einzelgeschäfts,<sup>139</sup> welches allerdings durch Vorkasse aufgefangen werden kann<sup>140</sup> – jedenfalls soweit dadurch die Lagerhaltung des Händlers nicht leidet.<sup>141</sup> Vor Ausspruch der Kündigung ist regelmäßig keine Abmahnung gem. § 314 Abs. 2 BGB erforderlich, sofern eine Abhilfe durch den Mittler unmöglich ist. Auch vertraglich kann die Insolvenz als Auflösungs- oder Kündigungsgrund vereinbart werden,<sup>142</sup> und zwar auch mittels AGB.<sup>143</sup> Deshalb stellt die Klausel eines Kfz-Händlervertrags, welche eine Kündigung aus wichtigem Grund bei Insolvenzantragstellung des Mittlers vorsieht, keine unangemessene Benachteiligung i. S. d. § 307 BGB dar. Die vom Unternehmer erklärte Kündigung ist auch einen Monat vor Ablauf der 2jährigen ordentlichen Kündigungsfrist zulässig.<sup>144</sup> Das nur bereichsspezifisch geltende Verbot von **insolvenzbedingter Lösungsklauseln** in § 103 ff. InsO soll der Wirksamkeit einer vertraglich eingeräumten außerordentlichen Kündigung

**132** *Wagner/Wexler-Uhlich* BB 2011, 519 (521 f.) – zum Vertragshändlervertrag. Beispiel: Änderung der Zahlungsbedingungen; hier liegt trotz der Vertragsfortführung keine Selbstwiderlegung des wichtigen Grundes vor.

**133** BGH, Urt. v. 28.6.2006 – VIII ZR 350/04, BB 2006, 1648 = WM 2006, 1919 = EWIR 2007, 203 (*Klasen*); v. 3.5.1995 – VIII ZR 95/94, BGHZ 129, 290 (296); OLG Braunschweig, Hinweisbeschl. v. 6.3.2009 – 2 U 29/06, ZIP 2009, 1336; OLG Hamm, Beschl. v. 9.6.2004 – 35 W 5/04, NJW-RR 2004, 1554; *Kampf* Handelsvertreter und Insolvenz, Diss. iur. Mainz 2004, S. 83; *Meyer/Knaub* ZVertriebsR 2016, 275 ff.; *Wagner/Wexler-Uhlich* BB 2010, 2454 (2455); *Ströbl/Schumacher* BB 2009, 1201 (insb. 1204 ff.) zum Kfz-Vertragshändlervertrag mit umfassend dargestellten, emotional jedoch etwas überzeichneten Folgen für den Unternehmer; *Stumpf/Ströbl* MDR 2004, 1209 (1211) für den Vertragshändlervertrag; *Ströbl* EWIR 2010, 159; *Wagner/Wexler-Uhlich* BB 2011, 519 (520) – zum Vertragshändlervertrag; *Küstner/Thume/Riemer* I, Kap. VIII Rn 345; *Flohr/Wauschkuhn/Fröhlich* Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 87a Rn 89; *Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn* Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 43; *Martinek/Semler* Handbuch des Vertriebsrechts<sup>3</sup> § 19 Rn 26; *Hopt* § 89a Rn 20; *Westphal* I Rn 885; *Canaris* § 17 Rn 89; *Karsten Schmidt* Handelsrecht, § 27 V 1. b; *Ebenroth/Löwisch*<sup>3</sup> § 89 Rn 9; *HK/Ruß* § 89a Rn 5; *Heymann/Sonnenschein/Weitmeyer* § 89 Rn 10; *Hopt* § 84 Rn 48; *MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene* § 89 Rn 24, 25; *Schlegelberger/Schröder* § 89 Rn 41d; *Emde* Die Handelsvertreter-GmbH, S. 223/224.

**134** *Meyer/Knaub* ZVertriebsR 2016, 275 (277); *Ströbl/Schumacher* BB 2009, 1201 (1202).

**135** OLG Braunschweig, Hinweisbeschl. v. 6.3.2009 – 2 U 29/06, ZIP 2009, 1336; OLG Hamm, Beschl. v. 9.6.2004 – 35 W 5/04; OLG München, Urt. v. 26.4.2006, ZInsO 2006, 1060 mit zust. Anm. *Preuß* KTS 2007, 361; LG Ingolstadt, Urt. v. 7.10.2008 – 1 HKO 1546/08; *Ströbl/Schumacher* BB 2009, 1201 (1202); *Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn* Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 43; *AA Brossette* Autohaus 6/2009, 26 sowie 9/2009, 19.

**136** *Ströbl/Schumacher* BB 2009, 1201 (1202); *Wimmer/Wegner* InsO § 112 Rn 5; vgl. *Metzlaff/Becker* § 11 Rn 75; *MünchKommInsO/Eckert* § 112 Rn 5, 7 f.

**137** *Ströbl/Schumacher* BB 2009, 1201 (1203, 1205) – die Ausweichmöglichkeiten der Werkstätten auf markenunabhängige Tätigkeiten werden jedoch von *Ströbl/Schumacher* überschätzt.

**138** *Meyer/Knaub* ZVertriebsR 2016, 275 ff.; *AA Wagner/Wexler-Uhlich* BB 2011, 519 (520) – zum Vertragshändlervertrag.

**139** *Ströbl/Schumacher* BB 2009, 1201 (1204 f.).

**140** *AA Ströbl/Schumacher* BB 2009, 1201 (1204).

**141** Vgl. *Ströbl/Schumacher* BB 2009, 1201 (1204).

**142** *Wagner/Wexler-Uhlich* BB 2011, 519 (520) – zum Vertragshändlervertrag; *Wagner/Wexler-Uhlich* BB 2010, 2454 (2455) (mit englischem Formulierungsvorschlag); *Ströbl/Schumacher* BB 2009, 1201 (1206).

**143** *Wagner/Wexler-Uhlich* BB 2011, 519 (521) – zum Vertragshändlervertrag; *Wagner/Wexler-Uhlich* BB 2010, 2454 (2456).

**144** OLG München, Urt. v. 24.11.2004 – 7 U 1518/04, BB 2005, 406; mglw. aber § 242 BGB-Einwand.

des Unternehmers wegen Insolvenzeröffnung nicht entgegenstehen.<sup>145</sup> Ob das vertraglich geregelte Recht zur Kündigung bei Insolvenz, Insolvenzantragsstellung oder Zahlungseinstellung (Insolvenzantragsgründe) auch nach der nicht zu HV-Verträgen ergangenen Entscheidung des BGH zu Energielieferverträgen<sup>146</sup> zulässig bleibt, ist Gegenstand der Diskussion.<sup>147</sup> Dafür spricht das besondere Vertrauensverhältnis, welches einem Vertriebsvertrag immanent ist, der Rückschluss aus § 116 InsO (der bei Insolvenz des Unternehmers eine automatische Vertragsbeendigung vorsieht) und in Eigenhändlerverträgen das erhebliche Ausfallrisiko des Unternehmers.<sup>148</sup> Bei den vertraglich vereinbarten Lösungsklauseln für den Fall der Stellung des Insolvenzantrages durch den Absatzmittler handelt es sich zudem um Regelungen, die sich eng an eine gesetzliche Lösungsmöglichkeit – nämlich das Recht zur außerordentlichen Kündigung nach § 89a – anlehnen und ihr in typischer Weise entsprechen.<sup>149</sup> Auch bei Unwirksamkeit der Lösungsklausel kann der Unternehmer unmittelbar aus § 89a kündigen (s. Kommentierung zu § 89a, Stichwort „Insolvenz des Mittlers“). In Folge der Kündigung entsteht die Frage, ob dem kündigenden Unternehmer ein **Schadenersatzanspruch gegen den gekündigten HV** gem. § 89a Abs. 2 wegen der „Veranlassung“ des Kündigungsgrundes zusteht. Dem Unternehmer kann ein solcher Anspruch nur zustehen, falls das die Kündigung auslösende Verhalten des HV eine schuldhaft Verletzung von Pflichten aus dem HV-Vertrag konstituiert.<sup>150</sup> Oft wird der HV die eigene Insolvenz zu vertreten und damit die Kündigung veranlasst haben. Ob und unter welchen Bedingungen die Verursachung der Insolvenz eine Verletzung von Pflichten aus dem HV-Vertrag darstellt, ist hiermit noch nicht beantwortet. Nach dem OLG Düsseldorf ist die bloß schuldhaft verursachte Insolvenz für sich betrachtet noch kein ausreichender Grund, einen Schadenersatzanspruch zu befürworten.<sup>151</sup> Es muss vielmehr ein spezielles **Auflösungsver schulden** vorliegen, welches über die bloße Herbeiführung der Insolvenz und die Veranlassung der Vertragsauflösung hinausgeht. Die unternehmerischen Entscheidungen, welche die Eröffnung des Insolvenzverfahrens verursachen, müssen ein „handelsvertretervertragswidriges“ Verhalten konstituieren, um den Schutzzweck der Norm zu berühren. Da der HV in der Führung seines Unternehmens grundsätzlich frei ist, können unternehmerische Entscheidungen, welche die Insolvenz herbeiführen, nur dann gegen Pflichten aus dem HV-Vertrag verstoßen und einen Schadenersatzanspruch begründen, wenn sie nicht mehr von der unternehmerischen Dispositionsfreiheit des HV umfasst sind. Ein vertretervertragswidriges Verhalten ist mit dem OLG Düsseldorf anzunehmen, wenn die zur Insolvenz führenden unternehmerischen Entscheidungen des HV willkürlich, in keiner Weise mehr sachlich zu vertreten oder in der Absicht, den Unternehmer zu schädigen, getroffen werden. Der HV trägt die Beweislast dafür, dass er nicht vertretervertragswidrig gehandelt hat. Nur er kann jene Interna beweisen. Dem Unternehmer wird es im Falle eines Prozesses wiederum obliegen, zunächst tatsächliche Anhaltspunkte für das Vorliegen eines handelsvertretervertragswidrigen Verhaltens zu behaupten, damit der HV seiner Darlegungs- und Beweislast überhaupt gerecht werden kann.

Grundsätzlich gibt die Eröffnung des eigenen InsV dem HV **keinen Grund zur fristlosen Kündigung** des HV-Vertrages,<sup>152</sup> ebenso wenig die Einstellung des Betriebs zur Vermeidung eines InsV.<sup>153</sup> Ausnahmsweise können jedoch auch Umstände aus der Sphäre des HV die durch

**145** OLG München, Urt. v. 26.4.2006 – 7 U 5350/05, DB 2006, 1371; Meyer/Knaub ZVertriebsR 2016, 275 ff.; wohl auch Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 43.

**146** BGH, Urt. v. 15.11.2012 – XI ZR 169/11, WM 2013, 274; dazu etwa Raeschke-Kessler/Christopeit WM 2013, 1592.

**147** Dafür: Meyer/Knaub ZVertriebsR 2016, 275 (277); Eckhoff NZI 2015, 972; Mesch ZVertriebsR 2015, 8 (13); Ströbl ZVertriebsR 2014, 236 f.; Muhl GWR 2014, 496.

**148** Meyer/Knaub ZVertriebsR 2016, 275 (277). Skeptisch Mesch ZVertriebsR 2015, 8 (13) – Vertragshändlervertrag. Mesch rechnet mit einer Ausweitung der Rspr.

**149** Meyer/Knaub ZVertriebsR 2016, 275 (277).

**150** Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89a Rn 93; Küstner/Thume/Thume I, Kap. VIII Rn 235.

**151** AA Hopt § 84 Rn 48; Hoffstadt DB 1983, 645 (646 f.), der einen Schadenersatzanspruch gem. § 628 Abs. 2 BGB für möglich hält, „wenn der Konkurs auf einem Verschulden des Gemeinschuldners beruht“.

**152** Emde Die Handelsvertreter-GmbH, S. 224.

**153** BGH, Urt. v. 7.10.2004 – I ZR 18/02, ZIP 2005, 534.

ihn erklärte außerordentliche Kündigung nach § 89a rechtfertigen.<sup>154</sup> So ist unter besonderen Umständen die Geschäftseinstellung oder die längere Verhinderung des HV – selbst aus Gründen höherer Gewalt – als wichtiger Kündigungsgrund anerkannt, auch wenn jene Umstände beim HV eintreten.<sup>155</sup> Die eigene Insolvenz kann dem HV einen Kündigungsgrund geben, wenn er in ihrer Folge zur Vertragserfüllung außerstande ist.<sup>156</sup> Diese Eigenkündigung des HV ist jedoch in der Regel ausgleichsschädlich.<sup>157</sup> Eine **ordentliche Kündigung** (§ 89) durch den Insolvenzverwalter des HV wird für unzulässig erachtet.<sup>158</sup> Begründet wird dies mit der höchstpersönlichen Natur der Pflichten und Ansprüche aus einem HV-Vertrag.<sup>159</sup> Der Insolvenzverwalter soll nicht über die persönliche Arbeitskraft des Gemeinschuldners disponieren dürfen und kann wegen des persönlichen Elements der HV-Tätigkeit dessen Tätigkeit auch nicht einfach übernehmen.<sup>160</sup> Verpflichteter und damit Kündigungsberechtigter soll auch in der Insolvenz der HV bleiben,<sup>161</sup> die Verpflichtung des HV ist gem. § 613 Abs. 2 BGB regelm. persönlich und nicht übertragbar und unterliegt daher nicht dem Insolvenzbeschluss der §§ 24 Abs. 1, 81, 82 InsO.<sup>162</sup> Dem Insolvenzverwalter steht hinsichtlich des Vertriebsvertrages als Rahmenvertrag kein Wahlrecht nach § 103 InsO zu, weil er nicht in der Lage ist, den HV<sup>163</sup> oder Vertragshändlervertrag<sup>164</sup> anstelle des Insolvenzschuldners zu erfüllen; er darf aber bezüglich der in Ausübung eines Vertriebsvertrages geschlossenen einzelnen Kaufverträge nach § 103 InsO vorgehen.<sup>165</sup> Das mangelnde Kündigungsrecht kann ihn in Schwierigkeiten bringen, sofern er den Vertrag nicht selbst ausführen, ihn jedoch auch nicht kündigen darf. Denn bei Untätigkeit ist eine ausgleichsverrichtende Kündigung des Unternehmers nach §§ 89a, 89b Abs. 3 Nr. 2 zu befürchten.<sup>166</sup> Mglw. geht der Lösungsweg über das Recht des Insolvenzverwalters zur ausgleichserhaltenden Kündigung aus begründetem Anlass (§ 89b Abs. 3 Nr. 1).

**34 c) Verbraucherinsolvenzverfahren und Restschuldbefreiung.** Der HV übt eine selbstständige wirtschaftliche Tätigkeit aus. Das zum 1.1.1999 eingeführte Verbraucherinsolvenzverfahren, welches in den §§ 304 f. InsO geregelt ist und ein vereinfachtes Verfahren bildet, findet daher auf ihn grds. keine Anwendung (vgl. § 304 Abs. 1 S. 1 InsO). Vielmehr bleibt es im Grundsatz bei der Anwendbarkeit des so genannten Regelinsolvenzverfahrens. Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass auch das Verbraucherinsolvenzverfahren Anwendung findet. Sind die Vermögensverhältnisse des HV überschaubar und bestehen gegen ihn keine Forderungen aus Arbeitsverhältnissen, und ist er darüber hinaus eine natürliche Person, so ist ein Verbraucherinsolvenzverfahren durchzuführen (§ 304 Abs. 1 S. 2 InsO). Ungeachtet der Frage, ob nun ein Regelinsolvenz- oder ein Ver-

**154** I. E. Ströbl EWiR 2010, 159.

**155** Hopt § 89a Rn 25.

**156** Emde Die Handelsvertreter-GmbH, S. 224/225.

**157** Ströbl EWiR 2010, 159 (160).

**158** Hopt § 84 Rn 48; MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89 Rn 25; Küstner/Thume/Thume I, Kap. V Rn 661; zu den dadurch entstehenden Schwierigkeiten Ströbl EWiR 2010, 159 (160).

**159** Hopt § 84 Rn 48.

**160** Emde Die Handelsvertreter-GmbH, S. 224.

**161** Küstner/Thume/Thume I, Kap. V Rn 661.

**162** Siehe BGH, Urt. v. 21.2.2013 – IX ZR 69/12, DB 2013, 747 – kein Vertriebsrechtsfall.

**163** OLG Düsseldorf, Urt. v. 18.12.2009 – 16 U 160/09, ZIP 2010, 194 = EWiR 2010, 159 (Ströbl); Wagner/Wexler-Uhlich BB 2010, 2454 (2455); Preuß KTS 2007, 361 (363); Hopt § 84 Rn 48; MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89 Rn 25; Küstner/Thume/Thume I, Kap. V Rn 661; offen Emde Die Handelsvertreter-GmbH, S. 224; zweifelnd Ströbl EWiR 2010, 160; aA OLG München ZInsO 2006, 1060 = ZIP 2006, 1916 (LS) – Vertragshändlervertrag. Nach Ströbl EWiR 2010, 159 (160) soll eine Vertragsbeendigung nach § 103 InsO ausgleichserhaltend wirken.

**164** Wagner/Wexler-Uhlich BB 2011, 519 (520); aA OLG München ZInsO 2006, 1060 = ZIP 2006, 1916 (LS).

**165** Wagner/Wexler-Uhlich BB 2011, 519 (521) – zum Vertragshändlervertrag.

**166** Ströbl EWiR 2010, 159 (160).

braucherinsolvenzverfahren stattfindet, kann der HV, so er denn eine natürliche Person ist, die **Restschuldbefreiung** nach den §§ 286 f. InsO beantragen.

**d) Insolvenzschutz nach BetrAVG?** Umstritten ist, ob dem HV nach dem BetrAVG Insolvenzschutz für eine vom Unternehmer gewährte Altersversorgung zu gewähren ist. *Kampf*<sup>167</sup> verneint dies für HV, die einen nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb führen. Sie seien tatsächliche oder potentielle Arbeitgeber und mithin vom Schutzzweck der §§ 1–16 BetrAVG nicht erfasst. Gleiches gelte für HV, welche die Kaufmannseigenschaft durch Eintragung in das Handelsregister freiwillig erlangten. Diejenigen HV, die mehr als einen Auftragnehmer besäßen, seien vom Insolvenzschutz der §§ 1–16 BetrAVG ebenfalls nicht erfasst. Anders sehe es nur für HV aus, die im Wesentlichen nur für einen Unternehmer tätig seien.<sup>168</sup> S. zum BetrAVG auch die Kommentierung zu § 89b.

## XI. Mehrstufige Vertreterverhältnisse

Beschäftigt der HV eigene – echte – **Untervertreter** i. S. d. § 84 Abs. 3, so ist die Beendigung seines eigenen HV-Vertrages (Hauptvertrages) mangels entgegenstehender Bestimmung nicht zugleich Endigungsgrund für die Untervertreterverträge. Sie müssen von ihm **gekündigt** werden. Ob der Verlust der eigenen Vertretung dem Hauptvertreter ein außerordentliches Kündigungsrecht (dann wohl mit Auslaufrist entsprechend der Kündigungsfrist gegenüber dem Hauptvertreter) gibt, kann diskutiert werden (s. Kommentierung zu § 89a, Stichwort: „Kündigung des Haupthändlervertrages“). Dagegen spricht, dass er selbst die Kündigungsfristen in Konkordanz bringen muss, soweit ihm dies möglich war.

## XII. Probezeit

Einen **HV-Vertrag auf Probe** kennt das Gesetz, anders als etwa in Frankreich,<sup>169</sup> nicht. Die Vereinbarung einer Probezeit ist aber zulässig.<sup>170</sup> Insoweit ist zu unterscheiden: Sofern der „Probevertrag“ mit fester Befristung abgeschlossen wurde, ohne dass Bestimmungen über das, was sich ggf. daran anschließen soll, getroffen worden sind, endet der erste Vertrag mit der vereinbarten Frist. Er ist mithin als befristeter anzusehen.<sup>171</sup> Ist sie kürzer als die Mindestfrist des § 89, endet der Vertrag erst mit Ablauf der in § 89 vorgesehenen Frist. Eine Kündigungsmöglichkeit, außer der fristlosen nach § 89a, scheidet bei einem derart befristeten Vertrag aus.<sup>172</sup> Ist jedoch, wie meist, der Vertrag als ein solcher mit vorgeschalteter, zeitlich bestimmter Probezeit abgeschlossen oder so ausgestaltet worden, dass nach Ablauf der Probezeit eine automatische Übernahme in das ordentliche HV-Verhältnis in Aussicht genommen wird, sofern nicht gekündigt wird, so soll nach h. M. ein Vertragsabschluss auf unbestimmte Laufzeit vorliegen und § 89 Anwendung finden. Eine Kündigung während der Probezeit sei dann nicht ausgeschlossen. Anderenfalls könne der Unternehmer durch Vorschal-

<sup>167</sup> *Kampf* Handelsvertreter und Insolvenz, Diss. iur. Mainz 2004, S. 79 ff.

<sup>168</sup> *Kampf* Handelsvertreter und Insolvenz, Diss. iur. Mainz 2004, S. 80.

<sup>169</sup> S. EuGH, Urt. v. 19.4.2018 – C-645/16; *Valdini* EWIR 2018, 429 (430).

<sup>170</sup> *Valdini* EWIR 2018, 429 (430).

<sup>171</sup> Flohr/Wauschkuhn/*Wauschkuhn* Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 66; Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 17; MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene, § 89 Rn 43.

<sup>172</sup> Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 17; MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene, § 89 Rn 43.

tung überlanger „Probezeiten“ die zwingende Regelung des § 89 umgehen.<sup>173</sup> Das erscheint zweifelhaft. Die „Probezeit“ ist rechtlich meist eine Befristung (Auslegungsfrage). Diese Befristung muss lediglich die Zeiträume der Mindestkündigungsfrist des § 89 einhalten.<sup>174</sup>

### XIII. Teilkündigung

- 38** Die **Teilkündigung** eines einheitlichen Vertrages,<sup>175</sup> um einzelne Bestimmungen desselben zu ändern, etwa die Untersagung des Besuchs bestimmter Kunden,<sup>176</sup> eine Teilbezirks-Kündigung,<sup>177</sup> die Wegnahme eines Teils des Kundenstammes<sup>178</sup> bzw. des Bezirks<sup>179</sup> oder die Wegnahme eines Fabrikats gegenüber dem Kfz-Vertragshändler, ist nach heute gefestigter Anschauung in Lehre und Rspr. grds. **unzulässig**.<sup>180</sup> Die entgegenstehende Auffassung des OLG Bamberg<sup>181</sup> – Teilkündigung zum Zwecke der Verkleinerung des Vertreterbezirks – hat sich nicht durchgesetzt. Richtigerweise darf ein Vertragspartner nicht mittels Teilkündigung einseitig das Vertragsverhältnis ändern und dem anderen Teil einen Vertrag aufzwingen, der so nicht geschlossen wurde.<sup>182</sup> Nur ausnahmsweise ist eine Teilkündigung gestattet, wenn kein einheitlicher Vertrag inhaltlich verändert wird,<sup>183</sup> sondern ein Gesamtvertragsverhältnis sich aus mehreren Teilverträgen zusammensetzt und jene Teilverträge selbst nach dem Gesamtbild des Vertrages jeweils für sich als nach dem Vertrag selbständig lösbar angesprochen sind oder von vornherein eindeutig als selbständig lösbar aufgefasst werden müssen.<sup>184</sup>
- 39** Als Beispiele einer unzulässigen Teilkündigung und des unselbständigen Charakters werden nach den Umständen des Einzelfalles genannt:
- 40** Die Kündigung
- eines **Bezirksleitervertrages** bei Fortbestehen des VV-Vertretervertrages<sup>185</sup>
  - einer **Abrede über die organisatorische Zuordnung eines HV zur Struktur eines anderen**<sup>186</sup>

**173** BGH, Urt. v. 25.11.1963 – VII ZR 29/62, BGHZ 40, 235 (237) = NJW 1964, 350; Küstner/Thume/Thume I, Kap. VIII 80; Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 67; *Hopt* § 89 Rn 20; MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene, § 89 Rn 44; Röhrich/Graf v. Westphalen/Thume/Haas, 4. Aufl. § 89 Rn 18.

**174** BGH, Urt. v. 25.11.1963 – VII ZR 29/62, BGHZ 40, 235 = NJW 1964, 350.

**175** Werden separate Verträge gekündigt, handelt es sich nicht um eine Teilkündigung, s. Oetker/Busche<sup>6</sup> § 89 Rn 13.

**176** OLG Stuttgart BB 1965, 926; *Hopt* § 89 Rn 18.

**177** OLG Karlsruhe DB 1978, 298; Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 81; *Hopt* § 89 Rn 18; **aA** OLG Bamberg, Urt. v. 30.5.1958 – 3 U 26/58, NJW 1958, 1830 m. abl. Anm. *Thiede* NJW 1959, 1444.

**178** Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 81.

**179** *Eberstein* 9. Aufl. S. 113.

**180** BGH, Urt. v. 6.10.1999 – VIII ZR 125/98, BB 2000, 59 m. Anm. *Emde*; v. 17.10.1991 – I ZR 248/89; NJW-RR 1992, 481; DB 1977, 1844; OLG Stuttgart BB 1965, 926; OLG Köln NJW-RR 2002, 602 (603); LG Düsseldorf, Urt. v. 14.7.2017 – 39 O 47/16, ZVertriebsR 2018, 49 (50) m. Anm. *Winter*; *Emde* BB 2000, 63 (65); *Genzow* Rn 114; Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 82; *Graf v. Westphalen* Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Vertragshändlerverträge, 1994, Rn 19; *Hopt* § 89 Rn 18; Röhrich/Graf v. Westphalen/Thume/Haas, 4. Aufl. § 89 Rn 16; Schlegelberger/Schröder § 89 Rn 9c.

**181** OLG Bamberg, Urt. v. 30.5.1958 – 3 U 26/58, NJW 1958, 1830 m. abl. Anm. *Thiede* NJW 1959, 1444 (dort wurde aber ein begründeter Anlass des HV zur ausgleichserhaltenden „Gegenkündigung“ befürwortet).

**182** Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 82.

**183** OLG Karlsruhe, Urt. v. 11.2.2009 – 7 U 219/07, BeckRS 2010, 16911.

**184** BGH, Urt. v. 16.6.2010 – VIII ZR 62/09, BeckRS 2010, 16879 Rn 40; v. 6.10.1999 – VIII ZR 125/99, WM 2000, 472 = BB 2000, 59 m. Anm. *Emde*, unter I 2 d; v. 18.2.1977 – I ZR 175/75, WM 1977, 589, unter II.; OLG Karlsruhe, Urt. v. 11.2.2009 – 7 U 219/07, BeckRS 2010, 16911; Küstner/Thume/Thume I<sup>5</sup> Kap. VIII Rn 36 ff.; Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 23; Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 84; *Hopt* § 89 Rn 18; Oetker/Busche<sup>6</sup> § 89 Rn 13; MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89 Rn 51.

**185** BGH, Urt. v. 18.2.1977 – I ZR 175/75, LM § 89a Nr. 12 = BB 1977, 964; v. *Gamm* NJW 1979, 2493; Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 23; MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89 Rn 51; Schlegelberger/Schröder § 89 Rn 9c.

**186** BGH, Urt. v. 16.6.2010 – VIII ZR 62/09, BeckRS 2010, 16879 Rn 41.

- der Verpflichtung zum **Kunden-, Reparatur- und Wartungsdienst** als Teil eines HV-Vertrages.<sup>187</sup> Verpflichtet sich etwa ein Unternehmer, eine auch in seinem Interesse erfolgte spezielle Ausgestaltung des Vertragshändlervertrages (Aufspaltung in zwei separate, aber in ihrem Bestand voneinander abhängige Verträge über Vertrieb und Werkstattleistungen) nur unter Wahrung der Interessen beider Vertragspartner zu ändern, stellt die in Hinblick auf die geänderte Geschäftspolitik des Herstellers erfolgte Kündigung nur des Werkstattvertrages eine unzulässige Teilkündigung dar.<sup>188</sup>
- einer Zuschussvereinbarung.<sup>189</sup> Eine Kündigung mit kürzerer Frist widerspreche dem Sinn und Zweck des Zuschusses. Er diene dazu, den Lebensunterhalt des HV bis zum Aufbau eines ausreichenden Bestandes zu sichern, wie sich auch an der gestaffelten Höhe zeige. Dieser Zweck werde durch das Kündigungsrecht vereitelt. Der HV müsste weiter tätig sein, ohne ein ausreichendes Einkommen zu erzielen.<sup>190</sup>

Kein Fall einer unzulässigen Teilkündigung soll vorliegen, wenn zwei Tankstellen-HV-Verträge als **wirtschaftliche Einheit** miteinander verbunden waren, indem beide Verträge zwar separat geschlossen wurden, jedoch ein Vertrag eine mit Gewinn arbeitende Tankstelle betraf, der andere eine mit Verlust arbeitende und der HV gezwungen wurde, den mit Verlust arbeitenden Vertrag zu übernehmen, um den anderen Vertrag zu erhalten (aber Unzulässigkeit der Kündigung aus § 242 BGB hergeleitet).<sup>191</sup>

Auch die **vertragliche Vereinbarung** eines Teilkündigungsrechtes ist im Grundsatz unzulässig; der Vorbehalt eines Teilkündigungsrechtes ist dann unwirksam (§§ 307, 242, 138 BGB).<sup>192</sup> Zu AGB siehe Kommentierung zu Vor § 84. Insbesondere ist die Einräumung eines der Teilkündigung vergleichbaren einseitigen Bestimmungsbefugnis im Vertrag unter den Kautelen des § 315 BGB mit der Möglichkeit der gerichtlichen Nachprüfung entgegen Staub/*Brüggemann* 4. Aufl.<sup>193</sup> unzulässig. Eine Ausnahme mag gelten, falls das **Teilkündigungsrecht individualvertraglich vereinbart** wurde und sich auf abgrenzbare Teile des Vertrages bezieht. Grundsätzlich muss auch insoweit das Vertragsverhältnis aus mehreren teilbaren, also eigenständigen, Teilverträgen zusammengesetzt sein, die nach dem Gesamtbild des Vertrages eigenständig und unabhängig voneinander bestehen und gelöst werden können, ohne dass durch die sich auf den Teilvertrag bezogene Teilkündigung das einheitliche Vertragsverhältnis inhaltlich wesentlich verändert wird.<sup>194</sup> Zumindest in AGB vereinbart müssen immer **wichtige, transparent formulierte Gründe für die Teilkündigungsklausel** existieren.<sup>196</sup> Sind sie besonders erheblich, wird man die Ansprüche an die Selbständigkeit der einzelnen Vertragsteile geringfügig herabsetzen können. Weiter ist erforderlich, dass dem Gekündigten für die Teilkündigung eine angemessene, von § 89b unabhängige Kompensation gewährt wird.<sup>197</sup> Die Teilkündigung darf auch keine

<sup>187</sup> BGH, Urt. v. 22.2.1960 – II ZR 118/58, n. v.

<sup>188</sup> OLG Köln, Urt. v. 2.2.2001 – 19 U 148/00, OLGR Köln 2001, 241 = BB 2001, 1759.

<sup>189</sup> LG Düsseldorf, Urt. v. 14.7.2017 – 39 O 47/16, ZVertriebsR 2018, 49 (50) m. Anm. *Winter* – mit § 307 BGB begründet.

<sup>190</sup> LG Düsseldorf, Urt. v. 14.7.2017 – 39 O 47/16, ZVertriebsR 2018, 49 (50) m. Anm. *Winter*.

<sup>191</sup> LG Itzehoe, Urt. v. 14.11.2011 – 4 O 83/11.

<sup>192</sup> AA Staub/*Brüggemann* 4. Aufl. § 89b Rn 23; Ebenroth/*Löwisch*<sup>3</sup> § 89 Rn 22; Schlegelberger/*Schröder* § 87 Rn 31a; s. a. BGH, Urt. v. 28.1.1971 – VII ZR 95/69, WM 1971, 561.

<sup>193</sup> § 89 Rn 17.

<sup>194</sup> Ebenroth/*Löwisch*<sup>3</sup> § 89 Rn 23.

<sup>195</sup> *Hopt* § 89 Rn 18; *Oetker/Busche*<sup>6</sup> § 89 Rn 13.

<sup>196</sup> OLG Karlsruhe DB 1978, 298; Flohr/*Wauschkuhn/Wauschkuhn* Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 85; Ebenroth/*Löwisch*<sup>3</sup> § 89 Rn 23 zu Individualvereinbarungen; Heymann/*Sonnenschein/Weitemeyer* § 89 Rn 23; Schlegelberger/*Schröder* § 89 Rn 9c.

<sup>197</sup> BGH, Urt. v. 6.10.1999 – VIII ZR 125/98, WM 2000, 472 = BB 2000, 60 (62) = ZIP 2000, 138 m. Anm. *Emde* BB 2000, 63; BB 1988, 220; BGHZ 124, 351 (354); 89, 206 (211); Flohr/*Wauschkuhn/Wauschkuhn* Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 85.

nachteiligen Auswirkungen auf den Ausgleichsanspruch des Gekündigten nach § 89b und dessen Geltendmachung haben.<sup>198</sup> Der Vertragspartner kann das in der vertragswidrigen Teilkündigungserklärung liegende Vertragsänderungsangebot annehmen oder zurückweisen<sup>199</sup> und sie zum Anlass einer fristlosen Kündigung nehmen.<sup>200</sup>

- 43 Ist die Teilkündigung unzulässig, kann der Unternehmer die durch Teilkündigung erstrebte Veränderung nur erreichen, indem er eine **Änderungskündigung** des ganzen Vertrages (Folge: Ausgleichspflicht nach § 89b) ausspricht. Die **Umdeutung einer Teilkündigung in eine Änderungskündigung** scheidet aber regelmäßig aus, da der Unternehmer bei der Teilkündigung nur einen Teilvertrag beenden will, bei der Änderungskündigung jedoch den Gesamtvertrag.<sup>201</sup> Es darf schon wegen des dadurch ausgelösten Ausgleichsanspruchs nicht unterstellt werden, der Unternehmer wolle, um das Ziel der Teilkündigung zu erreichen, in jedem Fall als Zwischenstadium die Beendigung des Gesamtvertrages in Kauf nehmen. Eine dem HV erteilte **Abschlussvollmacht** darf allerdings unter den Voraussetzungen des § 168 BGB jederzeit widerrufen werden,<sup>202</sup> also wenn die Existenz der Abschlussvollmacht nicht vertraglich zugesichert wurde. Eine Klausel, mit der sich der Unternehmer das Recht vorbehält, die Produkte auch über andere Distributoren, selbst unmittelbar an Kunden oder auf sonstigen Vertriebswegen, zu vermarkten, lässt nicht erkennen, dass einem Mittler einseitig das ihm durch den Vertrag eingeräumte Erwerbs- und Veräußerungsrecht für die Vertragsprodukte ganz oder teilweise wieder entzogen werden kann.<sup>203</sup>

#### XIV. Tod des Handelsvertreters

- 44 Der Tod des HV beendet im Zweifel gem. §§ 613, 675, 673 S. 1 BGB den HV-Vertrag,<sup>204</sup> nicht aber der Tod des Unternehmers entsprechend § 672 S. 1 BGB.<sup>205</sup> Die Parteien können jedoch eine abweichende vertragliche Vereinbarung treffen, etwa dergestalt, dass der Erbe des HV an dessen Stelle tätig werden soll.<sup>206</sup>

#### XV. Übertragung der Vertretung auf einen Nachfolger

- 45 Da die Dienste des HV gem. §§ 613, 664 BGB in Person (wenngleich nicht höchstpersönlich) zu leisten sind (s. zu § 613 BGB die Kommentierung zu Vor § 84), ist das Vertragsverhältnis grundsätzlich an seine Person gebunden. Das hat eine zweifache Bedeutung. Der HV kann seine „Vertretung“, einzeln oder durch Veräußerung seiner Agenturfirma im Ganzen, **nicht einseitig** auf einen Nachfolger übertragen. Dazu bedürfte es nicht nur der Zustimmung, sondern der Mitwir-

**198** BGH, Urt. v. 6.10.1999 – VIII ZR 125/98, BB 2000, 60 = ZIP 2000, 138 m. Anm. *Emde* BB 2000, 63; Röhrich/Graf v. Westphalen/Thume/Haas, 4. Aufl. § 89 Rn 16.

**199** Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 83; Oetker/Busche<sup>6</sup> § 89 Rn 13.

**200** BGH, Urt. v. 6.10.1999 – VIII ZR 125/98, ZIP 2000, 138 (140) = BB 2000, 60 m. Anm. *Emde*; Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 83; MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89 Rn 51; Schlegelberger/Schröder § 89 Rn 9c.

**201** OLG Köln VersR 1989, 1142; Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 24.

**202** Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 1; Schlegelberger/Schröder § 89 Rn 2; ähnlich wie eine dem Makler erteilte Courtagel-Zusage, s. LG Köln, Urt. v. 19.2.2016 – 89 O 50/15, VW 2016 Nr. 4, S. 66.

**203** BGH, Urt. v. 1.10.2008 – VIII ZR 13/05, Rn 28.

**204** BGHZ 24, 214 (215); 24, 223; Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 36; Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 8; MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89 Rn 18.

**205** Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 39; Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 8; MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89 Rn 22.

**206** Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 36; MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89b Rn 19.

kung des Unternehmers.<sup>207</sup> Denn dieser hätte mit dem Nachfolger einen eigenen HV-Vertrag abzuschließen. Das mag zwar in der Form des „Eintritts“ des Nachfolgers in den HV-Vertrag als „Übernehmer“ der Vertretung des Vorgängers geschehen. Aber es handelt sich gleichwohl um **keine Rechtsnachfolge im eigentlichen Sinne**, auch wenn – firmenrechtlich – eine Firmenachfolge im Sinne des § 25 für die Agentur als Ganzes vorliegen kann. Was erreichbar ist und erreicht werden soll, ist lediglich eine zeitliche und organisatorische Kontinuität in der Betreuung des Bezirks oder des Kundenkreises und der inhaltliche Gleichlauf des neuen mit dem bisherigen Vertrage. Nicht etwa läuft der bisherige Vertrag ohne Einbuße seiner Identität durch bloße Auswechslung seiner Personen weiter.<sup>208</sup> Handelte es sich um einen schlichten Eintritt des Nachfolgers in den bestehenden Vertrag, so müssten die bestehenden Provisionsansprüche dem Vorgänger vorbehalten werden – es ist weder erforderlich noch, wo es geschieht, mehr als eine bloße Klarstellung –. Auch erübrigte sich die ausdrückliche Abgrenzung für laufende, aber noch nicht abgeschlossene Vermittlungsbemühungen nach § 87 Abs. 3, die aber gerade hier unumgänglich wird. Das Vertragsverhältnis mit dem Übernehmer schließt sich vielmehr an das mit dem bisherigen HV an. Das **Vertragsverhältnis** mit dem bisherigen HV ist einvernehmlich **beendet**. Vertragliche Bestimmungen, die den Fall einer Nachfolge in das Vertreterverhältnis im Voraus regeln, sind zulässig. So kann im Vertrag vorgesehen sein, dass der HV **die Vertretung mit Einverständnis des Unternehmers auf einen Dritten übertragen** könne,<sup>209</sup> dafür dann allerdings gehalten sei, den Nachfolger die Rechte und Pflichten aus dem Vertrage voll übernehmen zu lassen („ihn in den Vertrag eintreten zu lassen“). Ferner darf geregelt werden, dass im Falle des Todes des HV **die Vertretung von seinem Erben** (etwa von seiner Witwe) **fortgeführt wird**. Eine solche Regelung setzt den Normalfall der §§ 673, 675 BGB beiseite. Der Erbe ist in die Dienstleistungsverpflichtung des HV kraft Bereitschaft des Unternehmers, die Erbringung der Dienste von der Person des ursprünglichen Vertragspartners losgelöst zu sehen und hierfür den ggf. noch unbekanntem demnächstigen Erben im Voraus zu akzeptieren, eingerückt. Das Vertragsverhältnis setzt sich in der Person des Rechtsnachfolgers fort. Noch anders liegt es, wenn dem Erben lediglich die **Option zur Fortsetzung des Vertrages** eingeräumt worden ist. Alsdann muss mit dem Optierenden ein selbständiger Vertrag abgeschlossen werden.

## XVI. Wegfall der Geschäftsgrundlage

Zum WGG (§ 313 BGB) siehe Kommentierung zu Vor § 84.

46

### E. Absätze 1 und 3

#### I. Vertragsverhältnis

##### 1. Persönlicher Anwendungsbereich

Mit dem Vertragsverhältnis gemeint ist der HV-Vertrag i. S. d. § 84. § 89 gilt für **alle HV-Verträge mit Ausnahme der mit HV im Nebenberuf** (§ 92b Abs. 1 S. 1), auch für die Verträge von **Einfirmen**<sup>210</sup> und **Untervertretern**.<sup>211</sup> Der Ausschluss des Anwendungsbereichs des § 89 bei **nebenberuflichen HV-Verträgen** erscheint wenig sachgerecht. Das Schutzbedürfnis nach Kündigungsfristen besteht auch hier. Auch viele „hauptberufliche“ Vertreter schließen den einzelnen Vertrag als

<sup>207</sup> Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 50.

<sup>208</sup> AA Sieg VersR 1964, 791.

<sup>209</sup> Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 48.

<sup>210</sup> Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 51; Schlegelberger/Schröder § 89 Rn 1a.

<sup>211</sup> Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 51.

einen von vielen. Die Bedeutung des einzelnen Vertrages, sofern sie überhaupt Maßstab sein sollte, ist daher auch bei den nicht unter § 92b fallenden Mittlertypen keineswegs immer erheblich.

48 Eine besondere Betrachtung haben in Literatur und Rspr. HV-Verträge der **Tankstellenvertreter, -pächter** oder Tankstellenstationäre gefunden (§ 84, Stichwort „Tankstellenvertreter“, § 89b Rn 570 ff.). Ihnen stellen die Mineralölgesellschaften vielfach ein Areal auf Pachtgrundlage zur Verfügung, sie errichten darauf die Tankstellenbaulichkeiten oder ermöglichen mit Darlehen die Finanzierung derselben durch den Grundstückseigentümer, um mit dem HV dann den HV-Vertrag auf Betrieb der Tankstelle abzuschließen. Nicht selten wird dem Mineralölunternehmer ein Erbbaurecht bestellt. Die HV-Verträge werden in aller Regel auf längere Frist, meist mit einer Laufzeit von über 5 Jahren, abgeschlossen. Ihre Kündbarkeit nach § 624 BGB wird überwiegend abgelehnt.<sup>212</sup> Die Argumente gehen, mit Abwandlungen im Einzelnen, dahin, dass das Stationärverhältnis komplexer Natur sei, nicht nur Vertreterrechtliche, sondern auch pachtrechtliche Elemente enthalte und darauf angelegt sei, der Mineralölgesellschaft die Tilgung ihrer meist erheblichen Investitionen durch den Vertrieb ihrer Produkte aus der von ihr errichteten oder finanzierten Tankstelle zu sichern. Verschließt man sich dem nicht, so wird man entgegen Staub/Brüggemann 4. Aufl.<sup>213</sup> wegen der Einheitlichkeit des Vertrages auch keine „mittlere Lösung“ befürworten können, nach der gem. § 624 BGB die Verpflichtung des Stationärs zur Dienstleistung als HV kündbar ist, während die übrigen Elemente des Vertrages der für sie geltenden vertraglichen oder sonstigen gesetzlichen Kündigungsregelung unterliegen; entstehende rechtliche Lücken, die dadurch aufgerissen werden können, seien nach Staub/Brüggemann durch ergänzende Vertragsauslegung zu schließen. Ein Tankstellenvertrag, der dem Unternehmer unbegrenzt das Recht zum Eintritt in das Angebot eines anderen Unternehmers zum Abschluss eines Anschlussvertrages gibt, ist nach § 138 BGB unwirksam.<sup>214</sup>

49 Analog angewandt wird § 89 auf die **Kommissionsagenten**,<sup>215</sup> HV-ähnliche **Vertragshändlerverträge**<sup>216</sup> sowie **Franchiseverträge mit Vertriebscharakter**<sup>217</sup> (mglw. aber nicht für

**212** BGH, Urt. v. 31.3.1982 – I ZR 56/80, NJW 1982, 1692; BGHZ 52, 171; OLG Celle BB 1962, 542; OLG Stuttgart NJW 1964, 2255; Würdinger NJW 1963, 1550, Rittner Anm. zu OLG Stuttgart a.a.O., Meyer NJW 1965, 1573.

**213** § 89 Rn 7; ebenso Schlegelberger/Schröder § 89 Rn 41e.

**214** BGH, Urt. v. 31.3.1982 – I ZR 56/80, NJW 1982, 1692.

**215** RGZ 69, 363 (365); OLG München HVR Nr. 894; Ebenroth S. 158; Küstner/Thume/Thume III, Kap. 2 Rn 23; Flohr/Wauschkuhn/Fröhlich Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 87 Rn 163; Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 154; Canaris § 16 Rn 9; Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 51; Hopt § 89 Rn 19; Oetker/Busche § 89 Rn 26.

**216** BGH, Urt. v. 24.6.2009 – VIII ZR 150/08, WM 2009, 1990 = BeckRS 2009, 22193 (dort wegen Vorranges der Kfz-GVO verneint); v. 9.10.2002 – VIII ZR 95/01, BB 2002, 2520 = NJW-RR 2003, 98 = MDR 2003, 162 = DB 2003, 825 = WM 2003, 842 = EWIR 2003, 587 (v. Hoyningen-Huene); v. 17.7.2002 – VIII ZR 59/01, NJW-RR 2002, 1554 = DB 2002, 1992 = EWIR 2002, 915 (Emde); EBE 1995, 259; DB 1966, 577 (LS); v. 5.4.1962 – VII ZR 202/60, LM Nr. 1 = NJW 1962, 1107; OLG Stuttgart BB 1972, 548; LG Braunschweig Urt. v. 11.4.2019 – 22 O 2195/17; Wauschkuhn/Teichmann ZVertriebsR 2013, 139 (auch wenn der Händler nicht in die Absatzorganisation des Herstellers eingegliedert ist); Schwytz BB 1997, 2385; Emde EWIR 1999, 411 (412); Westphal OLG-Commentar 16/2000, K35 (K37); Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 125; Westphal II Rn 109, 150; Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 51; Oetker/Busche<sup>6</sup> § 89 Rn 26. Die Notwendigkeit einer dem HV vergleichbaren Umstellungsfrist bestehe, so der BGH in seinem Urt. v. 9.10.2002 – VIII ZR 95/01, bei einem FN zumindest dann, wenn er seinen Geschäftsbetrieb vertragsgemäß weitgehend auf das Vertriebskonzept des FG zuzuschneiden habe. Eine solche Verpflichtung nahm der BGH an, weil der FN sein unter dem Label „H.“ auftretendes Kfz-Mietgeschäft ausschließlich in der Form des Standardmietabkommens des „H. Franchisesystems“ zu führen, das „H-Zeichen“ auf Mietfahrzeugen und Geschäftsunterlagen zu verwenden sowie die Gestaltung der Geschäftsräume und Uniformierung des Personals an die „Standard-H.-Farben“ anzupassen habe. Angesichts dieser umfassenden Eingliederung in das Franchisesystem des FG, die eine kurzfristige Umstellung auf ein anderes Vertriebskonzept nicht zulasse, müssten dem FN in gleicher Weise wie einem HV die Mindestkündigungsfristen des § 89 zugutekommen. Die analoge Anwendung des § 89 wäre wohl auch ohne die franchisetypische – aber handelsvertreteruntypische – Einbindung aufgrund der Vertriebspflicht und eines Statusvergleichs richtig gewesen (Emde EWIR 2002, 915).

**217** BGH, Urt. v. 17.7.2002 – VIII ZR 59/01, DB 2002, 1992 = MDR 2002, 1259 = NJW-RR 2002, 1554 = EWIR 2002, 915 (Emde) = WM 2003, 251; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 7.9.2009 – 16 U 62/08, BeckRS 2009, 89466; Canaris § 18 Rn 27;

Verträge über Partnerschaftsfranchising<sup>218</sup>). Das dient der Rechtssicherheit (Vorhersehbarkeit der Kündigungsfristen)<sup>219</sup> und soll nach einer Meinungsgruppe auch gelten, wenn der Händler nicht einem HV vergleichbar in das Vertriebssystem des Unternehmers eingegliedert ist.<sup>220</sup> Kürzere als in § 89 geregelte Fristen können auch in solchen Verträgen weder in AGB noch individuellvertraglich vereinbart werden.<sup>221</sup>

Nach einer anderen Ansicht soll die angemessene Länge der Frist für die ordentliche Kündigung in Vertragshändlerverträgen einzelfallbezogen und „flexibel“ durch Vertragsauslegung gem. §§ 133, 157 BGB zu bestimmen sein.<sup>222</sup> Für die Länge der zulässigen Kündigungsfrist komme es auf die Branche und die Dauer des Vertrages an.<sup>223</sup> Nach dieser Meinungsgruppe werden die starren Regelungen des § 89 den unterschiedlichen Branchenanforderungen in Vertragshändlerbeziehungen nicht gerecht.<sup>224</sup> Diese wiesen eine größere Bandbreite in der Ausgestaltung auf als HV-Verträge. Diese Ansicht befürwortet eine ergänzende Vertragsauslegung gem. §§ 133, 157 BGB. Werde mit zu kurzer Frist gekündigt, so gelte die angemessene Frist.<sup>225</sup> Jene Rechtsunsicherheit gebende Ansicht ist abzulehnen. Sie wird der tiefen Einbindung des Vertragshändlers in das Vertriebssystem des Unternehmers kaum gerecht. Der Vertragshändler ist gegenüber dem HV noch schutzbedürftiger, weil er leitbildtypisch höhere Investitionen erbringen muss und zudem das Zahlungsrisiko in den Kundenbeziehungen trägt. Auch dem Vertragshändler ist damit die von § 89 vorgesehene Mindestumstellungsfrist zu gewähren. Der Ansicht ist nur zuzugeben, dass die Auslegung eine über die Mindestkündigungsfristen des § 89 hinaus reichende, längere Kündigungsfristen ergeben kann, übrigens nicht nur im Vertragshändler-, sondern auch im HV-Bereich. *Mesch* befürwortet eine regelmäßige Kündigungsfrist von drei Monaten.<sup>226</sup> Sowohl bei einer analogen Anwendung des § 89 als auch im Rahmen einer ergänzenden Vertragsauslegung kommt es nach *Mesch*<sup>227</sup> für die Bestimmung der Länge der Kündigungsfrist auf die Dauer des Vertrages an.

Wohl nicht nur im **Kfz-Vertragshändlerbereich** sollen die gemeinschaftsrechtlichen Regelungen und Wertungen einer GVO zu beachten sein.<sup>228</sup> Das gilt insb. für ihre bis 2013 existierenden, später aber entfallenen, Bestimmungen zur Kündigung der Verträge. So sollte bspw. die Regelung über die Fristenparität des § 89 Abs. 2 während der Geltungsdauer der 2013 aufgehobenen Kfz-GVO 1400/02 nicht analog anwendbar sein,<sup>229</sup> was problematisch war, weil diese Begründung für zwingend von § 89 und Art. 15 Abs. 3 RL erfasste Kfz-HV nie griff (Ungleichbehandlung), Kartellrecht keine zivilrechtliche Fragen regelt und die Fristenparität in Art. 15 Abs. 3 RL gleichfalls europarechtlich präformiert ist.<sup>230</sup> Nach Ansicht des BGH sollte die in der GVO 1400/02 vorgesehene Strukturkündigung ein außerordentliches, an enge materielle Voraussetzungen gebundenes

Flohr/Wauschkuhn/*Wauschkuhn* Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 144; *Giesler/Güntzel* in: *Giesler*, Praxishandbuch Vertriebsrecht, 2. Aufl. 2011, § 4 Rn 492; *Westphal* OLGR-Kommentar 16/2000, K35 (K37); *Westphal* II Rn 109, 150; *Ebenroth/Löwisch*<sup>3</sup> § 89 Rn 51; *Oetker/Busche*<sup>6</sup> § 89 Rn 26; *MünchKommHGB/von Hoyningen-Huene* § 89 Rn 6.

**218** Flohr/Wauschkuhn/*Wauschkuhn* Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 146; *Ebenroth/Löwisch*<sup>3</sup> § 89 Rn 51.

**219** *Wauschkuhn/Teichmann* ZVertriebsR 2013, 139 (140).

**220** *Wauschkuhn/Teichmann* ZVertriebsR 2013, 139; aA OLG Stuttgart BB 1972, 548 (550): ergänzende Vertragsauslegung.

**221** *Westphal* OLGR-Kommentar 16/2000, K 35 (K 37); *Westphal* II Rn 109, 150.

**222** OLG Stuttgart NJW-RR 1990, 491; *Mesch* ZVertriebsR 2015, 8 (10); *van der Moolen* in: *Martinek/Semler/Habermeier/Flohr*, Handbuch des Vertriebsrechts, 3. Auflage 2010, S. 519, § 23 Rn 25.

**223** *Mesch* ZVertriebsR 2015, 8 (10).

**224** *Mesch* ZVertriebsR 2015, 8 (10).

**225** *Mesch* ZVertriebsR 2015, 8 (11).

**226** *Mesch* ZVertriebsR 2015, 8 (10).

**227** ZVertriebsR 2015, 8 (10).

**228** BGH, Urt. v. 24.6.2009 – VIII ZR 150/08, WM 2009, 1990 zur Kfz-GVO 1400/02; Flohr/Wauschkuhn/*Wauschkuhn* Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 132.

**229** BGH, Urt. v. 24.6.2009 – VIII ZR 150/08, WM 2009, 1990; krit. *Emde* BB 2009, 2330 (2331).

**230** *Emde* BB 2009, 2330 (2331).

und auf einer Abwägung der Interessen des Lieferanten und des Händlers beruhendes Sonderkündigungsrecht bilden, welches mit der ordentlichen, lediglich fristgebundenen Kündigung nach § 89 unvergleichbar sei.<sup>231</sup> In investitionsintensiven Vertriebsverträgen kann sich (vom Begünstigten zu beweisen) eine längere Kündigungsfrist ergeben: Im Kfz-Vertragshändlerrecht galt unter der Ägide der seinerzeitigen GVO 123/85, die lediglich eine 1jährige Kündigungsfrist vorschrieb, dass eine **Kündigungsfrist von einem Jahr** nach einer umstrittenen<sup>232</sup> Entscheidung des BGH<sup>233</sup> als unterste Grenze des Zulässigen anzusehen sei und keine unangemessene Benachteiligung des Händlers darstelle. Eine in einem Motorrad-Händlervertrag vereinbarte 6monatige Kündigungsfrist zum Jahresende soll jedoch AGB-rechtlich nicht zu beanstanden sein.<sup>234</sup> Jedenfalls gilt dies bei unzureichendem Vortrag zu der Frist im Lichte des konkreten Geschäftsmodells.<sup>235</sup> Tatsächlich dürfte selbst die 1jährige Kündigungsfrist im Falle eines Kfz-Vertragshändlervertrages oder eines anderen Händlervertrages mit investitionsträchtigem Geschäft unangemessen kurz sein.<sup>236</sup> Eine kürzere Kündigungsfrist kann auf eine 1jährige oder längere Frist verlängert werden.<sup>237</sup> Eine Kündigungsfrist von 6 Monaten ist im investitionsintensiven Kfz-Vertriebsrecht wie auch in anderen investitionsintensiven Branchen erst recht inakzeptabel.<sup>238</sup> Das Gegenargument lautet im Wesentlichen, jeder Vertragspartner wisse, worauf er sich einlasse.<sup>239</sup> Aber dieses Argument gilt am wenigsten im durch zwingendes Recht zugunsten des Mittlers geformten Vertriebsrecht und wird auch sonst nicht akzeptiert (s. §§ 134, 138, 242, 307 ff. BGB). In späteren Judikaten hat der BGH<sup>240</sup> offengelassen, ob an seiner früheren Entscheidung angesichts der seinerzeit auf 2 Jahre verlängerten, jetzt entfallenen Kündigungsfrist der am 1.7.1995 in Kraft getretenen Kfz-GVO 1475/95 festgehalten werde.<sup>241</sup> Eine 2jährige Kündigungsfrist sollte in investitionsintensiven und den Wechsel zu anderen Vertragspartnern erschwerenden, auf die CI des Unternehmers ausgerichteten Branchen Mindeststandard sein. Jedenfalls ist eine 2jährige Kündigungsfrist<sup>242</sup> im Kfz-Vertragshändlerrecht nicht zu beanstanden. Sie sollte auch nach dem Wegfall der 2-jährigen Kündigungsfrist der Kfz-GVO<sup>243</sup> Leitbild bleiben. Zahlreiche Kfz-Hersteller haben einen Verhaltenskodex akzeptiert, welcher eine 2-jährige Mindestkündigungsfrist vorsieht (Vor § 84 Rn 388). Er wäre im Rahmen des § 19 GWB – Gleichbehandlung – zu berücksichtigen und zeigt die Überzeugung von der Richtigkeit einer 2jährigen Kündigungsfrist. Teilweise werden mit zunehmender Amortisationsdauer reduzierte Kündigungsfristen diskutiert.<sup>244</sup>

52 Die analoge Anwendung des § 89 auf **Lieferverträge ohne Vertriebspflicht**, jedoch mit Dauerschuldencharakter, kann nach den Umständen des Einzelfalls vertretbar sein.<sup>245</sup> Voraussetzung ist ein Rahmenvertrag, der seiner **Einbindung** nach einem HV- oder Vertragshändler-Ver-

231 BGH, Urt. v. 24.6.2009 – VIII ZR 150/08, WM 2009, 1990 Rn 12 ff.

232 *Graf v. Westphalen* FG Gündisch, S. 83.

233 BGH, Urt. v. 21.2.1995 – KZR 33/93, NJW-RR 1995, 1260 (1261); zust. OLG München NJW 2004, 2530 (2531); OLG Stuttgart NJW-RR 1990, 491; nach Wegfall der Kündigungsschutzvorschriften der Kfz-GVO 1400/02 *Niebling* WRP 2010, 81 (84) = WRP 2010, 1454 (1458).

234 OLG Düsseldorf, Urt. v. 8.8.2020 – VI-U (Kart) 10/20, WuW 2020, 542 (545).

235 OLG Düsseldorf, Urt. v. 8.8.2020 – VI-U (Kart) 10/20, WuW 2020, 542 (545).

236 *Emde* BB 2000, 63 (65); *Emde* EWIR 2000, 153 (154); *Emde* VersR 2001, 448 (459); offen gelassen von *Westphal* II Rn 151. *Niebling* WRP 2012, 1361 (1362) geht davon aus, dass die Rspr. die 1jahresfrist regelm. anwenden wird.

237 OLG Stuttgart, Urt. v. 15.9.1989 – 2 U 63/88, NJW-RR 1990, 491.

238 BGH, Urt. v. 6.10.1999 – VIII ZR 125/98, ZIP 2000, 138 (142).

239 Siehe Flohr/Wauschkuhn/*Wauschkuhn* Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 127.

240 Entsch. v. 6.10.1999, ZIP 2000, 138 (140).

241 Die bis 2013 geltende Kfz-GVO 1400/02 bestimmte gleichfalls eine 2jährige Kündigungsfrist.

242 LG Stuttgart NJW-RR 1999, 329 = EWIR 1999, 411 (*Emde*).

243 Hierzu *Wauschkuhn/Teichmann* ZVertriebsR 2013, 139 (140).

244 Flohr/Wauschkuhn/*Wauschkuhn* Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 128.

245 OLG Hamm Urt. v. 21.4.2016 – 18 U 33/15 – 6 Monate im Strukturvertrieb; *Kühne* ZVertriebsR 2015, 156. So auch obiter OLG Schleswig, Urt. v. 28.1.2010 – 16 U (Kart) 55/09, BeckRS 2010, 02834; aA wohl OLG Köln, Urt. v. 21.9.2012 – 19 U 113/11, IHR 2013, 168 (172) m. Anm. *Thume*.

trag ähnelt und auf eine vergleichbar lange Laufzeit ausgerichtet ist. Beispiele bilden etwa **Dauerbezugsverträge**, also Rahmenverträge ohne Vertriebspflicht, die nicht auf die Lieferung einer bestimmten Gesamtmenge an Waren gerichtet sind.<sup>246</sup> Für eine analoge Anwendung des § 89 wird – ebenso wenig wie bei einem Vertragshändlervertrag – Voraussetzung sein, dass der Umfang der vorgesehenen Einzellieferungen bereits im Vertrag vereinbart wurde. Vielfach wird bei solchen Verträgen im Wege **ergänzender Vertragsauslegung**<sup>247</sup> oder nach **§ 242 BGB** eine **angemessene Auslauffrist** geschuldet sein. Die Schwierigkeiten der Bestimmung führen zur Rechtsunsicherheit. Nach **aA** soll bei Lieferverträgen, die nicht unter die §§ 84 ff. (ggf. analog) fallen, die angemessene Kündigungsfrist gem. **§§ 624, 248 723 BGB** oder nach **§ 19 GWB** bestimmt werden. Sie soll dann mindestens mit 6 Monaten zu bemessen sein, darf aber bei einer Dauer der Lieferbeziehung von 20 Jahren und angesichts des Umstandes, dass der Belieferte 85 % der von ihr vertriebenen Produkte vom Lieferanten bezog, auch mit einem Jahr bestimmt werden.<sup>249</sup> **Kühne**<sup>250</sup> bevorzugt die an die Vertragsdauer angelehnten Kündigungsfristen des § 89 Abs. 1 gegenüber einer Anwendung des § 624 S. 2 BGB analog oder direkt. § 624 S. 2 BGB fordere ein dienstvertragliches Element, welches in Dauerbezugsverträgen rgm. fehle. Außerdem prädestiniere die starre Kündigungsfrist von 6 Monaten § 624 S. 1 BGB nicht als Auffangtatbestand.<sup>251</sup> Die analoge Anwendung des § 89 Abs. 1 sei jedenfalls richtig, sofern für den Vertragspartner erkennbar sei, dass der Abnehmer bei Vertragsende einen Umstellungszeitraum benötige, weil eine kurzfristige Umstellung unmöglich sei.<sup>252</sup> Selbst wenn ein solches Bedürfnis fehle, sei eine analoge Anwendung des § 89 Abs. 1 zu bevorzugen.<sup>253</sup> Bedeutsam dürfte eine **(ergänzende) Vertragsauslegung** insb. sein, falls über § 89 hinausgehenden Kündigungsfristen in Frage stehen. Die Auslegung kann solche längeren Kündigungsfristen nahe legen.<sup>254</sup> Teilweise wird vertreten, die Analogie zu § 89 solle selbst bei einem **nicht förmlich in die Absatzorganisation des Unternehmers eingegliederten Mittler** bzw. Händler eingreifen.<sup>255</sup> Richtig daran ist, dass angesichts der oft geringen Eingliederungstiefe der leitbildgebenden §§ 84 ff. nicht in jedem Fall die Eingliederungstiefe eines Vertragshändlervertrages vorzuliegen braucht.<sup>256</sup> Auch insoweit wird es auf den Einzelfall ankommen. Bei dem nicht wie ein HV in das Vertriebssystem des Unternehmers eingebundenen Händler sollen aber nur die Kündigungsfristen und Kündigungstermine analog gelten, nicht die zwingende Natur des § 89.<sup>257</sup> Auf **Makler**, auch Versicherungsmakler, ist § 89 im Regelfall unanwendbar.

Für **Anstellungsverträge** unselbständiger Geschäftsmittler (Handlungsgehilfen) gilt § 89 **53** nicht; ebenso wenig für jene, welche nach § 84 Abs. 2 als Angestellte gelten. Sie unterliegen den Kündigungsregeln des § 66 und dem arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzrecht. Umgekehrt gilt das Kündigungsschutzrecht nicht für HV, welcher Gattung auch immer; auch nicht für den Einfirmenvertreter des § 92a und innerhalb dieses Kreises nicht einmal für den „arbeitnehmer-

**246** *Kühne* ZVertriebsR 2015, 156.

**247** OLG Stuttgart BB 1990, 1015; *Köhnen* in: Giesler, Praxishandbuch Vertriebsrecht, 2. Aufl. 2011, § 3 Rn 336; *Giesler/Güntzel* in: Giesler, Praxishandbuch Vertriebsrecht, 2. Aufl. 2011, § 4 Rn 496; *Häuslschmid* in: Reithmann/Martiny 7. Aufl. Rn 2259.

**248** OLG Koblenz, Urt. v. 4.6.2013 – 3 U 375/13, BB 2013, 2131 mit abl. Anm. *Ayad*; **aA** *Kühne* ZVertriebsR 2015, 156 (158).

**249** OLG Koblenz, Urt. v. 4.6.2013 – 3 U 375/13, BB 2013, 2131 mit abl. Anm. *Ayad*.

**250** *Kühne* ZVertriebsR 2015, 156 (157).

**251** *Kühne* ZVertriebsR 2015, 156 (157).

**252** *Kühne* ZVertriebsR 2015, 156 (158).

**253** *Kühne* ZVertriebsR 2015, 156 (158).

**254** *Häuslschmid* in: Reithmann/Martiny 7. Aufl. Rn 2259, der allerdings auch kürzere Kündigungsfristen für möglich hält.

**255** OLG Stuttgart BB 1972, 548; Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 51.

**256** **AA** wohl OLG Köln, Urt. v. 21.9.2012 – 19 U 113/11, IHR 2013, 168 (171) m. Anm. *Thume*, das einen Vertragshändlervertrag fordert.

**257** *Stumpf/Jaletzke/Schultze* Rn 624; *Ulmer* S. 445.

ähnlichen“.<sup>258</sup> Lediglich den HV im Nebenberuf nimmt § 92b von den Kündigungsfristen des § 89 aus und gibt stattdessen wahlweise eine eigene, kürzere.

## 2. Sachlicher Anwendungsbereich

- 54 **a) Überblick.** Der **sachliche Anwendungsbereich** stellt die Frage nach der **Abgrenzung des § 89 zu den Kündigungsbestimmungen sowie dem Auftragsrecht des BGB**. Hierzu siehe d. Kommentierung zu Vor § 84 betreffend das Verhältnis zum BGB. Im Grundsatz ist davon auszugehen, dass § 89 im gesamten Vertriebsrecht eine vorrangige Regelung für die ordentliche Kündigung des HV-Vertrags bildet,<sup>259</sup> auch wenn die Parteien für die vertragsbeendende Erklärung eine andere Bezeichnung wählen.
- 55 **b) Faktischer Vertrag.** Für den objektiv nicht wirksamen aber nach der subjektiven Vorstellung der Parteien tatsächlich in Vollzug gesetzten HV-Vertrag gelten die §§ 89, 89a ebenfalls (**Lehre vom faktischen Vertrag**): die Beziehung der Parteien wird zumindest bis zur „Entdeckung“ der Unwirksamkeit wie ein ordnungsgemäß begründeter Vertrag behandelt<sup>260</sup> und beendet. Siehe zunächst d. Kommentierung zu § 84. Dazu muss der übereinstimmende, nach außen zum Ausdruck gebrachte tatsächliche Wille beider Parteien dahin gehen, einen auf Dauer angelegten HV-Vertrag zu begründen und die Art der Unwirksamkeit – etwa Sittenwidrigkeit, Verstoß gegen ein die öffentliche Ordnung schützendes Gesetz i. S. d. § 134 BGB – darf keine sofortige Vertragsbeendigung fordern. Zwar bedarf es rechtstechnisch einer Kündigungserklärung in Nichtigkeitsfällen nicht. Denn der Vertrag wurde nicht wirksam. Allenfalls müsste sich **eine Partei auf die Nichtigkeit berufen**; diese Erklärung wird de facto wie eine Kündigungserklärung behandelt.<sup>261</sup> Zumindest analog § 89 wird jedoch eine angemessene Auslaufzeit geschuldet, was meist im Interesse beider Parteien liegt.<sup>262</sup> Sofern der beiderseitige Wille auf ein Dauerschuldverhältnis mit den Kündigungsfristen des § 89 gerichtet war, kann sich eine Partei nicht einseitig, z. B. unter Berufung auf das Fehlen eines förmlichen Vertragsschlusses, von dem Vertrag lossagen.<sup>263</sup> Bildet der Nichtigkeitsgrund für eine Partei einen wichtigen Grund nach § 89a, ist eine sofortige Vertragsbeendigung möglich, etwa bei **Unzumutbarkeit der Vertragsfortführung**. Fehlt es an der übereinstimmenden Vorstellung eines wirksamen Vertrages, bedarf es keiner Kündigung, sondern nur des Hinweises auf die Nichtigkeit.<sup>264</sup> Aber auch dann fragt sich, ob der Vertragsteil, den keine Schuld an der Nichtigkeit trifft, nicht von seinem Vertragspartner **nach § 280 BGB** (Naturalrestitution) **eine angemessene Auslaufzeit** analog den Fristen des § 89 fordern darf.<sup>265</sup> Ausgleich in Geld könnte das Interesse des von der Nichtigkeit Betroffenen kaum immer befriedigen. An eine angemessene Auslaufzeit ist gerade in Fällen der Vermögenslosigkeit des Geschäftspartners (Undurchsetzbarkeit von Schadenersatzansprüchen) zu denken oder wenn der faktische Abbruch der Kundenbeziehungen durch Schadenersatz nicht kompensiert werden kann. Die von BGHZ 53, 159 vorgebrachte Einschränkung, derzufolge die Grundsät-

258 LAG Baden-Württemberg DB 1959, 656.

259 Boldt BB 1962, 907; Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 4 (abschließende Sonderregelung); MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89 Rn 3.

260 BGH, Urt. v. 25.11.1963 – VII ZR 29/62, BGHZ 40, 235 (238 f.) = DB 1964, 28 = NJW 1964, 350; BGHZ 53, 152 (159); 129, 290 (293) – die Einschränkung wirtschaftlicher Schutzbedürftigkeit sollte heute entfallen; Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 19; Hopt § 85 Rn 1; 89 Rn 5; Schlegelberger/Schröder § 89 Rn 42a; Evers BB 1992, 1370; aA Canaris § 17 Rn 27 ff. – er will über das Bereicherungsrecht und den Einwand des Rechtsmissbrauches helfen.

261 Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 84 Rn 42; MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89 b Rn 32.

262 AA Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 84 Rn 42: Im Zweifel gilt § 89 nicht.

263 Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 19.

264 Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 19; Hopt § 85 Rn 1.

265 Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 84 Rn 42.

ze des faktischen Vertrages nur bei wirtschaftlicher oder sozialer Überlegenheit des Unternehmers maßgeblich sind, dürfte überholt sein.<sup>266</sup> Auch eine Differenzierung zwischen **anfänglicher und späterer Nichtigkeit** ist dogmatisch kaum haltbar.<sup>267</sup> In beiden Fällen sollte der Vertrag als faktischer angesehen werden. Wird der Vertrag als faktischer anerkannt, ist das Datum des Vertragsbeginns für die Berechnung des Ausgleichsanspruchs das maßgebliche.<sup>268</sup>

### 3. Kündigung vor Vertragsbeginn

Der Beginn des Laufs der Kündigungsfrist **vor Antritt des HV-Verhältnisses** wurde von Staub/Brüggemann in der 3. Aufl. nur mit der Einschränkung als zulässig angesehen, dass der Kündigungstermin später lag als der vertragliche Vertragsbeginn.<sup>269</sup> Diese Einschränkung ist nicht aufrecht zu erhalten: Das Recht zur Kündigung besteht, sobald der Vertrag geschlossen wurde,<sup>270</sup> die in § 89 gewährten Umstellungsfristen sind auch dann gewahrt. Dies kann zur Folge haben, dass der Vertrag bei länger hinausgeschobenem Vertragsbeginn und kürzerer gesetzlicher oder vertraglicher Kündigungsfrist endet, ehe er nach dem Vertragsinhalt beginnen sollte.<sup>271</sup> Es würde den HV unzumutbar belasten, müsste er erst ein bereits gekündigtes Vertragsverhältnis antreten, um nach einer relativ kurzen und kaum ertragreichen Einarbeitungszeit die Tätigkeit schon wieder aufzugeben, statt sie gar nicht erst antreten zu brauchen. Abzulehnen ist die Einschränkung, wonach die Interessenlage entscheide, ob eine Kündigung vor Vertragsantritt den Effekt einer Lösung des Vertragsverhältnisses vor seinem Beginn haben könne. Die Kündigung muss in ihrer Wirkung eindeutig sein. Der Kündigungsempfänger muss sich auf ihre Wirksamkeit einstellen können; es darf nicht in der Schwebe bleiben und von einer arbiträren Beurteilung der Interessenlage und der Güterabwägung abhängen, ob sie als einseitige Willenserklärung wirksam geworden sei oder nicht.

## II. Auf unbestimmte Zeit eingegangen/Vertrag mit bestimmter Laufzeit

§ 89 regelt nur die Kündigung von HV-Verträgen, die auf **unbestimmte Zeit** eingegangen sind.<sup>57</sup> Den Gegensatz bilden die auf **bestimmte Zeit** geschlossenen HV-Verträge (vgl. § 620 Abs. 1 BGB). Ihre besondere Erwähnung erschien überflüssig, weil sie ohnehin nach Ablauf der jeweils **fest bestimmten** Zeit enden. Bei Verträgen mit Festlaufzeit besteht keine Möglichkeit einer fristgerechten ordentlichen Kündigung nach § 89. Da die ordentliche Kündigung jedoch den Regelfall bildet und bilden soll, ist der Anwendungsbereich der auf bestimmte Zeit geschlossenen Verträge eng zu ziehen. Im Zweifel (Unklarheitenregel bei AGB!) ist von einem Vertrag mit unbestimmter Dauer auszugehen. Generell werden HV-Verträge eher auf unbestimmte Zeit, Vertragshändler- und Franchiseverträge wegen Art. 5 Abs. 1 lit. a GVO 330/10 oft auf fünf Jahre fest abgeschlossen.<sup>272</sup>

Ein **auf unbestimmte Zeit geschlossener Vertrag** liegt vor, wenn er **nicht automatisch mit Eintritt eines zeitlich feststehenden Ereignisses** oder zu einem anderweitig bestimmten

<sup>266</sup> Hopt § 89 Rn 5.

<sup>267</sup> Hopt § 89 Rn 5.

<sup>268</sup> Hopt § 89 Rn 5.

<sup>269</sup> BGH, Urt. v. 6.10.1983 – I ZR 127/81, BB 1984, 235 (237); Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 79; Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 29; MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89 Rn 49; Röhrich/Graf v. Westphalen/Thume § 89 Rn 19; Schlegelberger/Schröder § 89 Rn 12.

<sup>270</sup> Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 29; vgl. BGH, Urt. v. 6.10.1983 – I ZR 127/81, BB 1984, 235 (237).

<sup>271</sup> Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 29; MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89 Rn 49, 50.

<sup>272</sup> Vgl. Flohr/Liesegang ZVertriebsR 2018, 351.

Endtermin **sein Ende finden soll**,<sup>273</sup> sondern es hierzu eines besonderen Endigungstatbestandes bedarf, nämlich entweder einer Einigung beider Parteien (Aufhebungsvertrag), meist aber einer rechtsgestaltenden Erklärung, etwa einer Kündigung,<sup>274</sup> eines Widerspruchs zur (automatischen) Verlängerung oder einer sonstigen Erklärung, aus der sich der Wille zur Nichtverlängerung ergibt, jedenfalls aber eines ungewissen Ereignisses.

59 Eine „**bestimmte**“ **Vertragsdauer** muss – nicht anders als bei der Auslegung des Begriffs „ständig“ in § 84 Abs. 1 (s. Kommentierung zu § 84) **keine kalendermäßig bestimmte sein**.<sup>275</sup> Entscheidend ist, dass der Vertragsinhalt ausdrücklich oder konkludent ergibt, dass der Vertrag mit Ablauf der von vornherein festgelegten Dauer, z. B. mit Eintritt eines zeitlich feststehenden Ereignisses oder zu einem sonstigen bestimmten Endtermin, automatisch und ohne rechtsgestaltende Erklärung (ordentliche Kündigung) enden soll.<sup>276</sup> Eine solche Vereinbarung ist zulässig,<sup>277</sup> wie der Umkehrschluss aus § 89 Abs. 1 zeigt. Das Problem einer festen Begrenzung ist zum einen die zum Vertragsende eintretende Unsicherheit, ob verlängert wird. Hierdurch können die Vertriebsbemühungen gelähmt und Investitionen gehindert werden. Außerdem entsteht mit Ende der Frist „automatisch“ der Ausgleichsanspruch nach § 89b. Aus Sicht des Unternehmers ist es in vielen Situationen vorteilhafter, auf eine Kündigung des ggf. auf die Vertragsbeendigung angewiesenen Mittlers zu warten, damit der Ausgleichausschlussgrund des § 89b Abs. 3 Nr. 1 eintritt.

60 Eine zeitlich feste Begrenzung kann sich außer aus der klaren vertraglichen Befristung auch aus anderen Merkmalen ergeben, z. B. die Dauer einer Messe, einer Ausstellung oder einer Vertretung für einen kurzfristig erkrankten Kollegen des Nachbarbezirks. Im Wege der Auslegung ist die bestimmte, feste Vertragslaufzeit, die eine Kündigung nach § 89 während der festen Vertragslaufzeit ausschließt, von einer **bloßen Höchstlaufzeit** abzugrenzen, die eine die Kündigung nach § 89 nicht derogierende Höchstlaufzeit des Vertrages bestimmt. Indizes für eine „bestimmte“ Festlaufzeit und gegen eine bloße Höchstlaufzeit sind Vertragsklauseln wie: „während dieses Zeitraums ist nur eine außerordentliche Kündigung möglich“ oder „das ordentliche Kündigungsrecht ist während dieses Zeitraums ausgeschlossen“, gelegentlich auch „das Kündigungsrecht des § 89 ist während dieses Zeitraums ausgeschlossen“. Eine mildere, wenngleich weniger klare Form wäre die Formulierung: „Der Vertrag beginnt am XXX und wird auf fünf Jahre fest abgeschlossen“. Ein **bis zum Widerruf geltender Vertrag** ist ein unbefristeter Vertrag.<sup>278</sup> Der „Widerruf“ wäre eine Kündigung, die nur binnen der Fristen des § 89 erklärt werden darf.<sup>279</sup> Überall, wo dem HV-Verhältnis von vornherein eine nur begrenzte Dauer innewohnen soll, wird § 89 mit seinen Kündigungsmöglichkeiten, Kündigungsfristen und Kündigungsterminen unanwendbar. Hierbei handelt es sich aber um eine Ausnahme, die zu **beweisen** hat, wer sich auf sie beruft. Eine **außerordentliche Kündigung** nach § 89a (aber nur sie!) bleibt auch bei auf bestimmte Vertragsdauer gezeichneten Verträgen möglich.<sup>280</sup> Die **Voraussetzungen an den wichtigen Grund** sind nicht höher oder niedriger als im Rahmen der auf unbestimmte Dauer geschlossenen Verträge, wohingegen bei beiden Vertragstypen höhere Anforderungen an den wichtigen Grund zu richten sind, sofern die ordentliche Vertragsdauer in Kürze endet. Verträge unter **auflösender Bedingung**,<sup>281</sup> **solche die grds. befristet sind, sofern zuvor eine**

273 Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 52; Hopt § 89 Rn 19.

274 Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 14; MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89 Rn 10, 38.

275 Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 14; Schlegelberger/Schröder § 89 Rn 3a.

276 Schröder FS Hefermehl S. 113; Schröder DB 1966, 2007; Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 13; Hopt Rn 19; MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89 Rn 30; Schlegelberger/Schröder § 89 Rn 3a.

277 OLG Oldenburg, Urt. v. 24.7.2012 – 13 U 118/11, NJOZ 2012, 2213.

278 OLG Bamberg HVR (52) Nr. 87; Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 53; Hopt § 89 Rn 20; Oetker/Busche<sup>6</sup> § 89 Rn 6; MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89 Rn 33.

279 Vgl. Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 53; Röhrich/Graf v. Westphalen/Thume § 89 Rn 6.

280 Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 13.

281 AA Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 13; Schlegelberger/Schröder § 89 Rn 4.

**ordentliche Kündigung möglich ist,<sup>282</sup> bis zum Erreichen des 65. Lebensjahres (Alterschwelle)<sup>283</sup>, auf Probe oder auf Lebenszeit<sup>284</sup>** (wobei ein Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts zu prüfen bleibt) sind im Zweifel auf unbestimmte Zeit;<sup>285</sup> **Zeitverträge mit Option auf Verlängerung<sup>286</sup>** (bis zu einer unbefristeten Verlängerung) oder Verträge mit **auf Dauer aus geschlossenem Kündigungsrecht<sup>287</sup>** auf bestimmte Zeit geschlossen,<sup>288</sup> mit der Folge, dass § 89 vom Wortlaut her nicht eingreift. Zu Verträgen, die sich gem. einer bereits bei Vertragsbeginn getroffenen Vereinbarung mit vertraglicher Befristung um jeweils feste Zeiträume automatisch verlängern s. u. Bei Vorliegen der TB-Voraussetzungen bleibt eine Kündigung nach § 89a sowie § 624 BGB möglich.<sup>289</sup>

Die Parteien können durch **Änderungsvertrag**, auch mittels AGB,<sup>290</sup> einen Vertrag mit bestimmter Vertragsdauer in einen solchen mit unbestimmter Dauer wandeln und vice versa. **61**

Die aus dem vorvertraglichen Schutzpflichten hergeleiteten **Grundsätze über den Abbruch von Vertragsverhandlungen** können auf den Fall der Nichtverlängerung eines bestehenden Vertrages angewandt werden.<sup>291</sup> Besteht ein triftiger Grund für die Nichtverlängerung, entfällt ein Schadenersatzanspruch. An einen triftigen Grund sollen keine allzu hohen Anforderungen zu stellen sein.<sup>292</sup> In die Gesamtschau ist z. B. die Höhe der Investitionen einzustellen, die im Vertrauen auf das Zustandekommen eines Vertrages bzw. dessen Verlängerung herausgefordert wurden.<sup>293</sup> Eine vorherige **Abmahnung vor der Nichtverlängerung** ist nicht erforderlich.<sup>294</sup> Verzögerungen bei einem Flagship-Projekt bilden einen triftigen Grund.<sup>295</sup> **62**

### III. Absatz 3/Kettenverträge

Der Begriff der Kettenverträge wird oft für unterschiedliche Verträge genutzt. Im strengen Sinn **63** liegt ein Kettenvertrag nur in der unter Rn 68 genannten Konstellation vor, in welcher sich an einen Ursprungsvertrag ein bei Abschluss des Ursprungsvertrags mglw. nicht erwarteter separater Folgevertrag anschließt. In den Konstellationen der Rn 64 ff. liegt hingegen ein einheitlicher, fortgesetzter Vertrag vor. Die Terminologie in Literatur und Rspr. ist teilweise uneinheitlich.

**282** BGH, Urt. v. 6.2.1969 – VII ZR 125/66, VersR 1969, 445 (446 linke Spalte): VV-Vertrag mit Beendigung bei Erreichen des 65. Lebensjahres; *Boetius* VersR 1969, 447; *Ebenroth/Löwisch*<sup>3</sup> § 89 Rn 14, 16; *Hopt* § 89 Rn 20.

**283** BGH, Urt. v. 6.2.1969 – VII ZR 125/66, VersR 1969, 445 (446 linke Spalte): VV-Vertrag mit Beendigung bei Erreichen des 65. Lebensjahres; *Boetius* VersR 1969, 447; *Ebenroth/Löwisch*<sup>3</sup> § 89 Rn 16; *Hopt* § 89 Rn 20.

**284** *Küstner/Thume/Thume* I, Kap. VIII Rn 70; *Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn* Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 63; *Schlegelberger/Schröder* § 89 Rn 8; *AA* *Ebenroth/Löwisch*<sup>3</sup> § 89 Rn 13.

**285** *AA* *Ebenroth/Löwisch*<sup>3</sup> § 89 Rn 13.

**286** *Küstner/Thume/Thume* I, Kap. VIII Rn 60; *Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn* Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 59; *Ebenroth/Löwisch*<sup>3</sup> § 89 Rn 13, 15; *Heymann/Sonnenschein/Weitemeyer* § 89 Rn 17; vgl. BGH, Urt. v. 3.11.1999 – VIII ZR 269/98, ZIP 2000, 314 = *EWiR* 2000, 461 (*Graf v. Westphalen*). Man könnte angesichts der erforderlichen Umstellungsfrist für die Ausübung der Option aber die Einhaltung der Fristen des § 89 analog diskutieren. Dagegen spricht wieder, dass dann nicht – wie von § 89 vorausgesetzt – eine Umstellung wegen des Vertragsendes sondern wegen der Vertragsfortführung erforderlich ist.

**287** *Ebenroth/Löwisch*<sup>3</sup> § 89 Rn 13.

**288** *Ebenroth/Löwisch*<sup>3</sup> § 89 Rn 13.

**289** *Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn* Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 64.

**290** *AA* *Ebenroth/Löwisch*<sup>3</sup> § 89 Rn 13.

**291** OLG München, Urt. v. 27.3.2019 – 7 U 1001/18, IHR 2020, 17 (19).

**292** OLG München, Urt. v. 27.3.2019 – 7 U 1001/18, IHR 2020, 17 (19).

**293** OLG München, Urt. v. 27.3.2019 – 7 U 1001/18, IHR 2020, 17 (20).

**294** OLG München, Urt. v. 27.3.2019 – 7 U 1001/18, IHR 2020, 17 (20).

**295** OLG München, Urt. v. 27.3.2019 – 7 U 1001/18, IHR 2020, 17 (20).

### 1. Abs. 3: Einverständlich unbefristet fortgesetztes Vertragsverhältnis

- 64 Der auch für Vertragshändler geltende<sup>296</sup> Abs. 3 betrifft einen Ausschnitt aus der Problematik fortgesetzter Vertragsverhältnisse, nämlich den Sonderfall eines zunächst auf bestimmte Zeit begründeten Vertragsverhältnisses, welches nach Fristablauf ohne irgendeine Regelung zu Vertragsdauer oder Kündigungsmöglichkeit von beiden Parteien einvernehmlich **unbefristet** fortgesetzt wird.<sup>297</sup> Der Fall des Abs. 3 ist mithin von dem unter Rn 68 ff. erwähnten „eigentlichen“ Kettenvertrag abzugrenzen<sup>298</sup>: Bei der nicht von Abs. 3 erfassten Situation schließt sich an den ersten Zeitabschnitt ein weiterer mit ebenfalls **von vornherein begrenzter Zeitdauer** an. Für die demgegenüber **ohne ausdrückliche Befristung** vorgenommene, ggf. stillschweigende Vertragsfortsetzung gibt Abs. 3 eine der Rechtssicherheit dienende,<sup>299</sup> **nicht zwingende Auslegungsregel**<sup>300</sup>: Ein zunächst bis zu einem festen Auslauftermin befristeter Vertrag wird auf **unbestimmte Zeit** verlängert, sofern er nach Ablauf der vereinbarten Laufzeit von beiden Teilen einverständlich fortgesetzt wird.<sup>301</sup> Eine erneute Einigung oder ein fortdauerndes Einigsein der Parteien über sämtliche Bedingungen ihrer Zusammenarbeit ist unnötig;<sup>302</sup> die Fortsetzung wird fingiert. Es genügt, dass der Mittler weiter für den Unternehmer tätig ist und jener die vom HV vermittelten Kundengeschäfte ausführt.<sup>303</sup> Eine bloß einseitige Fortführung, welcher der andere Teil nicht unverzüglich widersprochen hat, soll aber nicht genügen,<sup>304</sup> ein wenig praktischer Ausnahmefall. Abs. 3 zeigt, dass eine derartige Fortsetzung zulässig ist. In diese Gruppe fallen nach Ablauf der ersten Befristung geschlossene Verträge, die aufgrund entsprechender **Verlängerungsklauseln** nach Fristablauf auf unbestimmte Zeit fortgesetzt werden sollen<sup>305</sup> oder nur zu bestimmten Terminen gekündigt werden können,<sup>306</sup> sowie die nach Fristablauf tatsächlich fortgesetzten Verträge gem. Abs. 3.<sup>307</sup> Die ständige Unsicherheit über die Verlängerung des Vertrages führt nicht zur **Unwirksamkeit der Verlängerungsklausel** gem. §§ 138, 307 BGB.
- 65 Für eine stillschweigende Einigung genügt die weitere Tätigkeit des HV, sofern der Unternehmer davon Kenntnis erlangt und sie in irgendeiner Weise duldet, z. B., indem er die vom HV vermittelten Geschäfte ausführt oder der Tätigkeit des HV nicht unverzüglich widerspricht.<sup>308</sup> Eine darüber hinausgehende Fortsetzungsvereinbarung ist streng genommen nicht notwendig, sie kann aber (wie im Fall des befristeten Fortsetzungsvertrages) **ausdrücklich oder konkludent** erfolgen. Eine Ausführung des vermittelten Geschäfts durch den Unternehmer bildet daher nicht die einzige konkludent mögliche Zustimmungform.<sup>309</sup> § 625 BGB tritt nicht notwendiger-

296 Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 133.

297 Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 20. Beispiel: OLG Hamm, Urt. v. 17.12.2009 – 18 U 126/09, BeckRS 2010, 02542.

298 Siehe Hopt § 89 Rn 21.

299 LG Köln, Urt. v. 15.4.2011 – 89 O 37/10, BeckRS 2012, 03969 m. Anm. Eckhoff ZVertriebsR 2012, 112.

300 Hopt § 89 Rn 21.

301 BGH, Urt. v. 19.1.2005 – VIII ZR 139/04, NJW-RR 2005, 762 (763) = VersR 2005, 504 = WM 2005, 1041; Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 122; Vogels in: Giesler, Praxishandbuch Vertriebsrecht, 2. Aufl. 2011, § 2 Rn 379; Oetker/Busche<sup>6</sup> § 89 Rn 6.

302 Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 122.

303 BGH, Urt. v. 19.1.2005 – VIII ZR 139/04, NJW-RR 2005, 762 (763) = VersR 2005, 504 = WM 2005, 1041; Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 122.

304 Begr. zum GE der BReg, BT-Dr 11/3077, S. 9; BGH, Urt. v. 19.1.2005 – VIII ZR 139/04, NJW-RR 2005, 762 (763) = VersR 2005, 504 = WM 2005, 1041; Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 122; Westphal I Rn 760.

305 Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 59; Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 14; MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89 Rn 10, 38; Schröder FS Hefermehl, S. 119.

306 Küstner BB 1973, 1241; Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 12.

307 Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 14.

308 BGH, Urt. v. 19.1.2005 – VIII ZR 139/04, VersR 2005, 504 = WM 2005, 1041; Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 20; Hopt § 89 Rn 21.

309 AA (Unternehmer muss vermitteltes Geschäft ausführen) Heymann/Sonnenschein/Weitemeyer § 89 Rn 3.

weise zurück.<sup>310</sup> Jedenfalls kann § 625 BGB analog angewandt werden.<sup>311</sup> Gem. Abs. 3 entsteht unter Einschluss des zuvor befristeten Vertrages ein **einheitliches, unbefristetes Vertragsverhältnis auf unbestimmte Zeit**, welches nur gem. § 89 mit den dort genannten Kündigungsfristen ordentlich kündbar ist. Gleiches gilt, wenn die Kündigungsfrist mehrmals zwischen 2 und 6 Monaten verlängert wird.<sup>312</sup> Bei der Bestimmung der maßgeblichen Kündigungsfristen nach Abs. 2 ist der zunächst befristete Vertrag in die Berechnung der Gesamtvertragszeit einzubeziehen (Abs. 3 S. 2).<sup>313</sup> Jedenfalls für Vertragshändlerverträge widerspricht *Mesch*<sup>314</sup>: Beide Parteien müssten damit rechnen, dass der Vertrag nicht verlängert würde. Eine erhöhte Schutzbedürftigkeit könne sich nur ergeben, sofern der Vertrag ohne weitere Verhandlung bereits mehrmals, d. h. mindestens 2 Mal, verlängert wurde und es keine Anzeichen gibt, dass eine weitere Vertragsverlängerung ausscheidet.<sup>315</sup> Die Auslegung des Vertrages kann aber ergeben, dass die Parteien seine Fortsetzung (nur) um die ursprüngliche Vertragslaufzeit wünschten. Zu **beweisen** hat die Fortsetzung derjenige, zu dessen Vorteil sie gereicht. Ist die Vertragsfortsetzung unstrittig und nur strittig, ob der Vertrag befristet oder unbefristet erfolgte, hat nach Abs. 3 derjenige die Befristung zu beweisen, der sich auf sie beruft. Abs. 3 soll **entsprechend anzuwenden** sein, wenn nicht der Vertrag als Ganzes, sondern lediglich besondere Vereinbarungen, insb. bezüglich der Provisionen, befristet wurden.<sup>316</sup> Dies soll nach Ansicht von *Eckhoff*<sup>317</sup> auch im Bereich der analogen Anwendung des HV-Rechts, also für Kommissionsagentur-, Franchise- und Vertragshändlerverträge gelten.

## 2. Einverständnis befristet fortgesetztes Vertragsverhältnis

Verträge, die sich gem. einer bereits bei Vertragsbeginn getroffenen Vereinbarung mit vertraglicher Befristung um jeweils **feste Zeiträume automatisch** verlängern, sofern keine Kündigung erfolgt, sind nach wohl **h. M.** (wie unter Abs. 3) als **unbefristete** und damit auch vor Ablauf des Endigungszeitpunktes (nur) gem. § 89 kündbare Verträge anzusehen.<sup>318</sup> Die Vertragsdauer ist unbestimmt, weil zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht vorhersehbar ist, ob eine Kündigung erfolgt und damit auch nicht, wann das Vertragsende eintritt.<sup>319</sup> Zu solchen Verträgen passt zumindest die Rechtsfolge des Abs. 3 nicht („gilt als auf unbestimmte Zeit verlängert“). Sie unterfallen folglich nicht Abs. 3. Eine **Minderansicht**, zu der aber immerhin der BGH

**310** *Emde* MDR 2002, 190 (192); *Küstner/Thume/Schröder* I<sup>4</sup> Kap. II Rn 19; *Klapperich* in: *Giesler, Praxishandbuch Vertriebsrecht*, 2. Aufl. 2011, § 2 Rn 146; *Hopt* § 89 Rn 6, 24; *Röhrich/Graf v. Westphalen/Thume*, § 85 Rn 6; *Schlegelberger/Schröder* § 89 Rn 4a, 5; **aA** *Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht*<sup>2</sup> § 89 Rn 123; *Hopt* § 89 Rn 22; *MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene* § 89 Rn 3. Ob man für die Gegenansicht den RegE BT-Drucks 11/3077, S. 9 anführen kann, halte ich für zweifelhaft.

**311** **AA** *Heymann/Sonnenschein/Weitemeyer* § 89 Rn 36.

**312** OLG Stuttgart, Urt. v. 14.8.2002 – 3 U 41/02, n. v.

**313** *Ebenroth/Löwisch*<sup>3</sup> § 89 Rn 20; *Hopt* § 89 Rn 22.

**314** *Mesch* ZVertriebsR 2015, 8 (10).

**315** *Mesch* ZVertriebsR 2015, 8 (10).

**316** LG Köln, Urt. v. 15.4.2011- 89 O 37/10, BeckRS 2012, 03969 m. Anm. *Eckhoff* ZVertriebsR 2012, 112.

**317** ZVertriebsR 2012, 112 (113).

**318** OLG Hamm BB 1973, 1233; *Küstner* BB 1973, 1239 (1241); BB 1975, 195; *Küstner/Thume/Thume* I, Kap. VIII Rn 56 f.; *Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht*<sup>2</sup> § 89 Rn 54 ff., 61; *Semler* in: *Martinek/Semler/Habermeier/Flohr, Handbuch des Vertriebsrechts*<sup>3</sup> § 19 Rn 8; *Vogels* in: *Giesler, Praxishandbuch Vertriebsrecht*, 2. Aufl. 2011, § 2 Rn 387; *Ebenroth/Löwisch*<sup>3</sup> § 89 Rn 15; *Röhrich/Graf v. Westphalen/Thume/Haas*, 4. Aufl. § 89 Rn 5, 7; *Heymann/Sonnenschein/Weitemeyer* § 89 Rn 18; *Hopt* § 89 Rn 20; *Oetker/Busche*<sup>6</sup> § 89 Rn 6; *MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene* § 89 Rn 34, 39, 40.

**319** *Küstner/Thume/Thume* I, Kap. VIII Rn 57.

zählt,<sup>320</sup> sieht in diesen Verträgen keine „unbefristeten“, weil eine befristete Vertragslaufzeit vereinbart wurde. § 89 ist nach dieser Minderansicht also nicht unmittelbar anwendbar.

67 Auf den ersten Blick scheint die Minderansicht trotz des eigentlich begrüßenswerten Gleichklangs der h. M. mit Abs. 3 überzeugender. Denn sie entspricht meist dem Parteiwillen, welcher auch bei ständiger Verlängerung jedes Vertragsintervalles die Unkündbarkeit nach § 89 wünscht. Auch die Minderansicht erkennt allerdings an, dass die Fristen des § 89 nicht umgangen werden dürfen. Sie wendet daher § 89 analog an, soweit der mit § 89 verfolgte Zweck nach der Interessenlage auch Zeitverträge mit Verlängerungsklausel erfasst (was festgestellt werden müsste): Der Vertrag endet nach der Rspr. des BGH im Regelfall nur dann mit dem Ablauftermin des jeweils aktuellen Zeitvertrages, sofern er von einer Seite unter Einhaltung der Fristen des § 89 Abs. 1 zum Ablauftermin gekündigt wird.<sup>321</sup> Das jeweils letzte Glied der „Vertragskette“ bzw. die zur Anknüpfung der Nichtverlängerung erforderliche Kündigungsfrist muss also seiner Länge nach mindestens die Kündigungsfristen des § 89 erreichen, damit eine angemessene Umstellungsfrist gewahrt ist.<sup>322</sup> Im Ergebnis sind die dogmatischen Unterschiede zwischen beiden Ansichten oft folgenlos.<sup>323</sup>

68 Als auf unbestimmte Zeit abgeschlossene Verträge werden auch Kettenverträge angesehen, bei denen der Unternehmer dem HV nach dem bei Vertragsschluss vereinbarten automatischen Auslaufen eines früher abgeschlossenen Vertrages regelmäßig einen meist ebenfalls befristeten neuen Vertrag übersendet, der in seiner äußeren Aufgliederung und im Wesentlichen auch in seinem Inhalt mit dem früher abgelaufenen Vertrag übereinstimmt,<sup>324</sup> über den aber meist nicht erneut verhandelt wird,<sup>325</sup> so dass beide Vertragsteile sich auf diese Handhabung eingespielt haben und auf eine Verlängerung vertrauen. Es darf nicht der Schluss gezogen werden, die Aneinanderreihung von zwei befristeten Verträgen sei als solche schon eine Umgehung des § 89. Sie kann gerade notwendig sein, um in gewisser Lage die Bindung an ein HV-Verhältnis nicht vorzeitig festzuschreiben.<sup>326</sup> Hier gibt es zwar keine „automatische“ Vertragsverlängerung, die bereits im Ursprungsvertrag vereinbart wurde. Es soll sich jedoch um einen unbefristeten Vertrag im vorgenannten Sinne handeln, für den § 89 gilt.<sup>327</sup> Schwierig ist allerdings die Feststellung, unter welchen Umständen die Parteien tatsächlich eine Verlängerung des eigentlich befristeten Vertrages erwarten durften. Ist der Vertrag ein unbefristeter „Kettenvertrag“, lässt sich je nach den tatsächlichen Verhältnissen vertreten, bereits ab dem zweiten Kettenglied jeden Vertragspartner für verpflichtet halten zu müssen, den anderen Partner mit den in § 89 festgelegten Fristen vor Ablauf eines Vertrages Mitteilung darüber zu geben, dass man zu einem er-

**320** BGH, Urt. v. 12.12.1974 – VII ZR 229/73, NJW 1975, 387 = BB 1975, 194 m. krit. Anm. *Küstner* BB 1975, 194; *Schlegelberger/Schröder* § 89 Rn 5 und FS Hefermehl, S. 117 ff., BB 1974, 298; kritisch zu der Entscheidung des BGH auch *Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht*<sup>2</sup> § 89 Rn 61.

**321** BGH, Urt. v. 17.7.2002 – VIII ZR 59/01, NJW-RR 2002, 1554 = DB 2002, 1992 = EWiR 2002, 915 (*Emde*), *Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht*<sup>2</sup> § 89 Rn 56.

**322** BGH, Urt. v. 15.6.1959 – II ZR 184/57, LM § 89 b Nr. 10/11; *Ebenroth/Löwisch*<sup>3</sup> § 89 Rn 15; *Schröder* FS Hefermehl, S. 121; *Heymann/Sonnenschein/Weitemeyer* § 89 Rn 18.

**323** *Küstner/Thume/Thume* I, Kap. VIII Rn 57; *Vogels* in: *Giesler, Praxishandbuch Vertriebsrecht*, 2. Aufl. 2011, § 2 Rn 382; *MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene* § 89 Rn 40.

**324** Bei wesentlicher Inhaltsänderung handelt es sich nicht um Kettenverträge, s. *Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht*<sup>2</sup> § 89 Rn 54; *Ebenroth/Löwisch*<sup>3</sup> § 89 Rn 18; *MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene* § 89 Rn 36.

**325** BGH, Urt. v. 17.7.2002 – VIII ZR 59/01, NJW-RR 2002, 1554 = DB 2002, 1992 = EWiR 2002, 915 (*Emde*) – Franchisevertrag.

**326** *Schlegelberger/Schröder* § 89 Rn 4.

**327** BGH, Urt. v. 17.7.2002 – VIII ZR 59/01, DB 2002, 1992 = MDR 2002, 1259 = NJW-RR 2002, 1554 = EWiR 2002, 915 (*Emde*) = WM 2003, 251 = BB 2012, 2036; BGH, Urt. v. 9.10.2002 – VIII ZR 95/01, NJW-RR 2003, 98 – Vertragshändler; NJW-RR 2001, 1554 unter II, 1b bb; v. 13.12.1995 – VIII ZR 61/95, NJW 1996, 848 = WM 1996, 877 unter II 1; v. 11.12.1958 – II ZR 169/57, VersR 1959, 129 unter 2; s. a. BGHZ 141, BGHZ 141, 248 = NJW 1999, 2668; *Küstner/Thume/Thume* I, Kap. VII Rn 61 f.; *MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene* § 89 Rn 34.

neuten Vertragsschluss nicht bereit sei.<sup>328</sup> Aber auch die gegenteilige Ansicht wäre vertretbar: Zum einen könnte man hier einen befristeten Vertrag annehmen (Folge: Unanwendbarkeit des § 89), da die Verlängerung nicht sicher und keine Kündigung erforderlich ist. Zudem könnte, solange jedes Kettenglied die Fristen des § 89 einhält, gegen eine fortlaufende Befristung des Vertrages nichts zu erinnern sein. Denn durch dessen Befristung, die den Mindestkündigungsfristen des § 89 entspricht oder sie überschreitet, werden die Mindestumstellungsfrist und damit der Schutzgehalt des § 89 gewahrt.

Die vorgenannte Rspr: gilt auch, wenn der Unternehmer den HV zur Fortsetzung des Vertrages zu wesentlich geänderten Konditionen auffordert und der HV dies ablehnt.<sup>329</sup> Auch in dieser Situation soll der Unternehmer das Vertragsende nicht durch eine einseitige Handlung herbeiführen können. Vielmehr müsse er den Vertrag nach § 89 kündigen.<sup>330</sup> Denn auch in diesem Fall sei der HV schutzwürdig und bedürfe der Mindestkündigungsfristen. Anderenfalls würde dem Unternehmer ein leichter Weg aus dem Vertrag gewiesen, wenn er durch die bloße Forderung nach einem stark geänderten Vertrag sich von der Rspr. des BGH dispensieren könnte, derzufolge nur mit den Kündigungsfristen des § 89 zum Ablauf des letzten Kettengliedes eine Vertragsbeendigung möglich ist.

Außer im Fall der automatischen Verlängerung<sup>331</sup> reicht als „Kündigungserklärung“ die Mitteilung aus, keinen neuen Vertrag schließen zu wollen.<sup>332</sup> Wird das Vertragsverhältnis nicht gekündigt, läuft es weiter und bleibt ein „unbefristeter“ Vertrag.<sup>333</sup> Da die Fristen des § 89 nach Vertragsdauer gestaffelt sind, ist als **für die Umstellungs- und Kündigungsfrist maßgeblicher Vertragsbeginn** nicht der Beginn des letzten Kettengliedes sondern der des HV-Vertrages überhaupt anzusehen (Abs. 3 S. 2 analog).<sup>334</sup> Das soll auch im oben behandelten Fall gelten, in dem sich der „Neuvertrag“ nicht automatisch an den „Altvertrag“ anschließt, sondern der Neu- oder Anschlussvertrag neu unterzeichnet werden muss. Nach mehr als 5jähriger Vertragsdauer beträgt die Mindestfrist des letzten Kettengliedes bzw. die zur Ankündigung der Nichtverlängerung erforderliche Kündigungsfrist also mindestens sechs Monate. Kürzere Fristen verlängern sich automatisch auf das von § 89 vorgesehene Maß.<sup>335</sup> Das gilt im Ergebnis auch bei AGB, wo die wegen Verstoßes gegen das Leitbild des § 89 gem. § 307 BGB unwirksame Klausel im Umfang ihrer Nichtigkeit durch § 89 und seine Fristen ersetzt wird. Nach Ansicht von *Mesch*<sup>336</sup> soll jedenfalls bei Vertragshändlerverträgen die Laufzeit der Verträge nicht zusammengerechnet werden, es sei denn, es läge eine mindestens zweimalige, unproblematische Verlängerung vor. Bei fristgerechter Kündigung (unbefristeter Vertrag) oder fehlender Verlängerung (befristeter Vertrag) endet der Kettenvertrag.<sup>337</sup>

In Abgrenzung zu den nach h. M. unbefristeten Verträgen sind als auf unbestimmte Zeit eingegangen solche Verträge zu werten, deren Auslegung ergibt, dass sie sich nur solange verlängern sollen, bis sie einer der Parteien durch eine rechtsgestaltende Erklärung beendet. Ent-

<sup>328</sup> Küstner/Thume/Thume I, Kap. VII Rn 63.

<sup>329</sup> Küstner/Thume/Thume I, Kap. VIII, Rn 63; aA Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 57; Ebenroth/Löwisch, 3. Aufl. § 89 Rn 18; MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89 Rn 35.

<sup>330</sup> Küstner/Thume/Thume I, Kap. VIII Rn 64 f.

<sup>331</sup> Aber auch hier kann eine anderslautende Erklärung ausgelegt werden.

<sup>332</sup> BGH NJW 1996, 848; Küstner/Thume/Thume I, Kap. VIII, Rn 63; Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 56; MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89 Rn 35.

<sup>333</sup> BGH, Urt. v. 17.7.2002 – VIII ZR 59/01, NJW-RR 2002, 1554 = DB 2002, 1992 = EWiR 2002, 915 (*Emde*), Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 56.

<sup>334</sup> BGH, Urt. v. 17.7.2002 – VIII ZR 59/01, NJW-RR 2002, 1554 = DB 2002, 1992 = EWiR 2002, 915 (*Emde*); Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 56; Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 38; *Hopt* § 89 Rn 11; MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89 Rn 35.

<sup>335</sup> BGH, Urt. v. 17.7.2002 – VIII ZR 59/01, NJW-RR 2002, 1554 = DB 2002, 1992 = EWiR 2002, 915 (*Emde*).

<sup>336</sup> *Mesch* ZVertriebsR 2015, 8 (11).

<sup>337</sup> *Recken* WM 1975, 264; Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 15.

scheidend für die Abgrenzung ist der Wunsch nach fehlender Beendigung „aus sich heraus“ ohne eine rechtsgestaltende Erklärung, um den Vertrag zu beenden.

#### IV. Fristen

72 Ist eine besondere Kündigungsfrist nicht vereinbart, greifen die in § 89 genannten Kündigungsfristen. Sie müssen dem Gekündigten als **Mindestfristen** ungekürzt zur Verfügung stehen,<sup>338</sup> und zwar berechnet ab dem Zugang der Kündigungserklärung.<sup>339</sup> Gerade der Mittler benötigt diese – regelmäßig viel zu kurz bemessenen Fristen – zur Anpassung an die neue Situation, etwa zur **Suche nach einer Nachfolgevertretung** oder für eine Kündigung von Untervertretern, Angestellten oder Mietverträgen (Problem: Konkordanz der Kündigungsfristen, etwa bei Mindest-Kündigungsfristen im Hauptvertrag oder Hauptvertrag mit kurzen Kündigungsfristen nach ausländischem Recht). Gleiches gilt für den Unternehmer im Falle der Suche nach einem Nachfolgevertreter, wobei der Unternehmer tendenziell weniger auf eine Auslaufrist angewiesen ist und daher das geringere Interesse an langen Kündigungsfristen hat. Die Fristen verlängern oder verkürzen sich in Sondersituationen regelmäßig nicht,<sup>340</sup> auch nicht nach § 313 BGB oder im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung. Erfolgt die Kündigung im ersten Jahr der Vertragsdauer, kann sie nur ausgesprochen werden mit einer Frist von einem Monat. Im zweiten Jahr der Vertragsdauer verlängert sich die Frist zu einer solchen von zwei Monaten und im dritten bis fünften Jahr zu einer Frist von drei Monaten. Nach einer Vertragsdauer von fünf Jahren kann das Vertragsverhältnis nur mit einer Frist von sechs Monaten gekündigt werden. Die Kündigung ist nach S. 3 nur für den **Schluss eines Kalendermonats** zulässig, sofern keine abweichende Vereinbarung getroffen ist. Gemäß Abs. 2 (dazu unten) dürfen die Kündigungsfristen nach Abs. 1 S. 1 und 2 durch Vereinbarung verlängert werden. Die Frist darf dann jedoch für den Unternehmer nicht kürzer sein als für den HV. Bei Vereinbarung einer kürzeren Frist für den Unternehmer gilt die für den HV vereinbarte Frist. Hier ist ein **Rechtsgedanke** enthalten, der **der Verallgemeinerung fähig** ist und aus dem die Rspr. auch Folgerungen gezogen hat. So kann die Verjährung nicht einseitig gegen den HV durch Vertrag kürzer gestaltet werden als diejenige gegen den Unternehmer. Eine vertragliche **Verkürzung der Kündigungsfristen** des § 89 ist nicht zulässig, wohl aber eine Verlängerung (s. u.). Da es sich bei den Fristen des § 89 um **zwingende gesetzliche Mindestfristen** handelt, bedeutet dies, dass die Mindestfristen an die Stelle einer im Vertrag vorgesehenen kürzeren Frist treten.<sup>341</sup> Ebenso verlängert sich die Kündigungsfrist auf das von § 89 vorgesehene Maß, sollte die Kündigung mit zu kurzer Frist erklärt worden sein (s. u.).

73 Der Kündigende darf wie bei der außerordentlichen Kündigung **eine längere als die vereinbarte Kündigungsfrist gewähren**. Die verlängerte Frist gibt dem Gekündigten eine längere Umstellungsfrist; er erfährt meist keinen Nachteil. Rechtstechnisch handelt es sich bei der Verlängerung der Fristen um ein Angebot auf Abschluss eines Änderungsvertrages, das eigentlich der zeitgerechten Annahme (§ 147 BGB) bedarf, notfalls nach der nur selten eingreifenden Vermutung des § 151 BGB. Da häufig keine Annahmeerklärung zu finden sein wird, kann der Kündigende auch ohne eine solche nach § 242 BGB an die von ihm genannte Frist gebunden sein. Man kann die mit längerer Frist erklärte Kündigungserklärung für unwirksam halten (dann müsste der Kündigende erneut mit der vertraglich vorgesehenen Frist kündigen; der Gekündigte dürfte die unwirksame Kündigung zum Anlass einer Kündigung nach § 89a nehmen) oder die

338 BGH, Urt. v. 28.9.1972 – VII ZR 186/71, BGHZ 59, 265 = NJW 1972, 2083; Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 87.

339 Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 89; Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 37; MünchKommHGB/von Hoyningen-Huene § 89 Rn 56; Hopt § 89 Rn 14.

340 Emde ZVertriebsR 2020, 138 (155) zur Corona-Pandemie.

341 BGHZ 40, 235.

längeren Auslaufristen auf das vertraglich oder gesetzlich vorgesehene Maß reduzieren. Ich neige in Abweichung von meiner Auffassung aus Staub 5. Aufl. der letztgenannten Alternative zu. Der Gekündigte braucht die verlängerten Fristen also nicht zu akzeptieren, sondern kann die Einhaltung der geltenden Fristen fordern. Er braucht aber nicht selbst zu kündigen, wobei diese Kündigung mit der Gefahr verbunden wäre, dass sie gem. § 89b Abs. 3 Nr. 1 ausgleichsschädlich wäre.

Die Kündigungsfrist berechnet sich nach den **§§ 186 ff. BGB**.<sup>342</sup> Der Tag des Zugangs der Erklärung wird gem. § 187 BGB nicht mitgerechnet.<sup>343</sup> Zu beachten ist die für einen HV-Fall ergangene, obwohl ihrem Inhalt nach mit allgemeiner Tragweite ausgestattete Entscheidung BGHZ 59, 265: Fällt der **Beginn** der Kündigungsfrist auf einen Sonn- oder gesetzlichen Feiertag, so **gilt § 193 BGB nicht**.<sup>344</sup> § 193 BGB erstreckt das **Ende** der Kündigungsfrist zugunsten des Erklärenden. Nicht aber kann dadurch die Dauer einer Frist durch Hinausschiebung ihres Beginnes zu Lasten des Erklärungsempfängers verkürzt werden. Beginnt die Kündigungsfrist, von ihrem Ende ab zurückgerechnet, also an einem Sonnabend oder Sonntag, so wäre eine am Montag ausgesprochene Kündigung nicht mehr rechtzeitig; sie müsste dem Kündigungsempfänger am Tage des Beginnes der Kündigungsfrist effektiv zugegangen sein.

## V. Maßgebliche Vertragsdauer

Die Kündigungsfrist des Abs. 1 **verlängert sich mit der Vertragsdauer**. Sie muss grundsätzlich eine **ununterbrochene**<sup>345</sup> sein. Maßgeblich ist der Zeitraum zwischen dem rechtlichen Beginn des HV-Vertrags durch Vertragsschluss oder einverständlicher Tätigkeitsaufnahme und dem Zugang der Kündigungserklärung.<sup>346</sup> Die nach dem Zugang der Kündigung noch laufende Frist ist also in die Berechnung der für die Kündigungsfrist entscheidenden Vertragsdauer nicht einzubeziehen.<sup>347</sup> Dass der Vertrag Änderungen erfahren hat, etwa Gebietserweiterungen oder -reduzierungen, Modifikationen des Provisionsatzes oder der Provisionsbemessungsgrundlage, Wandlung von der Tätigkeits- zur Bezirksprovision und umgekehrt bzw. Änderung der Produktpalette, ist für die Einheit des Vertrages und damit die Zurechnung zur Vertragsdauer irrelevant: einzubeziehen ist die gesamte Vertragsdauer. Bei Ersatz eines Vertrages durch einen neuen Vertrag, wie es häufig gegenüber VV geschieht,<sup>348</sup> bleibt das Datum des Abschlusses des ersten Vertrags für die Fristberechnung maßgeblich, wenn das Vertragsverhältnis im Kern tatsächlich fortgesetzt und trotz formalen Neuabschlusses inhaltlich nur eine Vertragsänderung vorgenommen wurde.<sup>349</sup> Erst recht bleibt eine Kündigung durch den Unternehmer mit anschließendem **gleichinhaltlichen Neuabschluss** zu dem bloßen Zweck, die Anwendung des § 89 mit seiner längeren, zwingenden Mindestkündigungsfrist zum Nachteil des HV auszuschalten, für die Berechnung der Gesamtdauer unbeachtlich, gleiches gilt für die Fälle der „Rücknahme“ oder des „Verzichts“ auf eine Kündigung,<sup>350</sup> die rechtlich einen

**342** Flohr/Wauschkuhn/*Wauschkuhn* Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 90; *Hopt* § 89 Rn 14.

**343** Flohr/Wauschkuhn/*Wauschkuhn* Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 90.

**344** Ebenso Flohr/Wauschkuhn/*Wauschkuhn* Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 90; Ebenroth/*Löwisch*<sup>3</sup> § 89 Rn 37; MünchKommHGB/v. *Hoyningen-Huene* § 89 Rn 57.

**345** Ebenroth/*Löwisch*<sup>3</sup> § 89 Rn 38; MünchKommHGB/v. *Hoyningen-Huene* § 89 Rn 56.

**346** *Vogels* in: Giesler, Praxishandbuch Vertriebsrecht, 2. Aufl. 2011, § 2 Rn 373; Ebenroth/*Löwisch*<sup>3</sup> § 89 Rn 38; *Hopt* § 89 Rn 11; MünchKommHGB/v. *Hoyningen-Huene* § 89 Rn 56; Heymann/*Sonnenschein/Weitemeyer* § 89 Rn 31; **aA** berechnet bis zum Kündigungsendtermin *Schlegelberger/Schröder* § 89 Rn 18.

**347** Ebenroth/*Löwisch*<sup>3</sup> § 89 Rn 38.

**348** Ebenroth/*Löwisch*<sup>3</sup> § 89 Rn 38.

**349** BGH, Urt. v. 19.3.1987 – I ZR 166/85, NJW-RR 1987, 1112; Ebenroth/*Löwisch*<sup>3</sup> § 89 Rn 38; Heymann/*Sonnenschein/Weitemeyer* § 89 Rn 31; zu streng *Hopt* § 89 Rn 11; MünchKommHGB/v. *Hoyningen-Huene* § 89 Rn 56; *Schlegelberger/Schröder* § 89 Rn 18: Neuabschluss nur bei Umgehung des Gesetzes unmaßgebend.

**350** Ebenroth/*Löwisch*<sup>3</sup> § 89 Rn 38; *Schlegelberger/Schröder* § 89a Rn 18.

(konkludenten) Neuabschluss darstellen. Überhaupt wird man unbedeutende Unterbrechungen des Vertrages bei der Berechnung der Vertragsdauer auszublenden haben. **Tätigkeitsunterbrechungen**, etwa **Freistellungen**, bei rechtlichem Fortbestand des HV-Vertrages ändert nichts an der ungekürzten Zurechnung der gesamten Vertragsdauer. Die Kündigungsfristen verlängern sich aber – jedenfalls bei HV-Verträgen – durch eine lange Vertragsdauer grds. nicht über die 6-Monatsfrist hinaus: Auch nach 40<sup>351</sup> oder 100-jähriger<sup>352</sup> Vertragsdauer bleibt eine vereinbarte Kündigungsfrist von 6 Monaten zulässig; sie wird nicht – etwa im Wege ergänzender Vertragsauslegung – verlängert.<sup>353</sup>

## VI. Kündigungserklärung („gekündigt werden“)<sup>354</sup>

- 76 Der Ausspruch der Kündigung folgt den **allgemeinen Regeln über Willenserklärungen**. Die Kündigung ist eine einseitige, zugangsbefähigte<sup>355</sup> Willenserklärung. Eine Annahme der Erklärung, etwa nach § 151 BGB, ist nicht erforderlich.<sup>356</sup>

### 1. Form

- 77 Eine bestimmte **Form** der Kündigung ist, abweichend von anderen Rechtsordnungen (Belgien: Einschreiben, Türkei Schriftform<sup>357</sup>), **gesetzlich** nicht vorgeschrieben.<sup>358</sup> Theoretisch wäre sogar in seltenen Fällen<sup>359</sup> eine stillschweigende oder **konkludente Kündigung** denkbar.<sup>360</sup> Eine gesetzliche **Formvorschrift** dürfte aber eingeführt werden.<sup>361</sup> Auch kann **vertraglich eine Form vereinbart** werden,<sup>362</sup> soweit sie die Kündigung nicht übermäßig erschwert (letzteres widerspricht der zwingenden Natur des § 89). Soll die Form Wirksamkeitserfordernis sein, müsste – ggf. Auslegungsfrage – festgestellt werden, dass die Parteien eine „durch Rechtsgeschäft bestimmte Form“ (§ 127 S. 1 BGB) gewollt haben. Das ist i. d. R. nicht der Fall. So soll etwa die vorherige Herabsetzung der Form (von der Einschreib- zur Schriftform) und ein fehlendes Schriftformerfordernis für die mit weitreichenderen Folgen versehene außerordentliche Kündigung gegen ein strenges Schriftformerfordernis sprechen.<sup>363</sup> Bei AGB ist eine verwerderfeindliche gegenteilige Ansicht vertretbar. Zu unterscheiden ist zwischen dem eigentlichen Formgebot (etwa: Schriftform, notarielle Beurkundung) und der Übermittlungsform. Das eigentliche Form-

<sup>351</sup> Oberstes Gericht Dänemarks, Urt. v. 22.10.2003 – UFR 2004.148H, wiedergegeben bei *Kjellegaard Jensen* RIW 2006, 280 (286).

<sup>352</sup> LG Hamburg, Urt. v. 15.12.2006 – 406 O 175/06; n. v.

<sup>353</sup> Oberstes Gericht Dänemarks, Urt. v. 22.10.2003 – UFR 2004.148H, wiedergegeben bei *Kjellegaard Jensen* RIW 2006, 280 (286).

<sup>354</sup> Generell zu den Fallstricken einer Kündigung *Gores/Podann* MDR 2018, 1032.

<sup>355</sup> *Becker-Schaffner* BB 1998, 422; Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 68; Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 32; MünchKommHGB/v. *Hoyningen-Huene* § 89 Rn 45; Schlegelberger/Schröder § 89 Rn 21.

<sup>356</sup> Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 32.

<sup>357</sup> Jedenfalls als Beweisvorschrift, s. *Krüger* RIW 2009, 771 (773).

<sup>358</sup> OLG München, Urt. v. 26.1.2012 – 23 U 3798/11, WM 2012, 1743 (1744) = BB 2012, 1056 m. Anm. von *Bodungen* = GWR 2012, 110 m. Anm. *Noreisch*; Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 68.

<sup>359</sup> Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 32; MünchKommHGB/v. *Hoyningen-Huene* § 89 Rn 45.

<sup>360</sup> OLG München, Beschl. v. 26.10.2017 – 23 U 1036/17, ZVertriebsR 2017, 384 (385); Urt. v. 26.1.2012 – 23 U 3798/11, WM 2012, 1743 (1744) = BB 2012, 1056 m. Anm. von *Bodungen* = GWR 2012, 110 m. Anm. *Noreisch*.

<sup>361</sup> **AA** Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 33.

<sup>362</sup> Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 33.

<sup>363</sup> OLG München, Urt. v. 26.1.2012 – 23 U 3798/11, WM 2012, 1743 (1744) = BB 2012, 1056 m. Anm. von *Bodungen* = GWR 2012, 110 m. zust. Anm. *Noreisch*.

gebot hat im Zweifel konstitutive Wirkung,<sup>364</sup> seine Verfehlung führt gem. § 125 S. 2. BGB zur Formnichtigkeit. Allerdings wahrt gem. § 127 Abs. 2 BGB die telekommunikative Übermittlung die vereinbarte Schriftform, und damit regeln. die Übermittlung per Fax oder E-Mail.<sup>365</sup> Anderes gilt für die vereinbarte Übertragungsform: Eine **durch Vertrag vorgeschriebene Übertragungsform** („eingeschrieben“) dient im Zweifel nur Beweis Zwecken, macht also eine unter Nichtbeachtung derselben ausgesprochene Kündigung nicht unwirksam, etwa bei Vereinbarung der Schriftform und Versendung per E-Mail.<sup>366</sup> § 174 BGB ist anzuwenden, so dass die Kündigung wegen **Nichtvorlage einer Vollmacht** zurückgewiesen werden kann.<sup>367</sup>

## 2. Inhalt

**a) Klarheit.** Immer muss die Erklärung eindeutig, klar und unmissverständlich zum Ausdruck bringen, dass der Vertrag spätestens mit Ablauf der Kündigungsfrist beendet werden soll.<sup>368</sup> Eine Kündigung „durch Schweigen“ gibt es nicht,<sup>369</sup> heißt es. Richtigerweise muss es heißen: „ohne Erklärung“, siehe die schriftliche Kündigung oder durch Gebärdensprache. Auch eine konkludente oder stillschweigende Kündigungserklärung ist möglich (s. o.). Immer aber muss der eindeutige Wille zum Vertragsende zum Ausdruck kommen, etwa bei der Erklärung, den Vertrag künftig nicht mehr zu wollen. Die Erklärung ist **bedingungsfeindlich**,<sup>370</sup> mit Ausnahme der von dem Willen des Kündigungsempfängers abhängigen Potestativbedingung<sup>371</sup> oder der innerprozessualen Rechtsbedingung.<sup>372</sup>

Keine Kündigungserklärung liegt vor, falls:

- das **Betreff die Worte „Beendigung des HV-Vertrages“ enthält**. Daraus kann eine Kündigungserklärung nicht hergeleitet werden, sofern bereits frühere Schreiben mit demselben Betreff überschrieben waren, ohne dass sie eine Kündigung enthielten;<sup>373</sup>
- die **Bitte um Verhandlungen über die Vertragsaufhebung** geäußert wird;<sup>374</sup>
- die E-Mail eines HV mitteilt, er habe sich **entschieden, das aktive Tagesgeschäft einzustellen**, werde aber seine Kunden und die akquirierten Kontakte weiter bearbeiten, zudem solle in Kürze geklärt werden, wie das im Einzelnen aussehen werde;<sup>375</sup>

**364** BGH, Urt. v. 3.11.1999 – I ZR 145/97, NJW-RR 2000, 1560 (1561) unter II 2b; MünchKommHGB/v. *Hoyningen-Huene* § 89 Rn 46; Palandt/*Ellenberger* § 125 Rn 17; **aA** Ebenroth/*Löwisch*<sup>3</sup> § 89 Rn 33.

**365** OLG München, Urt. v. 26.1.2012 – 23 U 3798/11, WM 2012, 1743 (1744) = BB 2012, 1056 m. Anm. von *Bodungen* = GWR 2012, 110 m. Anm. *Noreisch*.

**366** OLG München, Urt. v. 26.1.2012 – 23 U 3798/11, WM 2012, 1743 (1744) = BB 2012, 1056 m. Anm. von *Bodungen* = GWR 2012, 110 m. zust. Anm. *Noreisch*; Flohr/*Wauschkuhn/Wauschkuhn* Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 68; MünchKommHGB/v. *Hoyningen-Huene* § 89 Rn 45.

**367** Ebenroth/*Löwisch*<sup>3</sup> § 89 Rn 32; Schlegelberger/*Schröder* § 89 Rn 24; näher etwa KG BB 1998, 607; *Lohr* MDR 2000, 620.

**368** OLG München, Beschl. v. 26.10.2017 – 23 U 1036/17, ZVertriebsR 2017, 384 (385); OLG Düsseldorf OLGR 1999, 453 (454); Ebenroth/*Löwisch*<sup>3</sup> § 89 Rn 32; MünchKommHGB/v. *Hoyningen-Huene* § 89 Rn 45; Schlegelberger/*Schröder* § 89 Rn 25; *Alff* Rn 193.

**369** Ebenroth/*Löwisch*<sup>3</sup> § 89 Rn 32.

**370** Flohr/*Wauschkuhn/Wauschkuhn* Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 87.

**371** Flohr/*Wauschkuhn/Wauschkuhn* Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 87; Ebenroth/*Löwisch*<sup>3</sup> § 89 Rn 32; Heymann/*Sonnenschein/Weitemeyer* § 89 Rn 21; MünchKommHGB/v. *Hoyningen-Huene* § 89 Rn 53; Schlegelberger/*Schröder* § 89 Rn 25a.

**372** Ebenroth/*Löwisch*<sup>3</sup> § 89 Rn 32.

**373** OLG München, Urt. v. 18.5.2011 – 7 U 4585/10, WM 2011, 1625.

**374** LG Hamburg, Urt. v. 9.8.2013 – 418 HKO 157/12.

**375** OLG München, Beschl. v. 26.10.2017 – 23 U 1036/17, ZVertriebsR 2017, 384 (385).

- die Tätigkeit **faktisch beendet wird**.<sup>376</sup> Aus der bloßen Untätigkeit eines HV kann nicht ohne weiteres auf eine Kündigung des Vertrages geschlossen werden;<sup>377</sup>
- die **Kündigung einer Handelsspannvereinbarung** „vorsorglich und zur Klarstellung“ erklärt wird. In ihr liegt keine Kündigung des Gesamtvertrages.<sup>378</sup>

**80 b) Begründung der Kündigung und weitere Inhaltsanforderungen.** Einer **Begründung, Rechtfertigung**<sup>379</sup> oder eines **Kündigungsgrundes** (Gegenschluß aus § 89a)<sup>380</sup> bedarf die Kündigung nicht, eine Begründung braucht auch nicht gegeben zu werden (anders Ungarn). Ein Begründungserfordernis könnte aber vereinbart werden. Die Selbstverpflichtungskataloge der Kfz-Hersteller sehen z. T. die Selbstverpflichtung vor, ein Begründungserfordernis in die Händlerverträge aufzunehmen (Vor § 84 Rn 388 ff.). Ebenso wenig bedarf die Kündigung (außer als außerordentliche nach § 314 BGB) einer vorherigen **Androhung**.<sup>381</sup> Die **gewünschte Kündigungsfrist braucht**, sofern nicht ausnahmsweise eine längere Auslaufzeit gewährt werden soll, **nicht genannt zu werden**<sup>382</sup> (Gegenbeispiel: Belgien), sie ergibt sich aus dem Gesetz oder dem Vertrag. Schon die Umdeutungsmöglichkeit einer außerordentlichen zu einer ordentlichen Kündigung zeigt die Irrelevanz der Fristangabe (s. zur Umdeutung die Kommentierung zu § 89a).

**81 c) Folgen der mangelnden Wahrung der Wirksamkeitserfordernisse.** Eine den zwingenden Voraussetzungen nicht genügende Kündigung ist unwirksam. Etwas anderes gilt nur für die mit zu kurzer Frist erklärte Kündigung: Hier gilt automatisch die von § 89 vorgesehene, längere Frist. Ist eine Kündigung zu einem Kündigungsendtermin mit einer Kündigungsfrist vorgesehen (etwa drei Monate zum Jahresende) und ist die Kündigungsfrist zu kurz bemessen, so spricht *Mesch*<sup>383</sup> sich dafür aus, dass die Kündigung mit zu kurzer Frist so auszulegen ist, dass lediglich eine angemessene Kündigungsfrist gilt (Kündigung also nach sechs Monaten wirksam). Nicht jedoch sei die Kündigung dann erst zum nächsten Kündigungsendtermin (31.12. des nächsten Jahres) wirksam.

**82** Tritt Unwirksamkeit ein, braucht die Kündigung nicht entsprechend § 174 BGB zurückgewiesen zu werden,<sup>384</sup> wie überhaupt einer unwirksamen Kündigung nicht widersprochen werden muss. Sie ist (Verwirkungsfälle ausgenommen) ohne Widerspruch unwirksam,<sup>385</sup> was durch **Feststellungsklage** festgestellt werden könnte.<sup>386</sup> Das erforderliche Feststellungsinteresse dürfte regelmäßig gegeben sein. Das gilt umso mehr, wenn noch ein Ausgleichsanspruch im Raume steht.<sup>387</sup> Bleiben Zweifel darüber, ob eine Kündigungserklärung vorliegt, gereichen sie zum Nachteil desjenigen, der die Kündigung erklären wollte. In einer unwirksamen Kündigung kann

**376** OLG München, Beschl. v. 26.10.2017 – 23 U 1036/17, ZVertriebsR 2017, 384 (385).

**377** OLG München, Beschl. v. 26.10.2017 – 23 U 1036/17, ZVertriebsR 2017, 384 (386).

**378** OLG Celle, Urt. v. 11.2.2010 – 13 U 92/09 (Kart), DE-R 2853 (2859).

**379** *Köhnen* in: Giesler, Praxishandbuch Vertriebsrecht, 2. Aufl. 2011, § 3 Rn 316; v 89 Rn 69; **aA** *Genzow* Rn 108f; offengelassen von BGH WuW/E BGH 2491 (Opel-Blitz).

**380** Flohr/Wauschkuhn/*Wauschkuhn* Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 69; Ebenroth/*Löwisch*<sup>3</sup> § 89 Rn 34; Schlegelberger/*Schröder* § 89 Rn 25a.

**381** Flohr/Wauschkuhn/*Wauschkuhn* Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 69; MünchKommHGB/v. *Hoyningen-Huene* § 89 Rn 45.

**382** Ebenroth/*Löwisch*<sup>2</sup> § 89 Rn 26; Schlegelberger/*Schröder* § 89 Rn 25; **aA** *Finke* WM 1969, 1128.

**383** ZVertriebsR 2015, 8 (11).

**384** **AA** Ebenroth/*Löwisch*<sup>3</sup> § 89 Rn 34; Schlegelberger/*Schröder* § 89 Rn 23.

**385** Ebenroth/*Löwisch*<sup>3</sup> § 89 Rn 36; Schlegelberger/*Schröder* § 89 Rn 11; *Lohr* MDR 2000, 620.

**386** OLG Hamm, Urt. v. 21.4.2016 – 18 U 33/15, ZVertriebsR 2017, 166 Rn 36.

**387** OLG Hamm, Urt. v. 21.4.2016 – 18 U 33/15, ZVertriebsR 2017, 166 Rn 36.

jedoch das **Angebot auf Abschluss eines Aufhebungsvertrages** liegen, welches die andere Vertragspartei annehmen darf.<sup>388</sup>

**d) Umdeutung der ordentlichen in eine außerordentliche Kündigung?** Während in der 83  
fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund vielfach zugleich eine ordentliche Kündigung auf  
den nächstzulässigen Termin zu erblicken ist (§ 140 BGB, s. zur Umdeutung die Kommentierung  
zu § 89a),<sup>389</sup> lässt sich eine ordentliche, etwa verspätete Kündigung grundsätzlich nicht in eine  
fristlose Kündigung aus wichtigem Grunde **umdeuten**,<sup>390</sup> es sei denn, dies kommt in der Erklä-  
rung hinreichend zum Ausdruck. Auch kann bei Kündigung mit vertraglicher Frist nicht die  
Ausübung des Rechtes auf fristlose Kündigung für längere Zeit vorbehalten werden.<sup>391</sup>

**e) Prozessuale Auslegung der Kündigungserklärung.** Die Kündigungserklärung ist eine 84  
nicht typische Willenserklärung, deren Auslegung vorwiegend den Tatsacheninstanzen ob-  
liegt.<sup>392</sup> Das **Revisionsgericht** kann deren Auslegung nur darauf überprüfen, ob die Vorschrif-  
ten zur Auslegung von Willenserklärungen (§§ 133, 157 BGB) richtig angewandt wurden, ob nicht  
gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze verstoßen, das tatsächliche Vorbringen der Parteien  
vollständig ausgewertet bzw. eine gebotene Auslegung vollkommen unterlassen wurde.<sup>393</sup>

## VII. Regelmäßige Kündigungswirkung zum Schluss eines Kalendermonats

Mangels (zulässiger, dazu Rn 120 ff.) abweichender Vereinbarungen endet der gekündigte Vertrag 85  
mit Ende des Monats, in welchem die Kündigungsfrist des § 89 abläuft (**Kündigungsendtermin**;  
Abs. 1 S. 3). Die Regelung dürfte auch auf vertragliche Kündigungsklauseln Anwendung finden, die  
nur die Fristen der S. 1 und 2 des Abs. 1 ändern, und nicht nur auf die gesetzlichen Kündigungsfris-  
ten des § 89 Abs. S. 1 und 2.<sup>394</sup> Dafür spricht schon die Regelung in einem eigenen Satz. Wird die  
Kündigungsfrist vom Kündigenden unzutreffend bezeichnet, kann darin dessen Angebot auf Ab-  
schluss eines Aufhebungsvertrages mit verlängerter Frist liegen. Ggf. nimmt der Gekündigte das in  
der Erklärung liegende, für ihn objektiv günstige Angebot zu einer Besserstellung stillschweigend  
nach § 151 BGB an. An eine in der Kündigungserklärung bezeichnete, von § 89 oder dem Vertrag ab-  
weichende Frist ist der Kündigende wohl auch nach dem Prinzip der **Selbstbindung** – nicht aller-  
dings der Gekündigte, zu dessen Schutz die Fristen des Vertrages oder des § 89 reichen<sup>395</sup> – ge-  
bunden.<sup>396</sup> Nur bei offensichtlichen Berechnungs- oder Schreibfehlern darf der Gekündigte nicht  
von einer solchen Selbstbindung oder einem solchen Angebot ausgehen (etwa Kündigung zum Jah-  
re 2025 statt 2015).<sup>397</sup> Trotz der zwingenden Natur des § 89 (Rn 120 ff.) darf der Kündigungsempfän-

**388** OLG München NJW-RR 1995, 95; Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 23; Ebenroth/Lö-  
wisch<sup>3</sup> § 89 Rn 36.

**389** BGH DB 1981, 1821.

**390** BGH VersR 1961, 270; OLG Nürnberg BB 1957, 561; RGZ 122, 38; RAG 18, 35; Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn  
Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 119.

**391** RGZ 123, 216.

**392** BAG, Urt. v. 22.10.2009 – 8 AZR 865/08, DB 2010, 452 (Arbeitsrecht).

**393** BAG, Urt. v. 22.10.2009 – 8 AZR 865/08, DB 2010, 452 (Arbeitsrecht).

**394** LG Bielefeld v. 23.6.1955, HVR Nr. 89; Hopt § 89 Rn 27; Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89  
Rn 99; MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89 Rn 61; Thume in Röhrich/Graf v. Westphalen/Haas<sup>5</sup> § 89 Rn 15.

**395** Vgl. Ebenroth/Löwisch, 3. Aufl., § 89 Rn 34.

**396** Vgl. BGH, Urt. v. 20.2.1969 – VII ZR 101/67, BB 1969, 380; Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89  
Rn 91; Heymann/Sonnenschein/Weitemeyer § 89 Rn 33; Hopt § 89 Rn 23.

**397** Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 91.

ger das nach obigen Maßstäben in der Kündigung mit verkürzter Frist liegende Angebot des Kündigenden auf Aufhebung des Vertrages annehmen oder sich auf dessen Selbstbindung berufen. Nur die Kündigungserklärung selbst unterliegt zwingend der Fristregelung. Ein Aufhebungsvertrag tut es nicht.

### VIII. Wirkung der Kündigung

**86 Während der Kündigungsfrist** laufen die Rechte und Pflichten der Parteien unvermindert weiter,<sup>398</sup> etwa Wettbewerbsverbote<sup>399</sup> (s. Kommentierung zu § 86) und Alleinvertriebsrechte.<sup>400</sup> Der Mittler muss weiterhin mit vollem Einsatz werben, der Unternehmer die vermittelten Geschäfte (HV)<sup>401</sup> und Bestellungen (Eigenhändler)<sup>402</sup> ausführen, nicht jedoch **Übermaßbestellungen** des Eigenhändlers zum Zwecke seiner Bevorratung für den nachvertraglichen Zeitraum. Die vertraglich geschuldete **Vergütung**, einschließlich eventueller **Boni**, hat der Unternehmer zu leisten. Ggf. erfordern die Mitwirkungspflichten des Eigenhändlers, seinen Bedarf nachzuweisen.<sup>403</sup> Viele Verträge sehen eine solche Nachweispflicht vor, es wird dann bei Streitigkeiten die Überprüfung durch WP vereinbart (Beweislast für das Recht zur Lieferverweigerung im Zweifel beim Hersteller). Vertragsbedingungen dürfen auch während der Kündigungsfrist nicht einseitig geändert werden, auch die in die Einzelverträge einbezogenen Lieferbedingungen zwischen Unternehmer und Mittler dürfen nicht causa Kündigung wesentlich zum Nachteil des Gekündigten abgeändert werden.<sup>404</sup> Sonst könnte der Unternehmer durch beständige Ablehnung der Vermittlungsbemühungen die Fristen des § 89 umgehen. Bei unmittelbar bevorstehender Beendigung des Vertrages kann es dem Unternehmer ggf. unzumutbar sein, aktuelles know-how auf den Vertriebsmittler, etwa einen FN zu übertragen, der kurz darauf zum Wettbewerber wird.<sup>405</sup> Dies darf allerdings nur angenommen werden, wenn dem Mittler dadurch keine wesentlichen Nachteile, etwa Umsatzeinbrüche, drohen.<sup>406</sup> Spiegelbildlich mag der Mittler etwa von **investitionsintensiven Werbemaßnahmen** ohne Amortisationsmöglichkeit absehen wollen; dies ist je nach den Gegebenheiten des Einzelfalles verständlich und hinzunehmen.<sup>407</sup> Die Bemühenspflicht befreit sich von solchen Vertriebspflichten, die von dem Mittler angesichts des auslaufenden Vertrages billigerweise nicht mehr erwartet werden können.<sup>408</sup> Auch in diesem Stadium können Vertragsverletzungen oder sonstige wichtige Gründe zu einer **außerordentlichen Kündigung** nach § 89a führen. Angesichts des nahenden Vertragsendes müssen aber besonders strenge Anforderungen an die Unzumutbarkeit der (ggf. kurzen) Vertragsfortführung

**398** *Gräfe ZVertriebsR* 2013, 362; Flohr/Wauschkuhn/*Wauschkuhn Vertriebsrecht*<sup>2</sup> § 89 Rn 101; Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 41; Schlegelberger/*Schröder* § 89 Rn 32.

**399** BGH, Urt. v. 30.6.1954 – II ZR 26/53, BB 1954, 647 (648); BGH NJW-RR 1992, 481 (482); BGH, Urt. v. 12.3.2003 – VIII ZR 197/02, VersR 2003, 856 = BB 2003, 1253 = NJW-RR 2003, 981 = NJW 2003, 2677 (LS) = WM 2003, 2103 = EWIR 2003, 973 (*Albicker*); NJW 1964, 817; *Gräfe ZVertriebsR* 2013, 362; Flohr/Wauschkuhn/*Wauschkuhn Vertriebsrecht*<sup>2</sup> § 89 Rn 102; Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89a Rn 107, § 86 Rn 37; MünchKommHGB/v. *Hoyningen-Huene* § 89a Rn 78; Schlegelberger/*Schröder* § 89a Rn 6a, 20a, § 86 Rn 42a; *Hoss DB* 1997, 1818 ff.

**400** *Gräfe ZVertriebsR* 2013, 362.

**401** *Gräfe ZVertriebsR* 2013, 362.

**402** *Gräfe ZVertriebsR* 2013, 362.

**403** OLG Frankfurt/M., Urt. v. 18.3.1997 – 5 U 127/95 Rn 69; *Gräfe ZVertriebsR* 2013, 362.

**404** So gibt es beispielsweise im brasilianischen Recht eine Regel, dass in den letzten 6 Monaten vor Vertragsende eine derartige Änderung unzulässig ist.

**405** *Giesler/Güntzel* in: *Giesler, Praxishandbuch Vertriebsrecht*, 2. Aufl. 2011, § 4 Rn 500.

**406** *Giesler/Güntzel* in: *Giesler, Praxishandbuch Vertriebsrecht*, 2. Aufl. 2011, § 4 Rn 500.

**407** *Gräfe ZVertriebsR* 2013, 362; *Köhnen* in: *Praxishandbuch Vertriebsrecht*, 2. Aufl. 2011, § 3 Rn 381.

**408** *Gräfe ZVertriebsR* 2013, 362.

gestellt werden; nicht etwa lässt sich umgekehrt argumentieren, angesichts der reduzierten Vertragsdauer seien geringere Ansprüche an den wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung zu geben.<sup>409</sup> Zum Zeitpunkt der ordentlichen Kündigungserklärung bekannte wichtige Gründe sind regelmäßig zur Rechtfertigung einer Kündigung nach § 89a ausgeschlossen.<sup>410</sup>

Der gekündigte Mittler darf trotz fortbestehendem Wettbewerbsverbot **Vorbereitungen zur Aufnahme einer neuen Tätigkeit** („Vorbereitungstätigkeiten“), auch für einen Wettbewerber des Unternehmers, treffen.<sup>411</sup> Diese Vorsorge für die Zeit nach Vertragsende muss der Unternehmer hinnehmen; ein Misstrauensbeweis ist hierin nicht zu finden, weil der HV ohne dahingehende Vereinbarung keinem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot unterliegt und einen Anschlussvertrag suchen darf und muss, um einen nahtlosen Übergang sicherzustellen. Dies ist gerade Zweck der Kündigungsfrist, wobei der HV mit seiner Suche nicht auf die Kündigungsfrist beschränkt ist. Die durch die Suche nach einem Anschlussvertrag entstehenden Beeinträchtigungen des Vertriebs sind sozialadäquat.<sup>412</sup> Der HV darf seine Pflichten aber nicht unüblich vernachlässigen. So darf ein Nachfolgevertrag verhandelt und unterzeichnet<sup>413</sup> oder eine Gesellschaft zum nachträglichen Wettbewerb gegründet<sup>414</sup> werden. Auch Treffen des HV mit künftigen Kollegen und Vorgesetzten sind hinzunehmen. Die Befürchtung des Unternehmers, der sich um einen Folgevertrag bemühende HV werde bis zum Vertragsende seine Interessen nicht mehr mit vollem Einsatz wahrnehmen, rechtfertigt die Annahme einer Pflichtverletzung nicht.<sup>415</sup> Der HV darf die beabsichtigte Konkurrenz­­tätigkeit aber erst nach Beendigung seines Vertrags aufnehmen<sup>416</sup> und während der Kündigungsfrist noch nicht für den Wettbewerber tätig werden.<sup>417</sup> Grenzfälle sind die Belieferung mit Produkten des Nachfolgeherstellers mit der Weisung, sie erst nach Vertragsende des Vorgängervertrags zu vertreiben (wohl noch zulässig, wenn für Kunden nicht offenbar) oder der Abschluss länger zu verhandelnder Anschlussverträge mit Key-Accounts des Mittlers (Einzelfallfrage, einerseits sind Verhandlungen mit den Key-Accounts nötig, um Anschluss­­tätigkeit aufzunehmen, andererseits handelt es sich eigentlich um eine vertragsbegleitende Konkurrenz­­tätigkeit). In begründeten Ausnahmefällen werden also Abweichungen vom strengen Konkurrenz­­verbot zugelassen. Der HV soll aber während der Dauer des vorgehenden HV-Vertrages nach außen nicht auf eine Nachfolgevertretung hinweisen dürfen, sofern es sich um einen Wettbewerber des Unternehmers handelt (das ergibt sich aus dem der Interessenwahrnehmungspflicht entlehnten Verbot der Förderung der Interessen eines Wettbewerbers).<sup>418</sup> Dem Vertragshändler<sup>419</sup> und dem Unternehmer<sup>420</sup> soll ein solches Recht angeblich zustehen.

**409** BGH WM 1999, 1013 = EWiR 1999, 303 (Martinek).

**410** Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 41.

**411** Gräfe ZVertriebsR 2013, 362 (363); Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 102.

**412** Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 102.

**413** BGH, Urt. v. 3.4.1996 – VIII ZR 3/95, ZIP 1996, 1006 (1008); BGHZ 42, 59 (62); OLG München VersR 1957, 97; Gräfe ZVertriebsR 2013, 362 (364 f.); Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 102; Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 86 Rn 29, § 89 Rn 30; Hopt § 86 Rn 26; Schlegelberger/Schröder § 86 Rn 43b, § 89 Rn 32.

**414** LG Hamburg, Urt. v. 8.8.2008 – 332 O 351/07, n. v.

**415** Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 86 Rn 23.

**416** BGH, Urt. v. 3.4.1996 – VIII ZR 3/95, ZIP 1996, 1006 (1008); BGHZ 42, 59 (62); OLG München VersR 1957, 97; Gräfe ZVertriebsR 2013, 362 (364 f.); Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 86 Rn 23, § 89 Rn 41; Hopt § 86 Rn 26; Schlegelberger/Schröder § 86 Rn 43b, § 89 Rn 32.

**417** BGH, Urt. v. 3.4.1996 – VIII ZR 3/95, ZIP 1996, 1006 (1008); BGHZ 42, 59 (62); OLG München VersR 1957, 97; Gräfe ZVertriebsR 2013, 362 (364); Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 86 Rn 23, § 89 Rn 41; Hopt § 89 Rn 26; Schlegelberger/Schröder § 86 Rn 43b, § 89 Rn 32.

**418** Gräfe ZVertriebsR 2013, 362 (364).

**419** Gräfe ZVertriebsR 2013, 362 (364).

**420** Gräfe ZVertriebsR 2013, 362 (364).

- 88 Spiegelbildlich darf der Unternehmer sich um einen **Nachfolger des HV** bemühen, diesem aber noch nicht die dem gekündigten HV zustehenden Rechte und Tätigkeiten übertragen,<sup>421</sup> ihn jedoch mit Prospekten, Mustern u. ä. versorgen<sup>422</sup> (Gegenstück zum Recht des Mittlers, Muster und erste Produkte des neuen Unternehmers zu erhalten). Allerdings kann während der Kündigungsfrist die Tätigkeit eines weiteren HV vertraglich, auch durch AGB, vereinbart werden, sofern der Gekündigte hierfür eine volle **Kompensation** erhält, etwa berechnet aus dem Durchschnittsverdienst der vergangenen Jahre. So bemessen, dürfte sich die angemessene Kompensation abstrakt-generell auch in AGB vereinbaren lassen.
- 89 Beide Parteien dürfen **Kunden** über die (bevorstehende) Beendigung des Vertrags angemessen, sachlich und wahrheitsgemäß **informieren**,<sup>423</sup> der HV insb. ein sachliches **Abschiedsschreiben** an die Kunden richten, über dessen Inhalt er eine Verständigung mit dem Unternehmer suchen sollte,<sup>424</sup> aber nicht notwendigerweise muss. Ein vor Vertragsende abgesandtes geschäftsschädigendes Informationsschreiben widerstreitet den Treupflichten.<sup>425</sup> Versendet der HV ein solches Abschiedsschreiben, kann es einen Grund zur außerordentlichen Kündigung, ein nach Vertragsende abgesandtes Anlass zur Herabsetzung der Ausgleichsvergütung unter Billigkeitsgesichtspunkten oder zum Ausschluss analog § 89b Abs. 3 Nr. 2 geben. Beide Parteien dürfen eigene Mitarbeiter und der HV auch Untervertreter über die geplante Aufnahme einer Nachfolgevertretung informieren. Die Parteien sollten auch eine Abstimmung über den **Zeitpunkt der Information** finden. Während der Unternehmer möglichst früh informieren will, liegt dem Mittler an ungestörter Fortführung des Vertriebs.<sup>426</sup> *Wauschkuhn*<sup>427</sup> vertritt deshalb, die Information dürfe erst kurz vor Vertragsende erfolgen, um die Absatzchancen des Mittlers nicht zu beeinträchtigen. Eine Information 6 Monate vor Vertragsende wird meist nicht zu beanstanden sein (wegen der Fristen des § 89).<sup>428</sup>
- 90 Der HV kann vertraglich verpflichtet werden, seinen Nachfolger **angemessen einzuarbeiten**<sup>429</sup> und es kann nur geraten werden, dies im Vertrag klarzustellen, da ohne eine solche Regelung die Rechtslage unsicher ist. Auch ohne eine solche Klarstellung kann im Einzelfall aus der Interessenwahrungspflicht eine Pflicht des Vorgängers zu angemessenen, nicht zu zeit- aufwendigen Einarbeitungstätigkeiten entstehen.<sup>430</sup>

## IX. Freistellung des Mittlers

- 91 Aus dem Vertrag erwächst dem Mittler ein Recht zur Tätigkeit. Er ist auf den Kontakt zum Kunden angewiesen.<sup>431</sup> Die Freistellung des Mittlers ist daher nur ausnahmsweise zulässig. Das gilt für alle Vertriebsmittler, **HV, Vertragshändler**<sup>432</sup> und **FN**.

421 *Gräfe ZVertriebsR* 2013, 362 (364); Flohr/Wauschkuhn/*Wauschkuhn* Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 104; Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 41; *Hopt* § 89 Rn 25.

422 Flohr/Wauschkuhn/*Wauschkuhn* Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 103.

423 *Gräfe ZVertriebsR* 2013, 362 (364); Flohr/Wauschkuhn/*Wauschkuhn* Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 120; Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 45; Schlegelberger/*Schröder* § 89 Rn 37a. Daran fehlte es im Fall des OLG Köln, Urt. v. 6.2.2013 – 6 U 127/12, GRUR-RR 2013, 257 – wettbewerbswidrige Information durch den Unternehmer.

424 Flohr/Wauschkuhn/*Wauschkuhn* Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 118.

425 *Gräfe ZVertriebsR* 2013, 362 (364).

426 *Gräfe ZVertriebsR* 2013, 362 (364).

427 Flohr/Wauschkuhn/*Wauschkuhn* Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 120.

428 *Gräfe ZVertriebsR* 2013, 362 (364).

429 *Gräfe ZVertriebsR* 2013, 362 (364).

430 *Gräfe ZVertriebsR* 2013, 362 (364); Flohr/Wauschkuhn/*Wauschkuhn* Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 115; *Hopt* § 89 Rn 25.

431 *Gräfe ZVertriebsR* 2013, 362 (363).

432 *Gräfe ZVertriebsR* 2013, 362 (363); Küstner/Thume/*Thume* III, 3. Aufl. 2009, Kap. VI Rn 26; Köhnen in: *Praxis- handbuch Vertriebsrecht*, 2. Aufl. 2011, § 3 Rn 385.

## 1. Freistellungserklärung

Die „Freistellungs“erklärung ist **auszulegen**. Gelegentlich ist eine Kündigung nach § 89a<sup>433</sup> oder eine einvernehmliche Vertragsbeendigung gewollt.<sup>434</sup> Der Unternehmer muss unzweifelhaft zum Ausdruck bringen, dass er den HV freistellen will. Anderenfalls wäre im Falle der Tätigkeitseinstellung nur ein gegen den Unternehmer gerichteter Schadenersatzanspruch wegen Nichtannahme der Vermittlungsleistung oder ein Anspruch aus § 615 BGB auf Fortzahlung der vertraglichen Vergütung gegeben. Wegen des Schutzcharakters der Freistellungsvergütung sollten die Ansprüche an die Freistellungserklärung nicht zu hoch gesetzt werden. Der Terminus „freistellen“ braucht nicht genutzt zu werden. Solange der Unternehmer hinreichend zum Ausdruck bringt, dass er keine Vermittlungsaufträge mehr entgegennimmt und Kunden aus dem Bezirk des HV auf andere Mitarbeiter verteilt<sup>435</sup> verzichtet er auf die Dienstleistungen des HV und stellt ihn frei.<sup>436</sup>

## 2. Zulässigkeit der Freistellung

Die Freistellung ist **zulässig**, wenn sie wirksam individualvertraglich oder – wohl zulässigerweise – durch AGB<sup>437</sup> (dazu Vor § 84) vereinbart wurde,<sup>438</sup> wohl nicht nur in den Grenzen des § 90a.<sup>439</sup> Da der Mittler vertraglich berechtigt ist, seine Vertriebstätigkeit auszuüben<sup>440</sup> und auf den Kundenkontakt angewiesen sein mag, ist die Freistellung ohne wirksame, ggf. zum Zeitpunkt der Freistellung oder in der Freistellungsphase **konkudent** getroffene **vertragliche Gestattung** unzulässig,<sup>441</sup> und zwar selbst nach einer wirksamen Kündigung und während der Kündigungsfrist.<sup>442</sup> Das gilt auch, wenn die volle vertragliche Vergütung unter Einschluss entgegenstehender (schwer bestimmbarer) Provision versprochen oder geleistet wird.<sup>443</sup> Ein **berechtigtes Interesse des Unternehmers** an einer Suspendierung ändert hieran nichts.<sup>444</sup> Ein solches berechtigtes Interesse gibt kein Recht zur Vertragswidrigkeit. Man könnte allerdings darüber nachdenken, ob eine Freistellung der Mindestkündigungsfrist des § 89 und der zwingenden Natur des § 89a (respektive Artt. 15, 16 RL) widerspricht. Denn sie stellt eine kündigungsgleiche Wir-

**433** Zur Abgrenzung OLG München, Urt. v. 18.5.2011 – 7 U 4585/10, WM 2011, 1625 (1626); OLG Brandenburg, Urt. v. 18.7.1995 – 6 U 15/95, BB 1996, 2115 = HVR Nr. 812.

**434** Küstner/Thume/Thume I, Kap. VIII Rn 88.

**435** OLG München, Urt. v. 18.5.2011 – 7 U 4585/10, WM 2011, 1625.

**436** OLG München, Urt. v. 18.5.2011 – 7 U 4585/10, WM 2011, 1625; Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 42.

**437** BGH, Urt. v. 29.3.1995 – VIII ZR 102/94, NJW 1995, 1552 = BGHZ 129, 186 = ZIP 1995, 839 = HVR Nr. 744; OLG Nürnberg, Urt. v. 30.7.1992 – 12 U 1953/92, VersR 1992, 1223; Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 111; Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 44.

**438** BGH, Urt. v. 29.3.1995 – VIII ZR 102/94, ZIP 1995, 839; v. 20.2.1969 – VII ZR 101/67, LM § 89a Nr. 9 Bl. 2; OLG Nürnberg, Urt. v. 30.7.1992 – 12 U 1953/92, VersR 1992, 1223; Küstner/Thume/Thume I, Kap. VIII Rn 87; Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 111; Ebenroth/Löwisch 3. Aufl., § 89 Rn 44; Hopt § 89 Rn 25; Oetker/Busche<sup>6</sup> § 89 Rn 16; aA MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89 Rn 65.

**439** AA Hopt § 89 Rn 25.

**440** Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 111.

**441** BAG, Urt. v. 19.3.2002 – 9 AZR 16/01, ZIP 2002, 2186 (2187) – für Arbeitsverträge; OLG Brandenburg, Urt. v. 18.7.1995 – 6 U 15/95, BB 1996, 2115 = HVR Nr. 812; Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 111; offen gelassen von BGH, Urt. v. 13.8.2015 – VII ZR 90/14, ZVertriebsR 2015, 301 = BB 2015, 2253 = ZIP 2015, 1823 = DB 2015, 2141 = WM 2015, 1760 Rn 35; aA Ebenroth/Löwisch 3. Aufl., § 89 Rn 43; Freistellung bei berechtigtem Interesse möglich und gegen Zahlung der vollen Vergütung. Hiergegen spricht, dass sich auch der HV nicht gegen Zahlung einer Entschädigung von seinen Vertragspflichten einseitig dispensieren dürfte.

**442** LG Düsseldorf, Urt. v. 12.2.1976, HVuHM 1977, 794; BAG, Urt. v. 9.8.1976, BB 1976, 1561; Gräfe ZVertriebsR 2013, 362 (363); Küstner/Thume/Thume I, Kap. VIII Rn 99; Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 40; MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89 Rn 66; aA mglw. Hopt § 89 Rn 25.

**443** AA Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 43.

**444** AA Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 43; Schlegelberger/Schröder § 89 Rn 32.

kung vor Ablauf der Kündigungsfrist her und gibt – wirtschaftlich betrachtet – als Gegenleistung nur einen Schadenersatzanspruch. Sie führt damit eine Wirkung herbei, die auch durch eine – wohl unwirksame – Klausel herbeigeführt werden kann, die eine Kündigung mit sofortiger Wirkung gegen Gewährung eines Schadenersatzanspruches vorsieht. Es ist schwierig, die durch Freistellungsregelungen entstehenden beiderseitigen Interessen angemessen zu gewichten. Gerade bei langer Kündigungsfrist und geplanter nachvertraglicher Fortsetzung der Tätigkeit (ggf. für einen Wettbewerber des Unternehmers) trifft die Freistellung den HV schwer. Denn er verliert den Kundenkontakt (s. o.), was der Unternehmer zum Schutz der Kundenbeziehungen und des Bestandes bezweckt. In **AGB** soll eine **Entschädigungsregelung Wirksamkeitsvoraussetzung** der Klausel sein.<sup>445</sup> Welche Detailfülle die Klausel aufweisen muss, ist unklar. Sie wird wohl nicht exakt das dispositive Recht und seine Regelungen zur Freistellungsvergütung wiedergeben müssen. Vielmehr darf sie pauschalieren. Beispiel einer zulässigen Freistellung nach dieser Fallgruppe: Sie war vertraglich vorgesehen, der HV hatte seinen Wechsel zu einem Wettbewerber angekündigt und noch vor Beendigung des HV-Vertrages Handgeldzahlungen von jenem erhalten.<sup>446</sup> Zweifelhaft ist die Ansicht, bei der Zuweisung eines bereits bestehenden Bestandes handele es sich nicht um werbende HV-Tätigkeit sondern eine freiwillige Zusatzleistung des Unternehmers.<sup>447</sup> Die HV-rechtlichen Regelungen zur Freistellung griffen folglich nicht ein, wenn ein Unternehmer dem HV mittels einer Zusatzvereinbarung zum HV-Vertrag einen Bestand übertrage und der HV daraus „Betreuungsprovisionen“ generiere. Werde dann der Bestand entzogen, seien davon keine Kunden erfasst, die der HV selbst vermittelt habe. Die Ansicht dürfte schwer zu vertreten sein, falls es um einen einheitlichen HV-Vertrag geht. Anders wird man urteilen können, sofern die Übertragung nur unter der Bedingung erfolge, dass eine spätere Rückübertragung möglich sei.

### 3. Wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung

- 94 Weiter ist die Freistellung möglicherweise a maiore ad minus zulässig, falls dem Unternehmer das **Recht zur außerordentlichen Kündigung** des Vertrages zugestanden hätte, er von diesem Kündigungsrecht jedoch abgesehen hat,<sup>448</sup> außerdem im Falle einer außerordentlichen Kündigung, mit Auslaufrfrist. Auch in diesem Fall hat der Unternehmer alle finanziellen Nachteile des HV auszugleichen. Ein bloßes „berechtigtes Interesse“ wird hingegen nicht ausreichen.<sup>449</sup> Denn beide Parteien haben sich an den Vertrag zu halten. Etwas anderes wird man bestenfalls vertreten können, wenn ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung vorläge.

### 4. Rechtsstellung des HV nach berechtigter Freistellung

- 95 Das Vertragsverhältnis wird fortgesetzt, und zwar grds. mit allen Rechten und Pflichten. Lediglich die Vertriebspflicht des Mittlers wird ausgesetzt.<sup>450</sup> Dafür gewinnt der Mittler ein Recht auf eine **Freistellungsvergütung**: Der Unternehmer hat alle durch die Freistellung entstandenen **finanziellen Nachteile** des HV **auszugleichen**. Dies ist **automatische Folge einer Freistel-**

<sup>445</sup> Küstner/Thume/Thume I, Kap. VIII Rn 87; Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 108 (nicht nur in AGB); Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 44.

<sup>446</sup> OLG Celle, Urt. v. 29.10.2009 – 11 U 39/09.

<sup>447</sup> LG München I, Urt. v. 21.2.2017 – 13 HKO 23526/15.

<sup>448</sup> Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 111; Schlegelberger/Schröder § 89 Rn 32; **aA** Ebenroth/Löwisch 3. Aufl., § 89 Rn 42.

<sup>449</sup> **AA** Ebenroth/Löwisch 3. Aufl., § 89 Rn 43.

<sup>450</sup> Gräfe ZVertriebsR 2013, 362 (363); Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 107; Münch-KommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89 Rn 63.

**lung.** Dazu genügt die Zubilligung einer unterhalb der entgehenden Provision liegenden Karenzentschädigung entsprechend § 90a Abs. 1 nicht.<sup>451</sup> Über die Höhe der Freistellungsvergütung können sich die Parteien **einigen**, ggf. auch konkludent. Der HV hat mindestens Anspruch auf die zugesagte und damit vom Unternehmer anerkannte oder sogar zwischen den Parteien vereinbarte Vergütung. Fehlt eine Einigung, erhält der HV während der Phase der Freistellung eine finanzielle Vergütung in Höhe der im Zeitraum der Freistellung vermutlich (§§ 255 BGB, 287 ZPO) entgehenden Vergütung. Im Zweifel (§ 287 ZPO, ggf. § 252 BGB) valutiert die eigentlich zukunftsbezogen zu bestimmende Freistellungsvergütung vergangenheitsbestimmt in Höhe der **Durchschnittsvergütungen eines repräsentativen Zeitraums** der Vergangenheit,<sup>452</sup> mglw. in Anlehnung an die Ausgleichshöchstgrenze des § 89b aus dem Durchschnitt der vergangenen fünf Jahre. Der Nachweis einer höheren oder niedrigeren Freistellungsvergütung ist möglich. Dabei sind alle Vergütungsbestandteile und die Berechnung der Freistellungsvergütung einzubeziehen, unter Einschluss von Boni, Zusatzvergütungen sowie eines eventuellen Zuschusses.<sup>453</sup>

Zudem behält der HV seinen **vertraglichen Vergütungsanspruch**,<sup>454</sup> einmal hergeleitet aus dem Vertrag bzw. den §§ 87 ff. und über § 615 BGB.<sup>455</sup> Analog § 90a ergibt sich ein Anspruch auf Karenzentschädigung. Denn die Freistellung gleicht einem vorgezogenen Wettbewerbsverbot.<sup>456</sup> Der vertragliche Provisionsanspruch ist aber allenfalls bei tätigkeitsunabhängiger Vergütung (§ 87 Abs. 2, § 87 Abs. 1 S. 1 2. Alt.<sup>457</sup>) werthaltig, ansonsten i. d. R. wertlos, weil der HV jedenfalls bei tätigkeitsabhängiger Vergütung<sup>458</sup> durch die Freistellung an dem steuernden, positiven Einfluss auf die Vergütungshöhe gehindert wird: Er kann nämlich keine Geschäfte vermitteln. Ein solcher steuernder Einfluss des HV dürfte sich wg. der geschuldeten Bezirksbetreuung des HV sogar bei der Bezirksprovision<sup>459</sup> und auch bei Provision für Nachbestellungen<sup>460</sup> bemerkbar machen. Der vertragliche Vergütungsanspruch bildet aber ein weiteres unteres Netz des Geschuldeten. Zwar heißt es zu § 615 BGB, Leistungen die von tatsächlicher Arbeit abhängen, blieben nicht über § 615 BGB erhalten. Bei verständiger Anwendung im HV-Recht wird aber auch über § 615 BGB (und aus allen weiteren in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen) der üblicherweise zu erwartende – zukunftsbezogene – Vergütungsanspruch geschuldet. Der HV **darf durch die Freistellung nicht benachteiligt** (braucht aber auch nicht bevorzugt zu werden) **werden** und erhält daher auch unter § 615 BGB die o. g. Vergütung, die er üblicherweise **bei Fortsetzung seiner Tätigkeit erzielt** hätte.<sup>461</sup> Auch im Rahmen des § 615 BGB wird die Freistellungsvergütung folglich aus den Durchschnittsprovisionen eines repräsentativen Zeit-

**451** Großzügiger Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 44: Zahlung einer Karenzentschädigung analog § 90a Abs. 1 genügend.

**452** Küstner/Thume/Thume I, Kap. VIII Rn 90; vgl. die Entscheidung BGH, Urt. v. 29.3.1995 – VIII ZR 102/94, NJW 1995, 1552, in der ein Recht des HV auf Ausgleich des Verdienstausfalles wohl vorausgesetzt wird. Siehe auch OLG München, Urt. v. 18.5.2011 – 7 U 4585/10, WM 2011, 1625 (1627); LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 12.6.2009 – 13 Sa 267/09, BeckRS 2011, 67119 (Arbeitsrecht, nach dem LAG sowohl bei berechtigter wie bei unberechtigter Freistellung).

**453** LG Düsseldorf, Urt. v. 14.7.2017 – 39 O 47/16, ZVertriebsR 2018, 49 (51) m. Anm. Winter.

**454** MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89 Rn 63; für Bezirksvertreterprovision BGH NJW-RR 1992, 1059.

**455** OLG München, Urt. v. 18.5.2011 – 7 U 4585/10, WM 2011, 1625; Küstner/Thume/Thume I, Kap. VIII Rn 89; **aa** MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89 Rn 65.

**456** Zu diesem Vergleich BGH, Urt. v. 29.3.1995 – VIII ZR 102/94, NJW 1995, 1552 (1553).

**457** Küstner/Thume/Thume I, Kap. VIII Rn 89.

**458** MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89 Rn 63.

**459** **AA** MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89 Rn 63.

**460** **AA** MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89 Rn 63.

**461** BGH, Urt. v. 29.3.1995 – VIII ZR 102/94, NJW 1995, 1552 (1553); Küstner/Thume/Thume I, Kap. VIII Rn 90; **aa** MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89 Rn 63.

raums der Vergangenheit berechnet.<sup>462</sup> Mit dem nach einer Kündigung (ggf. konkludent) erklärten **Verzicht des Unternehmers auf die vertraglich vom HV geschuldete Leistung** erlischt dessen Gläubigerstellung, mit der Folge, dass eine Freistellungsvergütung unabhängig von § 615 BGB besteht.<sup>463</sup> Der HV soll sich deshalb nicht nach § 615 S. 2 BGB ersparte Aufwendungen anrechnen lassen.<sup>464</sup> Weitere **in Konkurrenz tretende Anspruchsgrundlagen** ergeben sich aus ergänzender Vertragsauslegung (Freistellungserklärung beinhaltet Vergütungsversprechen) und aus der Analogie zu § 90a.<sup>465</sup> Der HV braucht seine Tätigkeit – angeblich wegen der von § 84 vorausgesetzten persönlichen Freiheit,<sup>466</sup> richtigerweise deshalb, weil die Rechtsfolge bereits an die Freistellungserklärung anknüpft – nicht ausdrücklich anzubieten.<sup>467</sup> **Ersparte Kosten**, welche die Freistellungsvergütung reduzieren könnten,<sup>468</sup> gewinnt der HV nicht zwingend. Insbesondere bei ersparter Reisetätigkeit kann aber eine Reduzierung auf 70–80 % der Durchschnittsprovision angemessen sein. Bei Bezirksvertreterprovision sollen ersparte Aufwendungen nicht abgezogen werden müssen, weil sie unabhängig von einer Tätigkeit geleistet werden soll<sup>469</sup> (fraglich, wg. der Pflicht zur Bezirksbetreuung<sup>470</sup>). **Erträge aus anderweitigem Erwerb** muss sich der HV anrechnen lassen, sowohl nach § 249 BGB wie nach § 615 S. 2 BGB.<sup>471</sup> Mglw. kann der Meinungsstand zur Höhe einer Karenzentschädigung nach § 90a übernommen werden. Die **Beweislast** für ersparte Kosten und anderweitige Erträge belastet den Unternehmer. Der HV muss hierzu aber substantiierten Vortrag halten. Wird eine **Bestandprovisionspauschale** für einen übertragenen Bestand entzogen, soll dies durch keine Freistellungsvergütung und keinen Schadenersatzanspruch kompensiert werden. Denn der HV könne weiterhin die normalen Provisionen verdienen.<sup>472</sup>

- 97 Beide Parteien müssen sich in der Freistellungsphase vertragskonform verhalten, wobei sich die Vertragspflichten durch die berechnete Freistellung verändern. Der HV hat auch während der Freistellung sämtliche Bestimmungen des Vertrages einzuhalten,<sup>473</sup> einschließlich des Wettbewerbsverbots,<sup>474</sup> ist jedoch nicht mehr zur **Kundenwerbung** und **aktiver Vertragsausführung** verpflichtet. Er braucht nicht mehr (periodisch) zu **berichten**, es sei denn, die Information kann redlicherweise auch während der Freistellungsphase erwartet werden. Da der HV grds. dem Vertrag und auch einem Wettbewerbsverbot verpflichtet bleibt, muss auch bei Freistellung nach außerordentlicher Kündigungslage (Rn 94) die Freistellungsvergütung geleistet werden, in dieser Situation mglw. jedoch beschränkt auf die Höhe einer Karenzentschädigung.

**462** Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 108; zu § 615 BGB Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89a Rn 114 (für den Fall der außerordentlichen Kündigung). Vgl. ferner die Entscheidung BGH, Urt. v. 29.3.1995 – VIII ZR 102/94, NJW 1995, 1552, in der ein Recht des HV auf Ausgleich des Verdienstaufalles wohl vorausgesetzt wird; generell Küstner/Thume/Thume I, Kap. VIII Rn 90.

**463** LG Münster, Urt. v. 6.4.2017 – 022 O 131/16, zitiert nach Czaja IHR 2019, 221 (230).

**464** LG Münster, Urt. v. 6.4.2017 – 022 O 131/16, zitiert nach Czaja IHR 2019, 221 (230).

**465** Zu diesem Vergleich BGH, Urt. v. 29.3.1995 – VIII ZR 102/94, NJW 1995, 1552 (1553); Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 44; Oetker/Busche<sup>6</sup> § 89 Rn 16.

**466** OLG München, Urt. v. 18.5.2011 – 7 U 4585/10, WM 2011, 1625.

**467** OLG München, Urt. v. 18.5.2011 – 7 U 4585/10, WM 2011, 1625.

**468** **AA** (rglm. keine Reduzierung) BGH, Urt. v. 18.6.1959, BB 1959, 718 = NJW 1959, 1490; Küstner/Thume/Thume I, Kap. VIII Rn 93; Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89a Rn 114.

**469** BGH NJW-RR 1992, 1059.

**470** MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89 Rn 64.

**471** Küstner/Thume/Thume I, Kap. VIII Rn 94.

**472** LG München I, Urt. v. 10.12.2018 – 15 HKO 7444/18, ZVetriebsR 2019, 190 Rn 62 ff.

**473** Ebenroth/Löwisch 3. Aufl., § 89 Rn 43; Küstner/Thume/Thume I, Kap. VIII Rn 98.

**474** LG Krefeld, Urt. v. 27.1.2010 – 7 U 96/09, VersR 2010, 945; Ebenroth/Löwisch 3. Aufl., § 89 Rn 43; Küstner/Thume/Thume I, Kap. VIII Rn 98; Oetker/Busche<sup>6</sup> § 89 Rn 16; Schlegelberger/Schröder § 89 Rn 32; **aA** BAG, Urt. v. 6.9.2006 – 5 AZR 703/05, NZA 2007, 36 für den Arbeitnehmer.

## 5. Unberechtigte Freistellung

Die **unberechtigte Freistellung** bildet eine Vertragsverletzung. Sie gestattet nach Abmahnung<sup>475</sup> die **fristlose Kündigung des Vertrages durch den HV**<sup>476</sup> und führt wegen des Widerspruchs zum Grundsatz der Vertragstreue und § 89<sup>477</sup> zur **Schadenersatzverpflichtung** gem. § 280 BGB. Eine ohne finanzielle Entschädigung erfolgte Freistellung gibt zudem einen begründeten Anlass zur Kündigung.<sup>478</sup> Der unberechtigt freigestellte HV muss sich allerdings – sofern er das Vertragsverhältnis nicht selbst berechtigt kündigt – gleichfalls an den Vertrag und ein eventuelles Wettbewerbsverbot halten.<sup>479</sup> Den Unternehmer verpflichten zumindest die Anspruchsgrundlagen, die im Falle einer rechtmäßigen Freistellung gelten würden und die gleichen Rechtsfolgen.<sup>480</sup> Denn ein unrechtmäßig agierender Unternehmer darf nicht bevorzugt werden. Mindestens gilt § 615 BGB (analog), wonach der Unternehmer bei Annahmeverzug der Dienste die vertragliche Vergütung schuldet.<sup>481</sup> Im Arbeitsrecht wird ein vom Arbeitgeber bei unzulässiger Freistellung zu leistendes **Schmerzensgeld** diskutiert.<sup>482</sup> Ein solches dürfte im HV-Recht allenfalls krassen Ausnahmefällen anzuerkennen sein. Zu ersparten Aufwendungen Rn 96. Gegen eine **vertragswidrige Freistellung** kann der Vertriebsmittler mit einem Erfüllungsverlangen im Hauptverfahren antworten, aber auch durch einstweilige Verfügung.

## X. „Rücknahme“ und Anfechtung der Kündigung

Mit Ausnahme des § 130 Abs. 1 S. 2 BGB (gleichzeitiger Zugang des Widerrufs) kann die Kündigungserklärung als rechtsgestaltende Willenserklärung nicht einseitig durch Rücknahme oder Widerruf rückgängig gemacht werden<sup>483</sup>. Sie darf jedoch – wohl nur während der Vertragsdauer,<sup>484</sup> also vor dem Kündigungsendetermin – angefochten werden.<sup>485</sup> Die Wirkungen einer Kündigung können zudem bis zum Vertragsende einvernehmlich aufgehoben werden (§ 311 BGB).<sup>486</sup> Auch danach dürfen sich die Parteien auf die Fortsetzung des bisherigen Vertrages oder auf einen Neuabschluss<sup>487</sup> einigen, wobei in einer Widerrufs- oder Anfechtungserklärung ein Angebot auf Abschluss eines Fortsetzungsvertrages liegen kann.<sup>488</sup>

<sup>475</sup> Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 112.

<sup>476</sup> Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 112; Küstner/Thume/Thume I, Kap. VIII Rn 99; Westphal I Rn 786; Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 42.

<sup>477</sup> Küstner/Thume/Thume I, Kap. VIII Rn 91.

<sup>478</sup> BGH, Urt. v. 13.8.2015 – VII ZR 90/14, ZVertriebsR 2015, 301 = BB 2015, 2253 = ZIP 2015, 1823 = DB 2015, 2141 = WM 2015, 1760 Rn 35.

<sup>479</sup> LG Krefeld, Urt. v. 27.1.2010 – 7 U 96/09, VersR 2010, 945; Oetker/Busche<sup>6</sup> § 89 Rn 16; Schlegelberger/Schröder § 89 Rn 32; aA Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 42 und wohl auch BAG, Urt. v. 6.9.2006 – 5 AZR 703/05, NZA 2007, 36 für den Arbeitnehmer.

<sup>480</sup> Etwa die nach dem Durchschnittsverdienst bemessene Freistellungsvergütung LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 12.6.2009 – 13 Sa 267/09, BeckRS 2011, 67119 (Arbeitsrecht).

<sup>481</sup> Küstner/Thume/Thume I, Kap. VIII Rn 99; Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 112; Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 42; MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89 Rn 66.

<sup>482</sup> Dafür LAG Baden-Württemberg; Urt. v. 12.6.2006 – 4 Sa 68/05; dazu Göpfert/Fellenberg BB 2011, 1912.

<sup>483</sup> Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 70; Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 40; MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89 Rn 45.

<sup>484</sup> Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 40.

<sup>485</sup> Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 70; Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 40; Hopt § 89 Rn 24; Schlegelberger/Schröder § 89 Rn 28.

<sup>486</sup> Hopt § 89 Rn 24.

<sup>487</sup> Hopt § 89 Rn 24.

<sup>488</sup> Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 70.

## XI. Fortsetzung eines beendeten Vertragsverhältnisses

- 100** Ein HV-Verhältnis, welches sein Ende durch Zeitablauf oder Kündigung gefunden hat, kann ungeachtet dessen fortgesetzt werden. Eine Kündigung lässt sich theoretisch zurücknehmen; das macht ihre Wirkung indessen nicht ungeschehen, so dass die Fortsetzung auf der Grundlage eines mindestens **gedachten neuen Vertragsschlusses** erfolgt.<sup>489</sup> Im Zweifel gelten die früheren Bedingungen. Ausgleichsanwartschaften gehen regelmäßig über. Das ist auch dann anzunehmen, wenn der HV seine Tätigkeit stillschweigend fortsetzt und der Unternehmer Derartiges geschehen lässt. Wird ein bereits beendeter HV-Vertrag vom HV mit Wissen des Unternehmers fortgesetzt, gilt § 625 BGB.<sup>490</sup> Folge: Hat der Unternehmer dem HV gekündigt mit dem Angebot der Vertragsfortsetzung unter verschlechterten Bedingungen und setzt der HV daraufhin seine Tätigkeit fort, ohne sich zu dem Ansinnen des Unternehmers zu äußern, so soll sogar dann das Vertragsverhältnis zu den alten Bedingungen weiterlaufen; der Unternehmer hätte seinen Standpunkt unter Widerspruch gegen das Verhalten des HV deutlich machen müssen.<sup>491</sup>

## XII. Ausschluss und Begrenzung des Kündigungsrechts

- 101** Die Kündigung kann nach allgemeinen Grundsätzen unwirksam sein. Grundsätzlich setzt eine ordentliche Kündigung keinen Kündigungsgrund voraus und bedarf **keiner sachlichen Rechtfertigung**.<sup>492</sup> Sie steht allerdings unter dem Vorbehalt des Verbots einer **Schikane** nach § 226 BGB,<sup>493</sup> **Treu und Glauben**,<sup>494</sup> des **Rechtsmissbrauchs**<sup>495</sup> bzw. des **Verbots widersprüchlichen Verhaltens**.<sup>496</sup> Eine Grenze des Kündigungsrechts liegt ferner in dem **Verbot sittenwidrigen Handelns** (§ 138 BGB)<sup>497</sup> sowie dem **Schikane- und Diskriminierungsverbot des § 19 GWB** (s. Kommentierung zu Vor § 84). Meist wird es um eine Anwendung des § 242 BGB gehen. Das OLG Frankfurt/M. lässt offen, ob als weitere Voraussetzung für einen Rechtsmissbrauch erforderlich ist, dass der Betroffene im Vertrauen auf die Nichtausübung des Rechts Dispositionen getroffen haben muss,<sup>498</sup> was auf den Einzelfall ankommt – wie immer, wenn § 242 BGB maßgeblich ist. Die Tendenz der Gerichte liege, so *Niebling*,<sup>499</sup> darin, eine ordentliche Kündigung nur bei Schikane und widersprüchlichem Verhalten wie – bezogen auf die Kündigungserklärung – zeitnahen Aufforderungen des Herstellers gegenüber dem Händler zu investieren (Investitionsschutz), für rechtswidrig zu halten. Die Zahlung der Ausgleichsvergütung als Gegenleistung für den Aufbau eines Kundenstammes beseitigt die Treuwidrigkeit einer Kündi-

**489** Vgl. BGH, Urt. v. 6.10.1983 – I ZR 127/81, WM 1984, 1416 (1418).

**490** LAG Bremen DB 1955, 123; *Hopt* § 89 Rn 24.

**491** BGH DB 1955, 1085.

**492** Vgl. OLG Frankfurt/M., Urt. v. 22.12.2015 – 11 U 25/15 (Kart), ZVertriebsR 2016, 244 – in diesem Fall wurden hohe Maßstäbe an die Unzulässigkeit der Kündigung gestellt und die Kündigung für wirksam befunden.

**493** OLG Frankfurt/M., Urt. v. 22.12.2015 – 11 U 25/15 (Kart), ZVertriebsR 2016, 244 (dort abgelehnt).

**494** OLG Frankfurt/M., Urt. v. 22.12.2015 – 11 U 25/15 (Kart), ZVertriebsR 2016, 244 Rn 16 (dort abgelehnt); *Niebling* WRP 2002, 310; *Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn* Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 75.

**495** OLG Frankfurt/M., Urt. v. 22.12.2015 – 11 U 25/15 (Kart), ZVertriebsR 2016, 244 (dort abgelehnt); *Canaris* § 17 Rn 85.

**496** *Canaris* § 17 Rn 85; *Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn* Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 75.

**497** BGH VersR 1969, 445 (446); Urt. v. 26.2.1970 – KZR 17/68, NJW 1970, 855; v. 21.2.1995 – KZR 33/93, EBE 1995, 259 (261); *Ulmer* FS Möhring, 1975, S. 311 (316); *Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn* Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 74; *Ebenroth/Löwisch*<sup>3</sup> § 89 Rn 30; *Hopt* § 89 Rn 16; *MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene* § 89 Rn 47; *Schlegelberger/Schröder* § 89 Rn 29.

**498** OLG Frankfurt/M., Urt. v. 22.12.2015 – 11 U 25/15 (Kart), ZVertriebsR 2016, 244 Rn 22. Dafür *Wegner/Berger* ZVertriebsR 2016, 247-.

**499** WRP 2002, 310.

gung nicht.<sup>500</sup> Denn der Ausgleich wird nach jeder ordentlichen Kündigung des Unternehmers fällig und bildet keine Kompensation für eine Schikane. Zum Sonderproblem erheblicher Investitionen Rn 108 ff.

## 1. Verwirkung, Verzicht

Auf ein bestehendes Kündigungsrecht kann einseitig **verzichtet** werden.<sup>501</sup> Das Kündigungsrecht kann deshalb auch – ggf. nur temporär – **verwirkt** werden, etwa falls der Gekündigte aufgrund von Handlungen oder Erklärungen des Kündigenden auf die Nichtausübung des Kündigungsrechts vertrauen durfte (dann ggf. konkludente Einigung auf einen Kündigungsverzicht).<sup>502</sup> Das wird etwa im unter Rn 108 ff. genannten Fall erheblicher Investitionen des Mittlers diskutiert. Ist zu einem späteren Termin ordentlich, jedoch unwirksam, fristlos gekündigt worden, kann eine erneute ordentliche Kündigung zu einem an sich zulässigen früheren Termin nach § 242 BGB ausgeschlossen sein.<sup>503</sup> Auch ein dergestalt ordentlich gekündigter HV-Vertrag darf aber aus wichtigem Grund noch außerordentlich gekündigt und fristlos auf einen früheren Termin beendet werden.<sup>504</sup>

Der Unternehmer darf auch vertraglich den Verzicht auf eine ordentliche Kündigung erklären (jedenfalls für einen angemessenen Zeitraum, s. o.), regelmäßig jedoch nicht auf sein außerordentliches Kündigungsrecht. Im letztgenannten Fall hätte der Vertriebsmittler einen Freibrief zur Vertragswidrigkeit. **103**

Gegenüber einem **unbestimmten Adressatenkreis** abgegebene Kündigungsverzichte entfalten unter den Vertragspartnern regelmäßig keine Wirkung: Die **Seefeldler Maximen**, vereinbart zwischen dem BVK und dem GdV, nach denen VV, die mehr als 25 Jahre tätig und älter als 55 Jahre sind, nicht ohne triftigen Grund gekündigt werden darf, enthalten deshalb kein Kündigungsverbot und auch keinen Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten der VV. Dies gilt selbst dann, wenn der Versicherer gegenüber der Öffentlichkeit erklärt hat, er werde sich an diese Maximen halten. Auch die Vertriebsgesellschaft eines Zeitschriftenverlags ist berechtigt, die Geschäftsbeziehung zu einem (bislang gebietsmonopolistisch agierenden) Pressevertriebsunternehmen unter Einhaltung einer 6monatigen Kündigungsfrist zu kündigen. Es besteht keine Bindung an den Inhalt einer nicht in den Vertrag einbezogenen **Absichtserklärung** der Verbände der Zeitschriften- und der Zeitungsverleger sowie des Bundesverbandes der Presse-Grosisten, welche lediglich branchenpolitische, aber keine rechtliche Bedeutung hat.<sup>505</sup> **104**

## 2. Schikane- oder Vergeltungskündigung

Unzulässig ist eine **Schikane-** oder **Vergeltungskündigung**, die erfolgt, weil der HV auf **vertragswidrige Forderungen** des Unternehmers nicht eingeht.<sup>506</sup> Beispiel: Der Unternehmer verfolgt das Ziel, andere Mittler von einem eigentlich vertragskonformen Verhalten wie dem des gekündigten Mittlers abzuhalten und damit die Unterlassung oder Vornahme von Handlungen der Vertragspartner durchzusetzen, auf welche der Unternehmer keinen Anspruch hat. Dies verstößt unter Berücksichtigung **105**

**500** *Canaris* § 17 Rn 85 (der die Ausgleichszahlung aber in die Gesamtabwägung einbeziehen will); Flohr/Wauschkuhn/*Wauschkuhn* Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 75; Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 30; siehe aber *Ulmer* FS Möhring, 1975, S. 317.

**501** *Höft* VersR 1973, 600; Flohr/Wauschkuhn/*Wauschkuhn* Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 71; Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 40.

**502** Flohr/Wauschkuhn/*Wauschkuhn* Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 76.

**503** BGH BB 1969, 380.

**504** OLG Nürnberg HVR (62) Nr. 342; *Hopt* § 89 Rn 12.

**505** OLG Schleswig, Urt. v 28.1.2010 – 16 U (Kart) 55/09, BeckRS 2010, 02834.

**506** Flohr/Wauschkuhn/*Wauschkuhn* Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 74.

sichtigung der regelmäßig gegebenen wirtschaftlichen Abhängigkeit der Mittler und der wechselseitigen Treupflichten **gegen Treu und Glauben** und stellt sich als rechtswidrige Ausnutzung einer überlegenen vertraglichen Rechtsposition dar.<sup>507</sup> Je nach Sachlage kann z. B. die Kündigung zur Durchsetzung einer Rabattkürzung,<sup>508</sup> des Markenzwangs nach Auslaufen der 5-Jahresfrist des Art. 5 Abs. 1 lit. a GVO 330/10,<sup>509</sup> einer unzulässigen Preisbindung, insb. der Aufforderung, die Verkaufspreise an die UVP anzupassen,<sup>510</sup> oder der Einführung eines neuen Datenverarbeitungssystems<sup>511</sup> unzulässig sein. Die Voraussetzungen einer Schikane-Kündigung werden äußerst selten vorliegen. Denn grds. darf jeder Vertragspartner von dem ihm eingeräumten Kündigungsrecht uneingeschränkt Gebrauch machen.<sup>512</sup> Zur **Durchsetzung vertragskonformer Maßnahmen** darf der Unternehmer deshalb im Grundsatz auch mit einer Kündigung drohen. Droht z. B. ein Unternehmer mit der ordentlichen Kündigung, um eine Änderung der Zusammenarbeit zu erreichen, so bestehen weder vertragliche noch gesetzliche (§§ 138, 826 BGB, § 19 GWB) Schadensersatzansprüche, sofern die ordentliche Kündigung und die angestrebte Vertragsänderung zulässig war.<sup>513</sup> Der Unternehmer hätte auch ohne Warnung kündigen dürfen und es ist nicht zu beanstanden, wenn er zunächst unter Kündigungsandrohung einen Änderungsvertrag sucht. Den Schikanevorwurf nach § 19 GWB hat derjenige zu **beweisen**, der sich auf ihn beruft.<sup>514</sup>

### 3. Kündigung zur Unzeit

- 106** Die Kündigung zur Unzeit, im entschiedenen Fall: eines Franchisevertrages, soll nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung führen.<sup>515</sup> Richtigerweise kommt es immer auf die Verhältnisse des Einzelfalls an. Durfte der Mittler darauf vertrauen, dass eine Kündigung zum maßgeblichen Zeitpunkt unterblieb, können die Grundsätze der Kündigung zur Unzeit zur Unwirksamkeit einer Kündigung führen.

### 4. § 19 GWB

- 107** Zu möglichen Kündigungsbeschränkungen aus § 19 GWB siehe Kommentierung zu Vor § 84.

### 5. Folgen erheblicher Investitionen – Investitionsschutz und Investitionersatzanspruch

- 108** Nicht sicher geklärt ist, welche Folgen **erhebliche Investitionen** des **HV** oder eines HV-ähnlichen Vertriebsmittlers, etwa eines **Vertragshändlers**<sup>516</sup> oder **FN**,<sup>517</sup> auf das Kündigungsrecht

**507** Köhnen in: Giesler, Praxishandbuch Vertriebsrecht, 2. Aufl. 2011, § 3 Rn 347.

**508** BGH, Urt. v. 26.2.1970 – KZR 17/68, NJW 1970, 855 (856); BAG AP Nr. 22 zu § 138 BGB; AG Siegen MDR 1970, 239; Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 74.

**509** AA Wegner/Oberhammer BB 2011, 1480 (1486).

**510** Spenner/Kiani ZVertriebsR 2013, 335 (336).

**511** OLG Köln, Urt. v. 31.3.1995 – 19 O 197/04, n. v.

**512** BGH VersR 1969, 445 (446) mit zust. Anm. Boetius; NJW 1970, 855; Finke WM 1969, 1128; Weimar MDR 1959, 986; Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 30; Hopt § 89 Rn 16; Schlegelberger/Schröder § 89 Rn 29.

**513** OLG Hamburg, Urt. v. 20.2.2003 – 3 U 26/99, GRUR-RR 2003, 325.

**514** OLG Frankfurt/M., Urt. v. 22.12.2015 – 11 U 25/15 (Kart), ZVertriebsR 2016, 244 Rn 31.

**515** Flohr BB 2006, 389 (397) unter Hinweis auf BGH, Urt. v. 20.5.2003, NJW 2003, 2674.

**516** Flohr/Wauschkuhn/Teichmann Vertriebsrecht<sup>2</sup> Vorb § 89 Rn 59 ff.

**517** Flohr/Wauschkuhn/Teichmann Vertriebsrecht<sup>2</sup> Vorb § 89 Rn 84 ff.

des Unternehmers oder die Kündigungsfolgen haben.<sup>518</sup> Eine gesetzliche Regelung fehlt unter deutschem Recht.<sup>519</sup> Tatsächlich kann eine abverlangte Investition in Ausstattungen, die markenspezifisch sind und sich nur bei Zugehörigkeit zum konkreten Vertriebssystem amortisieren lässt, mit der berechtigten Erwartung des Mittlers verbunden sein, ihm verbleibe eine angemessene Amortisationszeit bzw. ihm würde seine Investition erstattet.<sup>520</sup> Der BGH hat etwa im **Mietrecht** einen **Amortisationsanspruch** anerkannt.<sup>521</sup> Die überwiegende Ansicht in der Literatur befürwortet deshalb einen neben § 89b tretenden<sup>522</sup> **Investitionsschutz**,<sup>523</sup> Voraussetzung ist, dass es sich um eine **vom Unternehmer veranlasste Investition** handelt,<sup>524</sup> sie **irreversibel**,<sup>525</sup> insb. nicht weiter verwendbar oder veräußerbar ist<sup>526</sup> und sich noch **nicht amortisiert** hat.<sup>527</sup> Irrelevant dürfte hingegen sein, ob die Investition vor der ordentlichen Kündigung getätigt wurde.<sup>528</sup> Denn wenn die Investition fremdveranlasst ist, kommt es nicht darauf an, ob sie vor oder nach einer ordentlichen Kündigung getätigt wurde. Nach einer ordentlichen Kündigung ist ein Investitionsersatzanspruch wegen widersprüchlichen Verhaltens des Mittlers aber ausgeschlossen, sofern er nicht erklärt, warum er Investitionen getätigt hat, die sich erkennbar nicht amortisieren würden. Voraussetzung des Investitionsersatzanspruchs ist weiter, dass die **Vertragsbeendigung durch den Unternehmer veranlasst** wurde, etwa indem der Unternehmer ordentlich gekündigt hat.<sup>529</sup> Hat der Mittler das Vertragsende zu verantworten, gibt es keinen Grund, ihn zu schützen.<sup>530</sup>

Die **Gegenansicht** lehnt einen Investitionsersatzanspruch ab.<sup>531</sup> Es lasse sich kein allgemeiner Rechtssatz aufstellen, dass der Geschäftsherr, der einen Dritten mit dem Vertrieb beauftragt, diesem Dritten die Amortisation von Investitionen zu ermöglichen hat, die dieser im Interesse und auf Aufforderung des Geschäftsherrn tätigt.<sup>532</sup> Das Risiko, dass ein befristeter Vertrag nicht

**518** Vgl. *Genzow* Rn 137; *Westphal* II Rn 675 ff.; *Ebenroth/Parche* BB 1988, Beil. 10; *Ebenroth/Strittmatter* BB 1993, 1521; *Foth* BB 1987, 1270; *Susanne Creutzig* NJW 2002, 3430; *Niebling* WRP 2010, 81 (83); *Niebling* WRP 2005, 717 (719); *Ensthaler/Gesmann-Nuissl/Stopper* DB 2003, 257; *zuf. Emde* VersR 2004, 1499 (1502); zum spanischen Recht *Lindner/Ramirez* RIW 2006, 418 ff. Gegen einen Investitionsersatzanspruch OLG München WuW/E OLG 5091; *Wauschkuhn/Teichmann* ZVertriebsR 2013, 139 (149); *Flohr/Wauschkuhn/Teichmann* Vertriebsrecht Vorb § 89 Rn 11, 67.

**519** *Wauschkuhn/Teichmann* ZVertriebsR 2013, 139 (148).

**520** *Ensthaler* NJW 2003, 3106 (3108).

**521** BGH BB 2000, 1060.

**522** *Martinek* ZVertriebsR 2012, 2 (8).

**523** *Martinek* ZVertriebsR 2012, 2 (8); *Niebling* WRP 2012, 1361 (1363); *Ebenroth/Parche* BB 1988, Beil. 10, S. 26 ff.; *Ebenroth/Strittmatter* BB 1993, 1521 (1527 ff.); *Foth* BB 1987, 1270 ff.; *Thume* BB 2009, 1026 (1029); *Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn* Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 75; *Genzow* Rn 137; *Graf v. Westphalen* Vertragsrecht und AGB – Klauselwerke, Vertragshändler-Vertrag, Rn 64 ff.; *Küstner/Thume/Thume* III, Kap. II/8 Rn 28 ff.; *Stumpf/Jaletzke/Schultze* Rn 713 ff.; *Martinek/Ullrich* Handbuch des Vertriebsrechts<sup>3</sup> § 23 Rn 80 f.; *Westphal* II Rn 675 ff.

**524** *Giesler/Köhnen*, Praxishandbuch Vertriebsrecht, Rn 456; *Flohr/Wauschkuhn/Teichmann* Vertriebsrecht<sup>2</sup> Vorb § 89 Rn 72.

**525** *Ensthaler/Gesmann-Nuissl/Stopper* DB 2003, 257 (262), *Flohr/Wauschkuhn/Teichmann* Vertriebsrecht<sup>2</sup> Vorb § 89 Rn 72.

**526** *Giesler/Köhnen*, Praxishandbuch Vertriebsrecht, Rn 457; *Creutzig* NJW 2002, 3430 (3432); *Flohr/Wauschkuhn/Teichmann* Vertriebsrecht<sup>2</sup> Vorb § 89 Rn 72.

**527** *Giesler/Köhnen*, Praxishandbuch Vertriebsrecht, Rn 456; *Flohr/Wauschkuhn/Teichmann* Vertriebsrecht<sup>2</sup> Vorb § 89 Rn 72.

**528** **AA** *Flohr/Wauschkuhn/Teichmann* Vertriebsrecht<sup>2</sup> Vorb § 89 Rn 74.

**529** *Flohr/Wauschkuhn/Teichmann* Vertriebsrecht<sup>2</sup> Vorb § 89 Rn 73.

**530** *Flohr/Wauschkuhn/Teichmann* Vertriebsrecht<sup>2</sup> Vorb § 89 Rn 73.

**531** OLG München, Urt. v. 27.3.2019 – 7 U 1001/18, IHR 2020, 17 (21); WuW/E OLG 5091; *Wauschkuhn* ZVertriebsR 2016, 79 (84) – Vertragshändler; *Wauschkuhn/Teichmann* ZVertriebsR 2013, 139 (149); *Flohr/Wauschkuhn/Teichmann* Vertriebsrecht<sup>2</sup> Vorb § 89 Rn 11; zur Darstellung der Regelungen der europäischen Länder *Wauschkuhn/Teichmann* RIW 2009, 614 ff., die a. a. O. einen Investitionsersatzanspruch ebenfalls ablehnen.

**532** OLG München, Urt. v. 27.3.2019 – 7 U 1001/18, IHR 2020, 17 (21).

verlängert bzw. ordentlich gekündigt wird, trage grds. jede Vertragspartei selbst. Das bedeutet, dass die Amortisation von Investitionen grds. in den Risikobereich des Investierenden fällt.<sup>533</sup>

110 Die **Rechtsgrundlagen** des Investitionsschutzes sind umstritten: Teilweise werden **§ 280 BGB** und **§§ 675, 670 BGB**<sup>534</sup> analog genannt. Andere wenden **die Grundsätze über die Kündigung zur Unzeit** gem. §§ 627 Abs. 2, 671 Abs. 2, 712 Abs. 2 Hs. 2, 723 Abs. 2 S. 2, 2226 S. 2 BGB analog an.<sup>535</sup> Darüber hinaus könnte auch an die Anwendung der Regelungen zur **GoA** oder des **§ 812 BGB** gedacht werden.<sup>536</sup> Zum Teil wird der Investitionsschutzanspruch aus einer **ergänzenden Vertragsauslegung gem. § 133, 157 BGB** i. V. m. einem Verstoß gegen § 242 BGB wegen des Widerspruchs zu früherem Verhalten hergeleitet.<sup>537</sup> Ein widersprüchliches Verhalten des Unternehmers wird darin gesehen, dass er auf der einen Seite den Mittler zu Investitionen veranlasst und einen Vertrauenstatbestand schafft, demzufolge der Vertrag noch längere Zeit andauern werde, so dass der Mittler die Möglichkeit der Amortisation erwarten durfte, und der Unternehmer dann den Mittlervertrag unerwartet kündigt.<sup>538</sup> Dagegen wird eingewandt, dass der Händler die Kündigungsfristen aus dem Vertrag kennt und folglich kein schutzwürdiges Vertrauen genießen kann, weil er damit rechnen muss, dass der Unternehmer den Vertrag mit den vertraglichen Fristen kündigt.<sup>539</sup> Zudem wird eine Regelungslücke bestritten, da jedenfalls dem Vertragshändlervertrag das Investitionsrisiko immanent sei.<sup>540</sup> Auch eine Anwendung der Vorschriften über die Kündigung zur Unzeit wird abgelehnt<sup>541</sup>: Es fehle eine vergleichbare Interessenlage; die Vorschriften über die Kündigung zur Unzeit sähen keine Kündigungsfristen vor. Die Dauerschuldverhältnisse, auf die sie sich bezogen, könnten vielmehr jederzeit gekündigt werden.<sup>542</sup> Letzterem ist nicht zuzustimmen: Zwar gelten die Regelungen zur Kündigung zur Unzeit nur für Kündigungen ohne Frist. Aber dies sagt nicht, dass nicht auch eine Kündigung mit Kündigungsfrist zur Unzeit erfolgen könnte. Nicht amortisierte Investitionen sollen auch nicht vom Schutzzweck des § 19 GWB gedeckt sein und folglich keinen Schadenersatzanspruch aus § 33 GWB begründen.<sup>543</sup> Auch gem. der Ansicht des OLG München<sup>544</sup> darf aus § 19 GWB keine Kündigungsschranke hergeleitet werden. Nach der Gegenansicht kann den nicht amortisierten Investitionen auch im Rahmen einer Interessenabwägung aus §§ 307 Abs. 1 BGB, 19 GWB bei der Prüfung der Angemessenheit der Kündigungsfrist Bedeutung zukommen.<sup>545</sup> Da es sich bei dem Investitionsschutz um einen Ausnahmetatbestand handelt, dürfte eher die Herleitung

**533** OLG München, Urt. v. 27.3.2019 – 7 U 1001/18, IHR 2020, 17 (21).

**534** *Giesler/Güntzel* in: *Giesler, Praxishandbuch Vertriebsrecht*, 2. Aufl. 2011, § 4 Rn 617; *Giesler WM* 2001, 658; **aA** OLG Düsseldorf BeckRS 2009, 29052; *Wauschkuhn/Teichmann ZVertriebsR* 2013, 139 (148); *Flohr/Wauschkuhn/Teichmann Vertriebsrecht*<sup>2</sup> Vorb § 89 Rn 60; *Martinek ZVertriebsR* 2012, 2 (8).

**535** Ablehnend *Wauschkuhn/Teichmann RIW* 2009, 614 (618).

**536** Vgl. *Wauschkuhn/Teichmann RIW* 2009, 614 (619).

**537** *Foth BB* 1987, 1270 (1271); *Ebenroth/Strittmatter BB* 1993, 1521 (1530); *van der Moolen* in: *Martinek/Semler/Habermeier/Flohr, Handbuch des Vertriebsrechts*<sup>3</sup> § 23 Rn 80; **aA** *Wauschkuhn/Teichmann ZVertriebsR* 2013, 129 (148); *Flohr/Wauschkuhn/Teichmann Vertriebsrecht*<sup>2</sup> Vorb § 89 Rn 51 ff.

**538** *Küstner/Thume/Thume, Handbuch des gesamten Vertriebsrechts*, Bd. 3<sup>3</sup> II Kap. 8 Rn 33.

**539** *Wauschkuhn/Teichmann ZVertriebsR* 2013, 129 (148); *Flohr/Wauschkuhn/Teichmann Vertriebsrecht*<sup>2</sup> Vorb § 89 Rn 62.

**540** *Wauschkuhn/Teichmann ZVertriebsR* 2013, 129 (148); *Flohr/Wauschkuhn/Teichmann Vertriebsrecht*<sup>2</sup> Vorb § 89 Rn 63.

**541** *Wauschkuhn/Teichmann ZVertriebsR* 2013, 129 (149).

**542** *Wauschkuhn/Teichmann ZVertriebsR* 2013, 129 (149); *Flohr/Wauschkuhn/Teichmann Vertriebsrecht*<sup>2</sup> Vorb § 89 Rn 64.

**543** *Ensthaler/Gesmann-Nuiss/Stopper DB* 2003, 257 (261); *Flohr/Wauschkuhn/Teichmann Vertriebsrecht*<sup>2</sup> Vorb § 89 Rn 65 ff.; **aA** wohl OLG Stuttgart WuW/E OLG 3415 – Daimler Benz: Der Unternehmer darf solange nicht kündigen, wie sich die Investitionen nicht amortisiert haben.

**544** OLG München NJW-RR 1995, 1137 = WuW-E OLG 5091 (5096) – BMW.

**545** BGH NJW 1987, 3197 (3200); NJW-RR 1995, 1260.

aus § 242 BGB<sup>546</sup> und dem Grundsatz widersprüchlichen Verhaltens naheliegen. Nach Ansicht von *Hopt*<sup>547</sup> sind die Grundsätze zum Investitionsschutzanspruch für HV aus tatsächlichen Gründen nicht einschlägig, was angesichts der Tätigkeit von HV im investitionsintensiven Geschäft, etwa als Autohäuser, unzutreffend sein dürfte.<sup>548</sup>

Umstritten ist die genaue **Rechtsfolge** des Investitionsschutzes, nämlich Zahlungsanspruch **111** oder Kündigungsschutz. Soweit ein Investitionsschutzanspruch nicht gänzlich abgelehnt wird,<sup>549</sup> steht dem Mittler nach einer Ansicht aus § 280 BGB und analog §§ 675, 670 BGB<sup>550</sup> auch ohne unberechtigte Kündigung ein **Investitionersatzanspruch** als Zahlungsanspruch zu, falls er ohne eigenes Zutun (die **Eigenkündigung** soll also anspruchsvernichtend wirken, anders mglw. In Analogie zu § 89b Abs. 3 Nr. 1 bei „unbegründetem Anlass“) aus dem Vertriebssystem des Herstellers zu einer Zeit ausscheidet, zu dem sich vom Unternehmer fremdbestimmte Investitionen noch nicht amortisiert haben.<sup>551</sup> Fälle jener Art könnten nicht gelöst werden, indem die ordentliche Kündigung des Herstellers für gem. § 242 BGB treuwidrig und nichtig erklärt<sup>552</sup> und, da § 242 BGB keine Anspruchsgrundlage bilde,<sup>553</sup> die Kündigungsfrist im Wege **ergänzender Vertragsauslegung** verlängert werde.<sup>554</sup> Eine solche Ansicht stehe im Spannungsverhältnis zum Erfordernis der Rechtsklarheit nach Kündigungserklärungen und unterstelle mangels auslegungsbedürftiger Regelungslücke<sup>555</sup> einen nicht vorhandenen Parteiwillen.<sup>556</sup> Vielmehr weise der richtige Weg zu einem **Ersatzanspruch**, sofern der Hersteller **markenspezifische Investitionen** des Händlers veranlasst habe.<sup>557</sup> Gleiches gelte für **markenneutrale Investitionen**, welche über die Grundausrüstung des Betriebs hinausgingen. Können die Investitionen vom Mittler **nach Vertragsende noch (teilweise) genutzt werden**, scheidet in beiden Konstellationen ein Investitionsschutz aus, soweit die Nutzungsmöglichkeit reicht.<sup>558</sup>

Nach **aA** stellt die Ausübung des Kündigungsrechts in solchen Fällen einen Verstoß gegen **112** die Leistungstreuepflicht dar; der Schutz des Mittlers vollzieht sich (nur) über die **Bemessung der Kündigungsfristen**.<sup>559</sup> Nach dieser Meinungsgruppe verlängern sich die gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfristen – nicht nur beim Vertragshändler –, falls dem Vertriebsmittler von dem Unternehmer fremdbestimmte und nicht amortisierte Investitionen auferlegt wurden.<sup>560</sup> Begründet wird dies mit der Rspr. des BGH,<sup>561</sup> die bei einem investitionsintensiven Kfz-

**546** So LG Berlin, Urt. v. 31.10.2003 – 102 O 10/03 (Kart.); *Ensthaler/Gesmann-Nuissl/Stopper* DB 2003, 257 (260 f.); **aA** Flohr/Wauschkuhn/Teichmann Vertriebsrecht<sup>2</sup> Vorb § 89 Rn 69: der Mittler könne selbst Sorge dafür tragen, dass sich seine Investitionen amortisierten, indem er Mindestvertragslaufzeiten fordere.

**547** § 89 Rn 16.

**548** Flohr/Wauschkuhn/Teichmann Vertriebsrecht<sup>2</sup> Vorb § 89 Rn 11.

**549** So OLG München NJW-RR 1995, 1137 = WuW-E OLG 5091 (5096) – BMW; *Wauschkuhn/Teichmann* ZVertriebsR 2013, 139 (149); *Wauschkuhn/Teichmann* RIW 2009, 614 (619).

**550** *Giesler/Güntzel* in: Giesler, Praxishandbuch Vertriebsrecht, 2. Aufl. 2011, § 4 Rn 617; *Giesler* WM 2001, 658; **aA** *Wauschkuhn/Teichmann* ZVertriebsR 2013, 139 (148); *Martinek* ZVertriebsR 2012, 2 (8).

**551** *Susanne Creutzig* NJW 2002, 3430.

**552** So aber *Graf v. Westphalen* Vertragshändlerverträge, in: Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Rn 68; *Westphal* II Rn 676; *Ebenroth/Strittmatter* BB 1993, 1521 (1530).

**553** *Wauschkuhn/Teichmann* RIW 2009, 614 (617).

**554** Für die Anwendung der ergänzenden Vertragsauslegung nach §§ 133, 157 BGB aber *Foth* BB 1987, 1270 (1271); *Genzow* Rn 137; *Martinek/Ullrich* Handbuch des Vertriebsrechts<sup>3</sup> § 23 Rn 81; LG Stuttgart, Urt. v. 27.2.2006 – 36 O 178/05. RIW 2009, 615 ff. So auch die Regelung in Frankreich, siehe *Wauschkuhn/Teichmann* RIW 2009, 614 (615).

**555** *Susanne Creutzig* NJW 2002, 3430 (3431); *Wauschkuhn/Teichmann* RIW 2009, 614 (618).

**556** Mglw. werden die Parteien den Vertrag nicht fortsetzen wollen, s. *Wauschkuhn/Teichmann* RIW 2009, 614 (619).

**557** *Westphal* II Rn 677 („fremdbestimmte Investitionen“); *Niebling* WRP 2003, 609 (611).

**558** *Westphal* II Rn 677. Das bedeutet: Der Zahlungsanspruch und die Kündigungsfrist reduziert sich.

**559** *Ebenroth* Mittlungsverträge im Spannungsverhältnis von Kartell- und Zivilrecht, in: Monographien zum deutschen und internationalen Wirtschaftssteuerrecht, 1980, S. 175 ff.; *Köhnen* in: Giesler, Praxishandbuch Vertriebsrecht, 2. Aufl. 2011, § 3 Rn 338; *Westphal* II Rn 675; ablehnend *Wauschkuhn/Teichmann* RIW 2009, 614 (620).

**560** *Köhnen* in: Giesler, Praxishandbuch Vertriebsrecht, 2. Aufl. 2011, § 3 Rn 338; *Canaris* § 17 Rn 85.

**561** BGH BB 1995, 1657; zust. *Niebling* WRP 2011, 1518 (1522).

Vertragshändlervertrag im Rahmen der AGB-Inhaltskontrolle eine Mindestkündigungsfrist von einem Jahr für angemessen hielt und sich an den seinerzeit geltenden Mindestvorgaben der Kfz-GVO (bis 2013: 2 Jahre) orientierte. Ohne angemessene Auslaufzeit entfaltet die Kündigung also keine Wirkung. Diese Kündigungsschranke gilt so lange, bis sich die fremdbestimmten Anfangs- oder Folgeinvestitionen des Händlers im Wesentlichen amortisiert haben. Auch nach Ansicht des OLG Stuttgart<sup>562</sup> bilden Investitionen eine Kündigungsschranke. Das OLG Stuttgart nahm dies nach einer Vertragslaufzeit von 7 Jahren an. Der von dieser Meinungsgruppe gewährte Schutz leitet sich aus der **analogen Anwendung der Grundsätze über die Kündigung zur Unzeit** ab (s. o.).<sup>563</sup>

- 113 Sowohl der Schadenersatzgedanke wie der verlängerter Kündigungsfristen ist grundsätzlich zutreffend. Im Grundsatz muss der Mittler selbst das Investitionsrisiko tragen. Nur ausnahmsweise kommt ein Investitionsschutz in Betracht. Diesen Ausnahmefall hat der **Mittler zu beweisen**, und zwar bereits deshalb, weil in einem Austauschvertrag die Vermutung besteht, dass sich die Aufwendungen jeder Partei durch die vertraglich versprochene Vergütung amortisieren. So wird z. B. darauf hingewiesen, der FN begeben sich, ebenso wie ein Einfirmen-HV, in eine enge wirtschaftliche Abhängigkeit zum FG, die mit zunehmender Vertragsdauer hinaus noch ansteige.<sup>564</sup> Die Vertragslaufzeit müsse daher mindestens einen Zeitraum abdecken, innerhalb dessen eine Amortisation der Investitionen regelmäßig zu erwarten sei.<sup>565</sup> Dass der Mittler durch die **Klauselkontrolle nach § 307 BGB** hinreichend geschützt und ein Investitionsschutz damit überflüssig wird,<sup>566</sup> kann kaum behauptet werden. Zum einen hilft diese Klauselkontrolle nicht bei Individualverträgen. Zum anderen begrenzt § 307 BGB Rechte des Händlers, begründet aber keinen eigenen Anspruch und verlängert keine Kündigungsfrist. Im investitionsreichen Kfz-Vertragshändlergeschäft wurden viele Fälle bereits durch die allerdings nur bis 2013 von der GVO 1400/02 vorgeschriebene und z. T. in den Selbstverpflichtungskatalogen der Kfz-Hersteller (Vor § 84 Rn 388) fortbestehenden Mindestkündigungsfrist von 2 Jahren abgefedert. Da sich Literatur und Rspr. zudem unabhängig von der Existenz eines Investitionersatzanspruchs einig darüber sind, dass **im investitionsintensiven Geschäft** auch abseits der von GVOs normierten kartellrechtlichen Freistellungsvoraussetzungen **über § 89 hinausgehende Kündigungsfristen** gelten, wird auch hierdurch der Amortisationszeitraum verlängert und die Bedeutung des Investitionsschutzes reduziert. Der **anspruchsberechtigte Mittler** darf sich **nach seiner Wahl entweder auf die Unwirksamkeit der Kündigung** wegen zu kurzer Kündigungsfrist **berufen oder Schadenersatz** fordern.<sup>567</sup> Der anspruchsberechtigte Mittler hat die **Wahl der in Anspruchskonkurrenz stehenden Rechte zumindest nach billigem Ermessen** und mit der **Einschränkung der Pflicht zur Beachtung schutzwürdiger Unternehmerinteressen**. Ein **Wahlrecht des Unternehmers** zwischen verlängerter Kündigungsfrist und Schadenersatz wird man hingegen nicht anerkennen können.<sup>568</sup> Denn im Falle einer Anspruchsgrundlagenkonkurrenz entscheidet der Anspruchssteller, welchen Anspruch er wählt. Voraussetzung der Ansprüche ist das zumindest konkludente Verlangen des Unternehmers nach der Investition in der vorgenommenen Höhe, das schutzwürdige Vertrauen des Mittlers auf eine hinreichende Amortisationsdauer und die fehlende nachvertragliche Amortisationsmöglichkeit. Wurde dem Mittler durch den Unternehmer **schuldhaft unberechtigt** – etwa nach § 89a ohne Existenz eines wichtigen Grundes – **gekündigt**, sind die fremdbestimmten und nicht amortisierten Investitionen des Mittlers als **Schadenersatz wegen Schlechterfüllung einer Nebenpflicht** gem. § 311 Abs. 1, 280

<sup>562</sup> OLG Stuttgart WuW-E OLG 3415 – Daimler-Benz.

<sup>563</sup> Ablehnend *Wauschkuhn/Teichmann* RIW 2009, 614 (618): Diese Regelungen gälten nur für Kündigungen ohne Frist. Aber dies sagt nicht, dass nicht auch eine fristgebundene Kündigung zur Unzeit erfolgen könnte.

<sup>564</sup> OLG Frankfurt/M., Urt. v. 8.10.2014 – 4 U 41/14, ZVertriebsR 2015, 161 (163/164).

<sup>565</sup> OLG Frankfurt/M., Urt. v. 8.10.2014 – 4 U 41/14, ZVertriebsR 2015, 161 (163).

<sup>566</sup> So *Wauschkuhn/Teichmann* RIW 2009, 615 (620).

<sup>567</sup> *Ensthaler/Gesmann-Nuissl/Stopper* DB 2003, 257 (261).

<sup>568</sup> **AA Köhnen** in: Giesler, Praxishandbuch Vertriebsrecht, 2. Aufl. 2011, § 3 Rn 462.

Abs. 1 BGB vom Unternehmer zu ersetzen.<sup>569</sup> Die Pflichtverletzung liegt in der unberechtigten Kündigung trotz Investitionsaufforderung. Auch bei ordentlicher und – abgesehen vom Investitionsschutzgedanken – zulässiger Kündigung rechtfertigt sich ein Schadenersatzanspruch aus der Schutzpflichtwidrigkeit (§ 241 Abs. 2, § 242 BGB) der trotz fremdbestimmter Investitionen ausgesprochenen Kündigung, die vorsätzlich und damit schuldhaft erfolgte. Hier liegt die Pflichtverletzung in der Investitionsaufforderung trotz Unsicherheit über die Vertragsfortführung, spätestens aber in der Kündigung trotz Kenntnis der Investitionen oder jedenfalls in der mangelnden Klärung der Investitionslage vor Ausspruch der Kündigung. Auch die Kündigungsfrist verlängert sich wegen des widersprüchlichen Verhaltens des Unternehmers (einerseits Investitionsaufforderung, andererseits Vertragsbeendigung) nach den Grundsätzen der Kündigung zur Unzeit oder im Wege ergänzender Vertragsauslegung angemessen und meist bis zum Ende der Amortisationszeit. Gegen die Gewährung des Kündigungsschutzes kann im Einzelfall sprechen, dass es zu einer **Zementierung möglicherweise unwirtschaftlicher Vertriebsverhältnisse** kommt und der Unternehmer an nicht genehme Vertragspartner gebunden bleibt. Auch Vertragsumstellungen, etwa infolge einer Neufassung einer GVO, werden erschwert.<sup>570</sup> Diesen Bedenken lässt sich Rechnung tragen, indem dann, wenn die Vertragsfortsetzung bis zum Ablauf der verlängerten Kündigungsfrist für den Unternehmer unzumutbar ist oder schutzwürdige Interessen des Unternehmers diese Wahl erfordern, das oben postulierte Wahlrecht des Mittlers nach §§ 315, 242 BGB auf die Wahl des Schadenersatzes reduziert wird. Im Einzelfall mag sich eine Ermessensreduzierung auf ein Recht ergeben, was aus dem anspruchsbegründenden § 242 BGB hergeleitet werden kann. Wollte man entgegen der hier vertretenen Ansicht dem Unternehmer ein Wahlrecht zubilligen, wäre in der Kündigung in Kenntnis der nicht amortisierten Investitionen regelmäßig die Wahl des Ersatzanspruches in Geld zu sehen.<sup>571</sup>

Hinsichtlich der Höhe der als Schadenersatz geschuldeten Ersatzleistung besteht Uneinigkeit. **114** Teils wird als Ersatz der **Vertrauensschaden** gewährt.<sup>572</sup> Das bedeutet: ersetzt werden regelmäßig nur die nicht amortisierten Investitionen.<sup>573</sup> Teils wird der Ersatz des **Erfüllungsschadens** einschließlich nicht amortisierter, fremdveranlasster Investitionen und des während der Amortisationszeit entgangenen, fiktiven Gewinns für möglich gehalten.<sup>574</sup> Tatsächlich wird der Mittler kaum Gewinn fordern dürfen, welchen er nur infolge der Investitionen erzielt hätte.<sup>575</sup>

Durfte der Unternehmer dem Mittler gem. § 89a **aus wichtigem Grund wegen schuldhaften Verhaltens des Mittlers** kündigen, so entfällt der Investitionsschutz (§ 89b Abs. 3 Nr. 2 HGB, § 242 BGB, § 254 BGB). Erfolgte die außerordentliche Kündigung ohne schuldhaftes Verhalten des Mittlers, bleibt der Investitionsschutz vorbehaltlich einer Wertung der Verursachungsbeiträge gem. §§ 242 BGB, § 254 BGB analog erhalten.

Der Mittler als Anspruchsteller hat **alle anspruchsbegründenden Tatsachen darzulegen** **116** **und zu beweisen**, also Herstellerkündigung, die Vornahme schutzwürdiger Investitionen sowie ggf. den aus der Vertragsbeendigung resultierenden Schaden. Zu mangelnden anderen Amortisationsmöglichkeiten muss der Mittler vortragen, der Unternehmer hat ihr Bestehen aber zu beweisen. Sehen die **Händlerstandards** eine Investition vor, spricht der erste Anschein für eine Veranlas-

**569** BGH DB 1978, 1882; OLG Stuttgart BB 1990, 1015, Köhnen in: Giesler, Praxishandbuch Vertriebsrecht, 2. Aufl. 2011, § 3 Rn 445.

**570** Giesler/Güntzel in: Giesler, Praxishandbuch Vertriebsrecht, 2. Aufl. 2011, § 4 Rn 434.

**571** Köhnen in: Giesler, Praxishandbuch Vertriebsrecht, 2. Aufl. 2011, § 3 Rn 461.

**572** Westphal II Rn 678; Martinek/Ullrich Handbuch des Vertriebsrechts<sup>3</sup> § 23 Rn 81; Stumpf/Jaletzke/Schultze Rn 716; Ulmer in: FS Möhring, 1975, S. 310; Wauschkuhn/Teichmann RIW 2009, 614 (619); Foth BB 1987, 1270 (1273).

**573** Flohr/Wauschkuhn/Teichmann Vertriebsrecht<sup>2</sup> Vorb § 89 Rn 74.

**574** Ebenroth Mittlungsverträge im Spannungsverhältnis von Kartell- und Zivilrecht, in: Monographien zum deutschen und internationalen Wirtschaftssteuerrecht, 1980, S. 186 ff.; Genzow Rn 140; Graf v. Westphalen Vertragsrecht und AGB – Klauselwerke, Vertragshändler-Vertrag, Rn 67; Ebenroth/Parche BB 1988, 26; Susanne Creutzig NJW 2002, 3430; Ensthaler/Gesmann-Nuissl/Stopper DB 2003, 257 (263).

**575** Foth BB 1987, 1270; Flohr/Wauschkuhn/Teichmann Vertriebsrecht<sup>2</sup> Vorb § 89 Rn 74; Westphal II Rn 678; aA Genzow Rn 140; Ebenroth/Parche BB 1988 Beil. 10.

sung der Investition durch den Unternehmer.<sup>576</sup> Aus dem **Finanzierungsplan** ergibt sich meist der Amortisationszeitraum.<sup>577</sup> Bei 2jähriger Kündigungsfrist – wie sie bis 2013 im Kfz-Vertragshändlerrecht durch die GVO 1400/02 vorgeschrieben wurde und jetzt in die Selbstverpflichtungskataloge der Kfz-Hersteller übernommen wurde (Vor § 84 Rn 388) – soll ein Investitionersatz nur ausnahmsweise geschuldet sein,<sup>578</sup> was sich jedoch in dieser Allgemeinheit nicht sagen lässt. Eine Beschränkung des Investitionsschutzes durch diese Kataloge scheidet aus.<sup>579</sup> Bei **Franchiseverträgen** wird von einer Amortisationsdauer von 3–5 Jahren ausgegangen.<sup>580</sup> Ein Investitionsschutz nach 8 Jahren ist aus dem Grundsatz von Treu und Glauben angeblich nicht abzuleiten.<sup>581</sup> Wegen des Investitionsschutzes kann Händlern nur empfohlen werden, die Veranlassung zu Investitionen zu dokumentieren, etwa im Schriftwechsel zwischen den Parteien.<sup>582</sup>

- 117 In den meisten **europäischen Ländern** wird ein Investitionersatzanspruch auf irgendeiner rechtlichen Grundlage anerkannt, meist als Schadenersatzanspruch.<sup>583</sup> Das **österreichische Parlament** hat am 18.6.2003 den Investitionsschutz des Vertragshändlers in § 454 Abs. 1 UGB verankert<sup>584</sup>: Ein Unternehmer, der an einem vertikalen Vertriebsbindungssystem als gebundener Unternehmer teilnimmt, hat bei Beendigung des Vertragsverhältnisses mit dem bindenden Unternehmer Anspruch auf Ersatz von Investitionen, die er zu tätigen verpflichtet war, soweit sie bei Vertragsbeendigung weder amortisiert noch angemessen verwertbar sind. Der Anspruch nach österreichischem Recht besteht nicht, sofern der Händler von sich aus den Vertrag gekündigt hat oder wenn er nicht innerhalb eines Jahres nach Kündigung seine Rechte geltend macht. Er ist zwingend. **Weitreichende Investitionsverpflichtungen** bedürfen einer ausdrücklichen vertraglichen Regelung und können nicht auf § 242 BGB gestützt werden.<sup>585</sup>

## 6. Widersprüchliches Verhalten

- 118 Auch widersprüchliches Verhalten kann zur Unwirksamkeit der Kündigung führen. Ein solches widersprüchliches Verhalten liegt z. B. vor, falls der Vertragspartner zurechenbares Vertrauen auf den Fortbestand des Vertrages hervorgerufen hat, etwa durch ein Investitionsverlangen (s. o.). Dies darf angenommen werden, wenn der Unternehmer zunächst einen Vertrag schließt, um ihn dann umgehend zu kündigen.<sup>586</sup> Hat der Unternehmer am 26.11./10.12.2012 jedoch eine **Änderung des Vertrages** vereinbart, die zum 1.1.2014 wirksam ist und kündigt er am 21.2.2014 mit zweijähriger Kündigungsfrist, soll ein widersprüchliches Verhalten fehlen.<sup>587</sup> Das gelte insb., wenn es sich bei dem Neuvertrag lediglich um eine Modifizierung eines seit Jahren bestehenden Vertrages handele.<sup>588</sup> Das Motiv des Unternehmers, drei Jahre nach Vereinbarung des neuen Vertrags zu kündigen, um

576 Köhnen in: Giesler, Praxishandbuch Vertriebsrecht, 2. Aufl. 2011, § 3 Rn 456.

577 Susanne Creutzig NJW 2002, 3430.

578 Niebling WRP 2005, 717 = WRP 2009, 153 (155) = WRP 2010, 81 (83) = WRP 2010, 1454 (1456) = WRP 2012, 1361 (1363).

579 Ensthaler NJW 2003, 3106 (3108) zur nämlichen Regelung in der GVO 1400/02.

580 Giesler/Güntzel in: Giesler, Praxishandbuch Vertriebsrecht, 2. Aufl. 2011, § 4 Rn 474.

581 KG, Urt. v. 22.1.2004 – 2 U 17/02 (Kart), zit. n. Niebling WRP 2005, 717 (719) = Niebling WRP 2009, 153 (155) = Niebling WRP 2010, 81 (83) = WRP 2010, 1454 (1456) = WRP 2012, 1361 (1363).

582 Emde kfz-betrieb 20/2001, 26.

583 Wauschkuhn/Teichmann RIW 2009, 614 ff.

584 Hierzu Moritz ZVertriebsR 2017, 143 (147); Ensthaler NJW 2003, 3106; Wauschkuhn/Teichmann RIW 2009, 614 (616) – letztgenannte auch zu den Regelungsansätzen in anderen europäischen Ländern.

585 LG München I, Teilurt. v. 26.10.2018 – 37 O 10335/15, ZVertriebsR 2019, 34 Rn 99 zu einem Franchisevertrag.

586 LG Köln, Urt. v. 8.7.1981 – 84 O (Kart) 23/81, n. v.; Köhnen in: Giesler, Praxishandbuch Vertriebsrecht, 2. Aufl. 2011, § 3 Rn 348; aa nach den Verhältnissen des Einzelfalles OLG Frankfurt/M., Urt. v. 22.12.2015 – 11 U 25/15 (Kart), ZVertriebsR 2016, 244 Rn 18.

587 OLG Frankfurt/M., Urt. v. 22.12.2015 – 11 U 25/15 (Kart), ZVertriebsR 2016, 244 Rn 18.

588 OLG Frankfurt/M., Urt. v. 22.12.2015 – 11 U 25/15 (Kart), ZVertriebsR 2016, 244 Rn 19.

einen neuen Partner zu suchen, der die neue Markenstrategie des Unternehmers besser umsetzen könne und geographisch günstiger liege, unterfalle der unternehmerischen Freiheit und sei nicht zu beanstanden.<sup>589</sup> Allerdings soll die separate Kündigung eines von zwei Tankstellen-HV-Verträgen wegen Verstoßes gegen die Geschäftsgrundlage und § 242 BGB unzulässig sein, wenn beide Verträge als wirtschaftliche Einheit miteinander verbunden waren. Dabei wurden die Verträge zwar separat geschlossen, jedoch betraf ein Vertrag eine mit Gewinn arbeitende Tankstelle, der andere eine mit Verlust arbeitende. Der Tankstellen-HV wurde dazu gezwungen, den mit Verlust arbeitenden Vertrag zu übernehmen, um den vorteilhaften Vertrag zu erhalten.<sup>590</sup>

### XIII. Folgen der Vertragsbeendigung

Mit Eintritt des Kündigungsendtermins (Abs. 1 S. 3) endet das Vertragsverhältnis. Es wandelt sich in ein **Abwicklungsverhältnis**<sup>591</sup> um. Die **nachvertragliche Treupflicht** besteht fort; der Rechtsgrund für erbrachte Vorleistungen entfällt. Der Unternehmer schuldet die Abwicklung der auf Vermittlung des HV **zustande gekommenen Geschäfte**, deren **Vergütung**<sup>592</sup> und **Verprovisionierung**, die **Informationen** des § 87c, **Ausgleichsvergütung** nach § 89b, **Rücknahme seiner Sachen**, und zwar grds. unabhängig vom Eigentumsübergang und auch ohne Konsignationslagerabrede gegenüber dem Vertragshändler,<sup>593</sup> eine eventuell zu leistende **Karenzentschädigung** gem. § 90a sowie ggf. ein **Zeugnis** nach § 630 BGB (dazu Vor § 84). Vertragsgemäß **verdiente Vergütungen**, etwa bereits entstandene Ansprüche auf **Abschlussprovision**,<sup>594</sup> verfallen nicht. Der Unternehmer hat über sie abzurechnen und sie auszuzahlen (zur **Provisionsverzichtsklausel** s. die Kommentierung zu § 89b). **Vorräte, Lagerbestände, Ersatzteile** oder sonstige vom HV im Einverständnis mit dem Unternehmer zur Unterstützung der ihm übertragenen Tätigkeit auf eigene Kosten erworbene Gegenstände hat der Unternehmer entsprechend den Grundsätzen zur Rücknahme der Lagerware bei Vertragshändlern (s. Kommentierung zu Vor § 84) nach Vertragsende gegen Wertersatz zu übernehmen,<sup>595</sup> selbst wenn ihm ein Schuldvorwurf an einem vorzeitigem Vertragsende nicht trifft. In Ausführung eines Vertragshändlervertrages geschlossene **Einzelkaufverträge** sind zu erfüllen.<sup>596</sup> Aus weiterer gegen den Willen des Unternehmers vorgenommener Vermittlungs- oder Abschlusstätigkeit erwirbt der HV keinen Provisionsanspruch.<sup>597</sup> Liegt eine Zustimmung des Unternehmers zur weiteren Tätigkeit des HV vor, mag ein ggf. konkludenter Neuabschluss des Vertrages (§ 89 Abs. 3 S. 1 ggf. analog) vorliegen oder es entsteht ein Vergütungsanspruch gem. § 354, selbst nach einer Kündigung gem. § 89a (nicht nur für notwendige Abwicklungsarbeiten).<sup>598</sup> Einstands- oder Vorauszahlungen sind vom Unternehmer abzurechnen. Der Vertriebsmittler hat, sofern ihm nicht aus speziellem Grunde, etwa einer gesonderten Vereinbarung, ein dahingehendes Recht zusteht, jeden Hinweis auf seine Tätigkeit als Vertriebsmittler des Unternehmens zu entfernen, etwa aus Verzeichnissen, Werbeproschüren oder Websites. Auch darf er die geschützten Zeichen des Unternehmers nicht mehr verwenden. Der Unternehmer eines gekündigten Vertragshändlers kann (mittels einstweiligen Verfügungsverfahrens<sup>599</sup>) verlangen, dass die Signalisation entfernt und unkenntlich gemacht werden soll.<sup>600</sup> Zulässig dürfte es allen-

589 OLG Frankfurt/M., Urt. v. 22.12.2015 – 11 U 25/15 (Kart), ZVertriebsR 2016, 244 Rn 23.

590 LG Itzehoe, Urt. v. 14.11.2011 – 4 O 83/11.

591 Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 40.

592 Zum Vertragshändler: Flohr/Wauschkuhn/Teichmann Vertriebsrecht<sup>2</sup> Vorb § 89 Rn 77.

593 Hopt § 89 Rn 26; aA Schriefers BB 1992, 2158.

594 LG Köln, Urt. v. 29.9.2017 – 27 O 519/15, ZVertriebsR 2018, 313 Rn 37.

595 Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 86a Rn 29.

596 Köhnen in: Giesler, Praxishandbuch Vertriebsrecht, 2. Aufl. 2011, § 3 Rn 431.

597 LG Hamburg VersR 1992, 743.

598 AA Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89a Rn 92.

599 OLG Düsseldorf, Urt. v. 8.8.2020 – VI-U (Kart) 10/20, WuW 2020, 542 (543).

600 OLG Düsseldorf, Urt. v. 8.8.2020 – VI-U (Kart) 10/20, WuW 2020, 542 (543).

falls sein, in sachlicher Form auf die frühere Tätigkeit als Vertriebsmittler des Unternehmers zu verweisen. Zur AVAD-Auskunft s. Kommentierung zu § 86a. Der HV hat den nachvertraglichen Geheimnisschutz gemäß § 90 zu beachten. Nach Kündigung nur im Gedächtnis verhaftete, nicht aber der Kundenkartei entnommene Kundenanschriften darf der Mittler verwerten<sup>601</sup> (s. Kommentierung zu § 90). Auch ein vereinbartes nachvertragliches Wettbewerbsverbot gem. § 90a hat der HV einzuhalten.

## F. Abs. 2 und sonstige abweichende Vereinbarungen

### I. Kündigungsausschluss oder Kündigungerschwernisse

- 120** Vgl. zunächst Rn 143 ff. zur zulässigen Länge von Vertriebsvereinbarungen. § 89 verbietet (konkludente oder ausdrückliche) Abreden nicht, die das Kündigungsrecht auf längere Zeit ausschließen.<sup>602</sup> Beide Parteien – insb. auch der Vertriebsmittler – können an langfristigen Bindungen und einem Kündigungsausschluss Interesse haben,<sup>603</sup> etwa zur Sicherung der Amortisation erheblicher Investitionen. Besonders plastisch wird dies im investitionsintensiven Kfz-Vertriebsrecht, wo die bis 2013 geltende GVO 1400/02 zum Schutz der Mittler eine 2jährige Mindestkündigungsfrist vorschrieb. § 624 BGB ist aber zu beachten. Solche Abreden liegen innerhalb der durch Art. 2 Abs. 1 GG gesicherten Vertragsfreiheit. Jede Kündigungerschwernis muss sich an diesem grundrechtlichen Schutz messen lassen. Bereits das Gesetz zeitigt durch den Wegfall des Ausgleichsanspruchs nach Eigenkündigung (§ 89b Abs. 3 Nr. 1) kündigungsbeschränkende Wirkung, was die Zulässigkeit nicht übermäßig kündigungerschwervernder Abreden nahe legt (s. a. § 89 Abs. 2 S. 1 über die Verlängerung der Kündigungsfristen). Auf der anderen Seite soll niemand durch ihm vom Vertragspartner auferlegte Nachteile an der Ausübung eines zwingenden gesetzlichen Rechts gehindert werden (§§ 162 Abs. 1, 242 BGB).<sup>604</sup>
- 121** Fraglich ist, wie man dieses Ergebnis möglichst HV-typisch und ohne zu allgemeine, später in anderen als HV-Fällen problematische allg. Rechtssätze begründet.<sup>605</sup> Allein ein finanzieller Nachteil genügt nicht für einen Verstoß.<sup>606</sup> Absprachen, die zu einer erheblichen,<sup>607</sup> unbilligen Behinderung oder Erschwerung des Kündigungsrechts und insb. der §§ 89, 89a HGB, § 314 BGB<sup>608</sup> führen, können **im Einzelfall** gleichwohl **unzulässig und gem. §§ 134, 138, 242, 307 BGB** unwirksam sein. Die Grenzen der Vertragsfreiheit werden überschritten, sobald die Abwägung der beiderseitigen berechtigten Interessen **im Zeitpunkt des Vertragsschlusses** eine nicht mehr hinnehmbare übermäßige Einschränkung der wirtschaftlichen und persönlichen Handlungsfreiheit insbesondere des Schwächeren ergibt.<sup>611</sup> Spätere Veränderungen der Verhältnisse führen nicht zur

**601** BGH VersR 1999, 966 = BB 1999, 1452.

**602** BGH ZIP 1995, 910; Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 33; MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89 Rn 59; Schlegelberger/Schröder § 89 Rn 9.

**603** Beispiel für ein Interesse des Unternehmers: BGH, Urt. v. 5.11.2015 – VII ZR 59/14, ZVertriebsR 2016, 19 = NJW 2016, 242 = DB 2016, 107 = WM 2015, 2315 = BB 2016, 18 m. Anm. Thies (in den AGB des Unternehmers eingefügte Kündigungsfrist von 30 Monaten zum 30.06. des betreffenden Jahres).

**604** Emde EWiR 2016, 173 (174).

**605** Emde EWiR 2016, 173 (174).

**606** LG München I, Urt. v. 10.12.2018 – 15 HKO 7444/18, ZVertriebsR 2019, 190 Rn 40.

**607** Thies BB 2016, 20.

**608** Flohr ZVertriebsR 2018, 147 (148) – Franchisevertrag.

**609** OLG Oldenburg, Urt. v. 26.11.2013 – 13 U 30/13, NJW-RR 2014, 550 = BeckRS 2014, 01289; OLG Düsseldorf, Urt. v. 1.8.2013 – I-16 U 183/12, BeckRS 2014, 06492 (dort Kündigungsbeschränkung abgelehnt); OLG Karlsruhe, Urt. v. 18.2.2010 – 1 U 113/09, VersR 2011, 526 (527).

**610** BGH NJW 1995, 2350 (i. E. ablehnend); Hopt § 89 Rn 16.

**611** BGH ZIP 1995, 910 (911/912); Urt. v. 31.3.1982 – I ZR 56/80, BGHZ 83, 313 (316) = NJW 1982, 1692; KG MDR 1997, 1041 (1042); Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 46.

Unwirksamkeit der bei Vertragsschluss einwandfreien Klausel,<sup>612</sup> mglw. jedoch zum Wegfall der Geschäftsgrundlage.<sup>613</sup> Zu AGB s. Kommentierung zu Vor § 84. Nach §§ 134, 138, 139, 307 BGB unwirksam können neben ausdrücklichen Abreden namentlich **mittelbare Beeinträchtigungen der §§ 89** (Beschränkung des ordentlichen Kündigungsrechtes), **89a** (Beschränkung des außerordentlichen Kündigungsrechtes<sup>614</sup>) sein. Die **Nichtigkeit beschränkt sich auf den Rückzahlungsanspruch** (§ 139 BGB).<sup>615</sup> Der BGH<sup>616</sup> und andere Gerichte<sup>617</sup> leiten die Unwirksamkeit ferner aus einem Verstoß gegen **§ 89 Abs. 2 (Fristenparität)** her. § 89 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 schütze die Entschließungsfreiheit des HV.<sup>618</sup> Ihre einseitige Beschränkung könne sich auch mittelbar dadurch ergeben, dass an die Kündigung des HV wesentliche, eine Vertragsbeendigung erschwerende Nachteile geknüpft würden.<sup>619</sup> Dem HV werde faktisch die Möglichkeit verwehrt, innerhalb der gleichen Fristen wie der Unternehmer zu kündigen, wenn damit wirtschaftliche Nachteile verbunden seien.<sup>620</sup> Diese Analogie zu § 89 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 scheint auf den ersten Blick nicht naheliegend und leitet sich wohl aus der Angreifbarkeit anderer Begründungsansätze her.<sup>621</sup> Denn auf eine Beeinträchtigung des **ordentlichen Kündigungsrechts** (§ 89 Abs. 1) konnte der Senat nicht rekurren: Abs. 1 lässt sich weitgehend und vielleicht sogar vollständig ausschließen. Er hat nur Bedeutung, sofern Kündigungsfristen vereinbart wurden. Da mithin ein ausdrücklicher Ausschluss des Abs. 1 gestattet war, standen einer mittelbaren Beeinträchtigung umso weniger Bedenken entgegen.<sup>622</sup> Eine Beschränkung des zwingenden **außerordentlichen Kündigungsrechts** (§ 89a) kann je nach den Umständen des Falles gleichfalls fehlen.<sup>623</sup> Eine solche Beeinträchtigung fehlt insb., wenn bei einer fristlosen Kündigung ein nur während der Vertragsdauer zu leistender Vorteil ohnehin entfallen würde. Zudem kann gem. § 89a Abs. 2 HGB, § 280 BGB ein Ersatzanspruch bestehen. Weiter mag an einen Verstoß gegen die §§ 226 BGB, 19, 20 GWB gedacht werden. Bei Verwendung von AGB scheint mir die auch vom BGH befürwortete Nichtigkeit nach **§ 307 BGB** wegen einer an die Kündigung anknüpfenden Wegfalls der Leistung eine gute Begründung geben<sup>624</sup> (näher s. Kommentierung zu Vor § 84 Stichwort „Änderungsvorbehalte“). Im Gegenseitigkeitsverhältnis stehende Leistungen dürfen nicht einseitig gestrichen werden, nur weil der HV ein vertragliches Recht, sein

**612** BGH ZIP 1995, 910 (911, 912).

**613** Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 46.

**614** OLG Düsseldorf, Urt. v. 1.8.2013 – I-16 U 183/12, BeckRS 2014, 06492 (dort Kündigungsbeschränkung abgelehnt); LG Osnabrück, Urt. v. 25.7.2014 – 15 O 486/13, ZVertriebsR 2015, 312 (314, 316).

**615** LG Freiburg, Urt. v. 15.2.2019 – 11 O 244/17, ZVertriebsR 2019, 251 Rn 23.

**616** BGH, Urt. v. 5.11.2015 – VII ZR 59/14, ZVertriebsR 2016, 19 = NJW 2016, 242 = DB 2016, 107 = WM 2015, 2315 = BB 2016, 18 m. Anm. Thies.

**617** OLG Oldenburg, Urt. v. 30.3.2015 – 13 U 71/14, ZVertriebsR 2015, 247 = NJW-RR 2015, 1071 = VersR 2015, 1291; v. 26.11.2013 – 13 U 30/13, NJW-RR 2014, 550 = BeckRS 2014, 01289; LG Freiburg, Urt. v. 15.2.2019 – 11 O 244/17, ZVertriebsR 2019, 251 Rn 18; LG München I, Urt. v. 10.12.2018 – 15 HKO 7444/18, ZVertriebsR 2019, 190 Rn 29; LG Osnabrück, Urt. v. 25.7.2014 – 15 O 486/13, ZVertriebsR 2015, 312 (314).

**618** BGH, Urt. v. 5.11.2015 – VII ZR 59/14, ZVertriebsR 2016, 19 = NJW 2016, 242 = DB 2016, 107 = WM 2015, 2315 = BB 2016, 18 m. Anm. Thies; OLG München, Urt. v. 9.3.2017 – 23 U 2601/16, VersR 2017, 1139 (1141); LG München I, Urt. v. 10.12.2018 – 15 HKO 7444/18, ZVertriebsR 2019, 190 Rn 30.

**619** BGH, Urt. v. 5.11.2015 – VII ZR 59/14, ZVertriebsR 2016, 19 = NJW 2016, 242 = DB 2016, 107 = WM 2015, 2315 = BB 2016, 18 m. Anm. Thies; OLG München, Urt. v. 9.3.2017 – 23 U 2601/16, VersR 2017, 1139 (1140); LG Freiburg, Urt. v. 15.2.2019 – 11 O 244/17, ZVertriebsR 2019, 251 Rn 18; LG München I, Urt. v. 10.12.2018 – 15 HKO 7444/18, ZVertriebsR 2019, 190 Rn 29, 32.

**620** BGH, Urt. v. 5.11.2015 – VII ZR 59/14, ZVertriebsR 2016, 19 = NJW 2016, 242 = DB 2016, 107 = WM 2015, 2315 = BB 2016, 18 m. Anm. Thies; OLG Oldenburg, Urt. v. 30.3.2015 – 13 U 71/14, ZVertriebsR 2015, 247 = NJW-RR 2015, 1071 = VersR 2015, 1291; v. 26.11.2013 – 13 U 30/13, NJW-RR 2014, 550 = BeckRS 2014, 01289. Mir scheint die Analogie nicht allzu naheliegend (s. *Emde* EWiR 2016, 173 (174)).

**621** *Emde* EWiR 2016, 173 (174).

**622** *Emde* EWiR 2016, 173 (174).

**623** So im Fall BGH, Urt. v. 5.11.2015 – VII ZR 59/14, ZVertriebsR 2016, 19 = NJW 2016, 242 = DB 2016, 107 = WM 2015, 2315 = BB 2016, 18 m. Anm. Thies, s. *Emde* EWiR 2016, 173 (174).

**624** *Emde* EWiR 2016, 173 (174).

Kündigungsrecht, ausübt.<sup>625</sup> Entscheidend sind immer die Umstände des Einzelfalles.<sup>626</sup> Maßgeblich ist insb. die Höhe der ggf. zurückzuerstattenden Zahlung und der Zeitpunkt, zu dem die Zahlungen zurückzuerstatten sind.<sup>627</sup>

- 122** Nichtigkeitsverdacht lösen namentlich Abreden aus, die die Kündigung nur nach Erfüllung bestimmter Ansprüche gestatten oder sie mit erheblichen finanziellen Nachteilen verknüpfen,<sup>628</sup> etwa indem die freie Entschließung des HV, das Vertragsverhältnis zu kündigen, unbillig (§ 307 BGB), sittenwidrig oder rechtsmissbräuchlich<sup>629</sup> (§§ 242, 138 BGB) unter wirtschaftlichen Druck gesetzt wird. Eine Erweiterung des Schutzbereiches des § 242 BGB speziell zum Schutz des HV soll jedoch nicht erforderlich sein.<sup>630</sup>
- 123** Typische Situationen mit Unwirksamkeitsverdacht sind die nachfolgenden:
- die monatliche Zahlung eines **Bürokostenzuschusses** wird nach der Kündigung eingestellt und es besteht eine lange Kündigungsfrist;<sup>631</sup>
  - es wird die Forderung nach Rückgewähr zuvor langfristig gewährter **Darlehen**,<sup>632</sup> freiwillig geleisteter **Sonderbonifikationen**;<sup>633</sup> einer **Einstandsleistung**,<sup>634</sup> **Abfindung**;<sup>635</sup> **Aufbauleistung**,<sup>636</sup> **Garantieprovision**,<sup>637</sup> **Vertragsanschlussgebühr**,<sup>638</sup> eines **Provisionsfixums**<sup>639</sup> oder nach teilweiser **Rückzahlung einer Provisionspauschale** aufgrund der fristlosen Kündigung des Unternehmers<sup>640</sup> erhoben;
  - eine vom HV gestellte **Kaution** verfällt nach Kündigung;<sup>641</sup>

**625** OGH Wien, 21.1.2011 – 9 Oba 107/10s, 27.4.2011 – 9 Oba 31/11s – AWD zu Boni.

**626** OLG München, Urt. v. 9.3.2017 – 23 U 2601/16, VersR 2017, 1139 (1140).

**627** OLG München, Urt. v. 9.3.2017 – 23 U 2601/16, VersR 2017, 1139 (1140).

**628** BGH, Urt. v. 5.11.2015 – VII ZR 59/14, ZVertriebsR 2016, 19 = NJW 2016, 242 = DB 2016, 107 = WM 2015, 2315 = BB 2016, 18 m. Anm. *Thies* (Bürokostenzuschuss); v. 2.10.1981 – I ZR 201/79, ZIP 1981, 1345; OLG Oldenburg, Urt. v. 24.7.2012 – 13 U 118/11, NJOZ 2012, 2213; OLG Hamburg OLGR 2000, 466; LG Freiburg, Urt. v. 15.2.2019 – 11 O 244/17, ZVertriebsR 2019, 251 Rn 18; LG Heidelberg, Urt. v. 7.5.2010 – 7 O 361/08 „MLP“; LG Osnabrück BeckRS 2010, 20977; *Thume* BB 2012, 975 (976) – Verstoß gegen § 89a; *Flohr* ZVertriebsR 2018, 147 (148) – Franchisevertrag; *Ebenroth/Löwisch*<sup>3</sup> § 89 Rn 48; MünchKommHGB/v. *Hoyningen-Huene* § 89 Rn 48; *Heymann/Sonnenschein/Weitemeyer* § 89 Rn 22; *Hopt* § 89 Rn 16; *Schlegelberger/Schröder* § 89 Rn 9a; offengelassen in KG MDR 1997, 1042.

**629** *Hopt* § 89 Rn 16.

**630** *Ulmer* FS Möhring 75, 311; *Hopt* § 89 Rn 16.

**631** BGH, Urt. v. 5.11.2015 – VII ZR 59/14, ZVertriebsR 2016, 19 = NJW 2016, 242 = DB 2016, 107 = WM 2015, 2315 = BB 2016, 18 m. Anm. *Thies*.

**632** Etwa der vom Mineralölunternehmen den Tankstellen-HV gewährten Darlehen: OLG Karlsruhe, Urt. v. 18.2.2010 – 1 U 113/09, VersR 2011, 526 (528); *Steinhauer* BB 2011, 515 (518). Die Darlehensrückzahlungspflicht kann aber bei einem üblichen Darlehen, das einem Arbeitgeberdarlehen gleicht, einschließlich der vertraglich vereinbarten Darlehensrückzahlungskonditionen bestehen bleiben, es entfällt dann lediglich die sofortige Rückzahlungspflicht bei Vertragsende (OLG Karlsruhe, Urt. v. 18.2.2010 – 1 U 113/09, VersR 2011, 526 (528); LG Karlsruhe VersR 1990, 1008 = BB 1990, 1504).

**633** OLG Naumburg, Beschl. v. 12.2.2010 – 6 U 164/09, S. 5 (dort aber nicht entscheidungserheblich, weil Rückzahlung im Fall des § 89a ausgeschlossen war); LG Münster, Urt. v. 16.9.2010 – 24 O 94/09, BeckRS 2010, 23928; LG Rostock, Urt. v. 25.9.2009 – 8 O 11/09, S. 8, n. v.; **aA** OLG Celle, Urt. v. 29.10.2009 – 11 U 36/09, n. v.

**634** *Ebenroth/Löwisch*<sup>3</sup> § 89a Rn 57.

**635** BGH, Urt. v. 3.7.2000 – II ZR 282/98, ZIP 2000, 1442 m. zust. Anm. *Haase* GmbHR 2000, 877; *Ebenroth/Löwisch*<sup>3</sup> § 89a Rn 57.

**636** LG Freiburg, Urt. v. 15.2.2019 – 11 O 244/17, ZVertriebsR 2019, 251.

**637** OLG München, Urt. v. 9.3.2017 – 23 U 2601/16, VersR 2017, 1139 (1141).

**638** BGH NJW 1982, 181 (im Ergebnis unwirksam).

**639** LG Frankfurt/M. VW 1975, 1551; *Westphal* I Rn 439 (Rückzahlungsklausel, auf deren Grundlage nach 1jähriger Tätigkeit 7598,95 DM zurückgefordert wurde, sei unwirksam. Bei monatlichen Provisionszahlungen von 1900 DM handele es sich um einen Betrag, der nicht zu wesentlichen Rücklagen verwendet werde. Die Kündigung könne den HV in erhebliche wirtschaftliche Schwierigkeiten bringen); vgl. LAG Baden-Württemberg BB 1955, 177.

**640** OLG Düsseldorf DB 1972, 182 (im Ergebnis wirksam).

**641** LAG Baden-Württemberg BB 1955, 177.

- eine **Vertragsstrafe** wird für den Fall der Kündigung verwirkt;<sup>642</sup>
- die **Verzinsung bislang zinslos gewährter Darlehen** wird widerrufen<sup>643</sup> oder **vertragliche Ansprüche entfallen**,<sup>644</sup> etwa **Boni**,<sup>645</sup> **Provisionen**,<sup>646</sup> **Altersversorgungen**<sup>647</sup> oder **Beteiligungsprogramme**,<sup>648</sup> z. B. wenn der FN die in den letzten 12 Monaten vor Beendigung des Franchisevertrages geleisteten Boni an den FG zurückzuerstatten hat;<sup>649</sup>
- die Fälligkeit über lange Jahre gezahlter, überhöhter, aber nicht verdienter und nicht zurückgeforderter **Vorschüsse** wird an die Kündigung geknüpft.<sup>650</sup>

Jeder HV wird es sich zweimal überlegen, ob er kündigt, falls an seine Kündigung nach den Verhältnissen des Einzelfalls erhebliche finanzielle Nachteile geknüpft werden. Die Frage ist außerordentlich umstritten; die Rspr. einzelfallbezogen und billigkeitsrelevante Umstände abwägend. Zu § 89a siehe dort.

Bei **Individualvereinbarungen** muss im Einzelfall geprüft werden, ob eine mittelbare Kündigungsbeschränkung vorliegt,<sup>651</sup> bei **AGB** ist eine generell-abstrakte Betrachtung der Klausel angebracht.

Relevant wird der Streit meist im Falle der **Rückzahlung von Garantieprovisionen und Provisionsvorschüssen**<sup>652</sup> (dazu s. Kommentierung zu § 87). Zu **AGB** vgl. zunächst Kommentierung zu Vor § 84 Stichwort „Provisionsvorschuss“. Fraglich ist, ob die Rückzahlungspflicht eine an § 307 BGB zu messende Abweichung von der Gesetzeslage i. S. d. § 307 Abs. 3 S. 1 BGB darstellt. Denn nach dispositivem Recht sind Vorschüsse zurückzuzahlen (s. Kommentierung zu § 87a). Deshalb könnte man eine **Kontrollunfähigkeit der Klausel** vertreten.<sup>653</sup> Richtigerweise folgt die Kontrollfähigkeit bereits aus dem Verstoß gegen die §§ 89, 89a;<sup>654</sup> die Abweichung würde angesichts der zwingenden Natur dieser Normen gem. § 134 BGB sogar zur Unwirksamkeit einer Individualbestimmung<sup>655</sup> führen (weshalb der Streit irrelevant ist). Zudem ist die

**642** RGZ 75, 238; OLG Oldenburg, Urt. v. 24.7.2012 – 13 U 118/11, NJOZ 2012, 2213 (2214) – dort Verstoß abgelehnt; OLG Karlsruhe, Urt. v. 18.2.2010 – 1 U 113/09, VersR 2011, 526 (Verstoß gegen § 89a); OLG Celle, Urt. v. 29.10.2009 – 11 U 36/09; LG Heidelberg, Urt. v. 3.12.2010 – 11 O 93/09 KfH.

**643** OLG Oldenburg, Urt. v. 24.7.2012 – 13 U 118/11, NJOZ 2012, 2213 (2214); OLG Karlsruhe, Urt. v. 18.2.2010 – 1 U 113/09, VersR 2011, 526 (527); OLG Düsseldorf OLGR 2000, 246; Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89a Rn 57; Heymann/Sonnenschein/Weitemeyer § 89a Rn 31; MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89a Rn 84; Schlegelberger/Schröder § 89a Rn 21.

**644** OLG Karlsruhe, Urt. v. 18.2.2010 – 1 U 113/09, VersR 2011, 526 (527); LG Heidelberg, Urt. v. 3.12.2010 – 11 O 93/09 KfH.

**645** OLG Celle, Urt. v. 29.10.2009 – 11 U 36/09; Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89a Rn 57.

**646** OLG Celle, Urt. v. 29.10.2009 – 11 U 36/09; Schlegelberger/Schröder § 89a Rn 21a.

**647** OLG Köln, Urt. v. 12.4.2013 – 19 U 101/12, BeckRS 2013, 16685.

**648** OLG Köln, Urt. v. 12.4.2013 – 19 U 101/12, BeckRS 2013, 16685; LG Bonn, Teilurt. v. 13.6.2012 – 16 O 4/11, BeckRS 2013, 17651.

**649** OLG Naumburg, Beschl. v. 12.2.2010 – 6 U 149/09; Flohr ZVertriebsR 2018, 147 (153).

**650** OLG München, Urt. v. 9.3.2017 – 23 U 2601/16, VersR 2017, 1139; OLG Oldenburg, Urt. v. 26.11.2013 – 13 U 30/13, NJW-RR 2014, 550 = BeckRS 2014, 01289; v. 24.7.2012 – 13 U 118/11, NJOZ 2012, 2213 (2214); OLG Karlsruhe, Urt. v. 18.2.2010 – 1 U 113/09, VersR 2011, 526 (527) – Vorschuss von 22.750 EUR; OLG Hamburg OLGR 2000, 466 (Negativsaldo von 83.000 DM); LG Osnabrück, Urt. v. 25.7.2014 – 15 O 486/13, ZVertriebsR 2015, 312; LG Karlsruhe BB 1990, 1504; Schipper NJW 2010, 3067 – ausführlicher in NJOZ 2010, 2096.

**651** OLG Celle, Urt. v. 29.10.2009 – 11 U 36/09 (unklar, ob dies auch für AGB gelten soll); LG Heidelberg, Urt. v. 3.12.2010 – 11 O 93/09 KfH.

**652** BAG, Urt. v. 21.1.2015 – 10 AZR 84/14, NJW 2015, 2364 Rn 36 (Unwirksamkeit verneint – arbeitsrechtl. Entscheidung); OLG München, Urt. v. 9.3.2017 – 23 U 2601/16, VersR 2017, 1139 (1140/1141); OLG Düsseldorf, Urt. v. 1.8.2013 – I-16 U 183/12, BeckRS 2014, 06492 (Kündigungsbeschränkung abgelehnt).

**653** BAG, Urt. v. 9.6.2010 – 5 AZR 332/09, NJW 2010, 2455 Rn 41; LAG Hamm, Urt. v. 31.3.2009 – 14 Sa 728/08, S. 11 ff.; LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 24.9.2007 – 12 Sa 876/07; LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 21.12.2006 – 11 Sa 686/06.

**654** I. E. Emde EWiR 2016, 173 (174).

**655** OLG Düsseldorf, Urt. v. 1.8.2013 – I-16 U 183/12, BeckRS 2014, 06492 (dort Kündigungsbeschränkung abgelehnt).

Rücksichtnahmepflicht des Unternehmers Prüfungsmaßstab: Er darf nicht zunächst den Anschein erwecken, dass ein Vorschuss in einer bestimmten Höhe zu erwarten ist und dann diesen Vorschuss rückfordern.

- 127 Letztlich ist alles eine Frage der einzelnen Regelung.<sup>656</sup> Maßgebliche **Kriterien** können sowohl bei konkreter oder abstrakt-genereller Betrachtung sein:
- Die Höhe der Provisionen im Verhältnis zum Verdienst. Ein hoher Rückzahlungsbetrag innerhalb eines kurzen Rückzahlungszeitraumes dürfte eher dazu führen, eine Kündigungsschranke aufzuwerfen.<sup>657</sup> So tritt nach Ansicht des BGH die Unwirksamkeit jedenfalls ein, falls eine mehrjährige Kündigungsfrist einzuhalten war.<sup>658</sup> Grund dessen ist die Verlustkumulation über die Kündigungsfrist von rd. 95.000 EUR. I. E. könnte der BGH bei gesetzlicher Kündigungsfrist mglw. ebenso entscheiden. Denn griffen die o. g. Vorschriften ein, spielte die Schwere des Eingriffs allenfalls bei der Billigkeitsprüfung des § 307 BGB eine Rolle;
  - ob dem HV weitere Tätigkeiten gestattet waren und der gezahlte „Vorschuss“ nicht bereits durch die Tätigkeit des HV verdient war;
  - die Länge des Zeitraumes, über den ein rückzahlbares Fixum geleistet wurde (etwa bei langfristig geleisteten „Monatsgehältern“ in gleichbleibender Höhe<sup>659</sup>) – und damit erneut die Höhe des rückzahlbaren Betrages;<sup>660</sup>
  - ob die Provisionsabrede so beschaffen ist, dass der HV die geforderten Umsätze nicht erwirtschaften konnte;<sup>661</sup>
  - ein Interesse des Unternehmers, dass der HV nicht nach großzügiger Entlohnung in der Aufbauphase ohne hinterlassene Vorteile und Rückzahlungspflicht kündigt. Sonst würden Unternehmer gezwungen, jede Hilfe in der Aufbauphase zu unterlassen.
- 128 Vorübergehende Vorschusszahlungen zur **Anschubfinanzierung**,<sup>662</sup> **Starthilfen**<sup>663</sup> oder die **Rückforderung nicht ins verdienen gebrachter Zahlungen**<sup>664</sup> sind weniger geeignet, kündigungsbeschränkende Wirkung zu zeitigen. Gem. §§ 87 Abs. 4 i. V. m. § 87c Abs. 1 können frühestens zwei Monate nach Tätigkeitsbeginn Provisionen fällig werden. **Vorschusszahlungen**, die den Lebensunterhalt für 2–3 Monate abdecken, werden deshalb i. d. R. als unbedenklich eingestuft, sofern nicht Rechtsmissbrauch oder besondere Unwirksamkeitsgründe (etwa Falschangaben) hinzutreten.<sup>665</sup> Der Schutz des Mittlers wiegt umso höher, je mehr er die Vergütung zur Erfüllung der ihm obliegenden Pflichten benötigt.<sup>666</sup> Sonderzahlungen, die er nicht zur Erfüllung dieser Pflichten benötigt, z. B. für die Aufrechterhaltung des Büros, und die nicht in Anknüpfung an die Tätigkeit gezahlt werden (wie Provisionen), führen zu keinem erhöhten Schutzbedürfnis.<sup>667</sup>

<sup>656</sup> LG Freiburg, Urt. v. 15.2.2019 – 11 O 244/17, ZVertriebsR 2019, 251 Rn 18.

<sup>657</sup> OLG Oldenburg, Urt. v. 26.11.2013 – 13 U 30/13, NJW-RR 2014, 550 = BeckRS 2014, 01289; LG Freiburg, Urt. v. 15.2.2019 – 11 O 244/17, ZVertriebsR 2019, 251 Rn 18; LG Heidelberg, Urt. v. 3.12.2010 – 11 O 93/09 KfH; LG Karlsruhe BB 1990, 1504 (1505).

<sup>658</sup> Zustimmend LG München I, Urt. v. 10.12.2018 – 15 HKO 7444/18, ZVertriebsR 2019, 190 Rn 34.

<sup>659</sup> BGH, Urt. v. 5.11.2015 – VII ZR 59/14, ZVertriebsR 2016, 19 = NJW 2016, 242 = DB 2016, 107 = WM 2015, 2315 = BB 2016, 18 m. Anm. Thies; LG Düsseldorf, Urt. v. 22.12.2010 – 11 O 203/10.

<sup>660</sup> OLG Oldenburg, Urt. v. 26.11.2013 – 13 U 30/13, NJW-RR 2014, 550 = BeckRS 2014, 01289; LG Heidelberg, Urt. v. 3.12.2010 – 11 O 93/09 KfH.

<sup>661</sup> LAG München, Urt. v. 30.9.2008 – 8 Sa 697/07 (ohne Auseinandersetzung mit §§ 89, 89a; Maßstab war in der Entscheidung § 138 BGB).

<sup>662</sup> LG Heidelberg, Urt. v. 3.12.2010 – 11 O 93/09 KfH.

<sup>663</sup> LG München I, Urt. v. 10.12.2018 – 15 HKO 7444/18, ZVertriebsR 2019, 190 Rn 36.

<sup>664</sup> LG München I, Urt. v. 10.12.2018 – 15 HKO 7444/18, ZVertriebsR 2019, 190 Rn 36.

<sup>665</sup> Schipper NJW 2010, 3067 (3068) – ausführlicher in NJOZ 2010, 2096.

<sup>666</sup> LG München I, Urt. v. 10.12.2018 – 15 HKO 7444/18, ZVertriebsR 2019, 190 Rn 41.

<sup>667</sup> LG München I, Urt. v. 10.12.2018 – 15 HKO 7444/18, ZVertriebsR 2019, 190 Rn 41.

**Kündigungsschwerend und unwirksam sollen folgende Regelungen sein:** 129

Das OLG Naumburg sah die **Rückzahlung einer gewährten Sonderbonifikation** als kündigungsschwerend an, sofern sie vom HV im Anschluss an eine von ihm erklärten Kündigung binnen 12 Monaten nach Zahlung zurückzugewähren sei,<sup>668</sup> das OLG Karlsruhe<sup>669</sup> den Anspruch auf Rückzahlung von **Provisionsvorschüssen** von 23.445,80 EUR bei einer Vertragsdauer von ca. 20 Monaten sowie Provisionseinnahmen von 695,80 EUR. Bei Rückzahlung von **Garantiezahlungen** in Höhe von monatlich 3.000 EUR, die über 36 Monate geleistet werden, so dass die Rückzahlung bereits nach 12 Monaten einen Betrag von 36.000 EUR erreicht, liegt eine Unwirksamkeit des Vertragsklausel gem. § 134 BGB vor.<sup>670</sup> Gleiches gilt für einen **Provisionsvorschuss**,<sup>671</sup> falls dessen Rückzahlung, soweit ein Unterverdienst vorlag, stets zum Ablauf der Garantiezeit zu erfolgen hatte. Die Garantiezeit endete sofern der Vertrag vor Ablauf der Garantiezeit endete. Mithin führte eine (außerordentliche) Kündigung des HV während der Garantiezeit zur Verpflichtung, einen etwaigen Unterverdienst auszugleichen. Der Provisionsvorschuss betrug 2.500 EUR monatlich und summierte sich über die Laufzeit der ersten Garantie vom 1.4. bis 31.12. auf 22.500 EUR. Erschwerend kam hinzu, dass dem HV zusätzlich für die ersten 24 Monate eine Einarbeitungspauschale von 1.500 EUR monatlich gezahlt wurde. Diese konnte in den ersten 30 Monaten nach einer Kündigung ebenfalls zurückgefordert werden. Dies galt auch, falls eine Rückzahlung in voller Höhe nicht zu befürchten war, weil Provisionsgutschriften für vermitteltes Geschäft gegengerechnet wurden.<sup>672</sup> Wird ein Betrag von 95.000 EUR als **Investition in den Aufbau des Geschäfts** mit der betrieblichen Altersversorgung geleistet und soll er im Falle der Kündigung sofort vollständig zurückgezahlt werden, kann auch darin eine unzulässige Kündigungsbeschränkung liegen.<sup>673</sup> Da der Betrag nicht als monatlicher Provisionsvorschuss sondern als Einmalbetrag gewährt wurde, sei davon auszugehen, dass er zeitnah in dieser Höhe benötigt wurde.<sup>674</sup> Bei regulären Verlauf sollte die Rückzahlung in vierteljährlichen Raten erfolgen, die betragsmäßig ansteigen. Bei einem üblichen Darlehen hätte die Bezahlung auch nach Kündigung erfolgen können.<sup>675</sup>

**Nicht kündigungsschwerend und wirksam sollen folgende Regelungen sein.** 131

Im Falle einer Pflicht zur Rückzahlung von Vorschüssen in Höhe von 30.000 EUR wurde eine Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB verneint,<sup>676</sup> bei Rückzahlung eines Vorschusses von 2.000 EUR die kündigungsschwerende Wirkung.<sup>677</sup> Wirksam soll folgende Klausel sein: „Der Vertriebspartner erhält ... anstelle der laufenden ... Provisionen und Provisionsvorschüsse ein der Höhe nach auf seine Einschätzung des zu erwartenden Umsatzerfolges basierendes Fixum in Höhe von monatlich 6.000 EUR ... Über die tatsächlichen Provisionen wird der Unternehmer ... abrechnen und bei Beendigung dieser Vereinbarung eine Schlussabrechnung ... vornehmen“. Die Klausel sehe vor, dass das Fixum nicht zusätzlich zu den von dem HV verdienten Provisionen erbracht wurden, sondern an deren Stelle. Die Zahlungen sollten nach insg. 36 Vertragsmonaten mit den verdienten Provisionen verrechnet werden. Es bestehe für den HV also keine Möglichkeit, der Verrechnung und einer sich daraus ergebenden Rückzahlungspflicht zu entgehen, auch nicht bei Fortbestand des Vertragsverhältnisses. Mithin liege keine besondere Kündigungsschwe-

**668** OLG Naumburg, Beschl. v. 12.2.2010 – 6 U 164/09, zust. Evers VW 2010, 444; aA OLG Celle, Urt. v. 29.10.2009 – 11 U 36/09, n. v.

**669** OLG Karlsruhe, Urt. v. 18.2.2010 – 1 U 113/09, VersR 2011, 526.

**670** OLG Oldenburg, Urt. v. 26.11.2013 – 13 U 30/13, NJW-RR 2014, 550 = BeckRS 2014, 01289.

**671** OLG München, Urt. v. 9.3.2017 – 23 U 2601/16, VersR 2017, 1139 (1140/1141).

**672** OLG München, Urt. v. 9.3.2017 – 23 U 2601/16, VersR 2017, 1139 (1140/1141).

**673** LG Freiburg, Urt. v. 15.2.2019 – 11 O 244/17, ZVertriebsR 2019, 251 Rn 20.

**674** LG Freiburg, Urt. v. 15.2.2019 – 11 O 244/17, ZVertriebsR 2019, 251 Rn 20.

**675** LG Freiburg, Urt. v. 15.2.2019 – 11 O 244/17, ZVertriebsR 2019, 251 Rn 20.

**676** LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 24.9.2007 – 12 Sa 876/07; LAG München, Urt. v. 30.9.2008 – 6 Sa 697/07.

**677** LG Osnabrück, Urt. v. 7.10.2011 – 13 O 127/11, BeckRS 2013, 18199.

nung vor.<sup>678</sup> Wirksam soll auch die Klausel sein: „*Sofern der Gesellschaft ein vom Agenten zu vertretender Grund für eine fristlose Kündigung des Agenturvertrages nach § 89a Abs. 2 zusteht, ist der Agent zur Rückzahlung der erhaltenen Aufbauhilfen für den Zeitraum der letzten 12 Monate verpflichtet*“.<sup>679</sup> Die Rückforderung sei nicht zu beanstanden, weil sie nur für den Fall erfolgen soll, in dem ein vom HV zu vertretender wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung i. S. d. § 89a Abs. 2 vorliegt.<sup>680</sup> Eine in 4 Raten zu erbringende einmalige Vorschusszahlung zur Überbrückung finanzieller Schwierigkeiten in Höhe von insg. 2.000 EUR als **Starthilfe**, die mit laufenden Provisionseinnahmen zu verrechnen und im Falle der Kündigung zurückzuzahlen ist, soll zu keiner unzulässigen und damit unwirksamen Kündigungserschwerung führen.<sup>681</sup> Sieht ein HV-Vertrag vor, dass eine monatliche Bestandspflegeprovisionspauschale und ein monatlicher Zuschuss „Aufbaufinanzierung Bestand“ mit der Kündigungserklärung in Wegfall geraten, liegt bei einer Kündigungsfrist von 3 Monaten und einer Rückzahlung von insg. 3.660,00 EUR keine unwirksame Beschränkung der Entschließungsfreiheit des HV vor.<sup>682</sup> Es handelt sich um einen einseitigen Zuschuss des Unternehmers für die Aufbauphase, dessen Grundlage mit der Kündigung entfällt.<sup>683</sup> Das gilt auch, wenn die Zuschusszahlungen 29–44 % der Vergütung einnehmen.<sup>684</sup> Das LG Heidelberg<sup>685</sup> hat eine kündigungserschwerende Wirkung verneint, wenn die Provisionsvorschüsse nur auf Wunsch des HV ausgezahlt wurden, und zwar maximal für die ersten 30 Monate der Tätigkeit und in diesem Zeitraum im 1. Jahr monatlich 2.000 EUR, in den nächsten sechs Monaten je 1.500 EUR, bis zum Schluss des 2. Jahres je 1.000 EUR und im letzten halben Jahr nur noch 500 EUR monatlich, wobei die Inanspruchnahme des HV auf 50 % dieses Vorschusses begrenzt war. Ebenso wurde bei Begrenzung der Vorschüsse auf 30.000 EUR und Rückzahlungspflicht auf 50 % davon entschieden.<sup>686</sup>

## II. Absatz 2: Verlängerung und Verkürzung der Kündigungsfristen – zwingende Natur des § 89

133 § 89 ist nur insoweit zwingend, als dies in Abs. 2 bestimmt wird. **Kürzere** als die von § 89 vorgesehenen Kündigungsfristen dürfen nicht vereinbart werden,<sup>687</sup> und zwar weder zu Gunsten oder

**678** OLG Oldenburg, Urt. v. 30.3.2015 – 13 U 71/14, ZVertriebsR 2015, 247 = NJW-RR 2015, 1071 = VersR 2015, 1291 Rn 4, 18 ff. Außerdem beruhte die vereinbarte Höhe der Vorschüsse auf den vom HV selbst mitgeteilten Umsatzerwartungen. **AA** LG Osnabrück, Urt. v. 25.7.2014 – 15 O 486/13, ZVertriebsR 2015, 312.

**679** OLG Thüringen, Urt. v. 17.4.2019 – 2 U 437/18 – bestätigt durch Nichtannahmebeschl. des BGH v. 20.11.2019 – VII ZR 112/19; LG Mühlhausen, Urt. v. 8.6.2018 – 6 O 751/13; LG Hannover, Hinweisbeschl. v. 14.8.2015 – 1 O 137/15; LG Kiel, Urt. v. 17.10.2014 – 14 O 6/14; LG Aachen, Urt. v. 18.11.2005 – 9 O 216/05; LG Mönchengladbach, Urt. v. 10.11.2004 – 3 O 171/04. *Evers* VW 2020, Heft 3/2020, 68 bespricht die Entscheidung des OLG Thüringen ablehnend. Ihn stört an der Klausel, dass sie eine Rückzahlungspflicht auch vorsieht, wenn der Unternehmer den Vertriebsvertrag nicht außerordentlich kündigt und deshalb § 89b Abs. 3 Nr. 2, falls es um einen Ausgleichsanspruch gehen würde, unanwendbar wäre. Allerdings kann in diesem Fall unter Billigkeitsgesichtspunkten der Ausgleich ebenfalls auf null reduziert sein, so dass die Klausel auch insoweit, mit bestenfalls geringen Abweichungen, dem gesetzlichen Leitbild entspricht. Im Übrigen ist nicht erkennbar, warum ein HV, der schuldhaft einen wichtigen Grund zur Kündigung setzt, besonders schützenswert sein soll.

**680** OLG Thüringen, Urt. v. 17.4.2019 – 2 U 437/18.

**681** OLG Oldenburg, Urt. v. 24.7.2012 – 13 U 118/11, NJOZ 2012, 2213 (2215); LG München I, Urt. v. 10.12.2018 – 15 HKO 7444/18, ZVertriebsR 2019, 190 Rn 36.

**682** LG München I, Urt. v. 10.12.2018 – 15 HKO 7444/18, ZVertriebsR 2019, 190 Rn 37.

**683** LG München I, Urt. v. 10.12.2018 – 15 HKO 7444/18, ZVertriebsR 2019, 190 Rn 38.

**684** LG München I, Urt. v. 10.12.2018 – 15 HKO 7444/18, ZVertriebsR 2019, 190 Rn 41.

**685** Urt. v. 7.5.2010 – 7 O 361/08.

**686** OLG Düsseldorf, Hinweisbeschl. v. 19.10.2005 – I-16 U 545/05 „MLP“.

**687** BGH NJW 1982, 181; Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 96; *Vogels* in: Giesler, Praxishandbuch Vertriebsrecht, 2. Aufl. 2011, § 2 Rn 371; Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 48; Röhricht/Graf v. Westphalen/Thume/Haas, 4. Aufl. § 89 Rn 11; *Hopt* § 89 Rn 28; MünchKommHGB/von Hoyningen-Huene § 89 Rn 60.

noch zu Lasten einer Partei. Die insoweit **zwingende Natur des § 89** ergibt sich lediglich mittels eines Umkehrschlusses aus Abs. 2 S. 1, der nur die Vereinbarung längerer Kündigungsfristen zulässt.<sup>688</sup> Abs. 2 entgegenstehende Abreden sind gem. § 134 BGB unwirksam.<sup>689</sup> Gleiches gilt für **Umgehungskonstruktionen**, wie z. B. eine Vereinbarung über die Vorverlegung des Vertragsendes, des Entfallens der beiderseitigen Rechte und Pflichten – etwa Wegfall der Vergütungspflicht mit der Kündigungserklärung oder „freiwillig“ gewährter Leistungen – bzw. die entschädigungslose Freistellung mit dem Datum der Kündigungserklärung.<sup>690</sup> Ein **Aufhebungsvertrag** verkürzt keine nur bei Existenz einer Kündigungserklärung relevanten Kündigungsfristen. Er ist daher zulässig (s. o.). Abweichungen von der zwingenden Natur sind nur gem. § 242 BGB möglich. So entschied ein ICC-Schiedsgericht,<sup>691</sup> auf die zwingende Kündigungsfrist des § 89 könne sich eine Partei nicht berufen, sofern sie in Kenntnis der möglichen Unwirksamkeit der Verkürzung eine Vereinbarung unterzeichnet, die die Kündigungsfrist auf einen Monat reduziert (§ 242 BGB).

Die **völlige oder temporäre Derogation des ordentlichen Kündigungsrechts** wird durch **134** § 89 jedoch nicht ausgeschlossen,<sup>692</sup> z. B. falls zumindest einzelvertraglich das Kündigungsrecht auf den Fall des Vorliegens eines wichtigen Grundes beschränkt wird.<sup>693</sup> Denn die in § 89 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 geregelte zwingende Natur greift nur ein, sofern überhaupt Kündigungsfristen gelten. Ist die ordentliche Kündigung gänzlich ausgeschlossen, gibt es kein Fristenproblem. Schutz bilden dann nur die allgemeinen zivilrechtlichen Rechtsbehelfe, etwa §§ 138, 242, BGB.<sup>694</sup> Sittenwidrigkeit kann insb. vorliegen, wenn der HV durch den Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts besonders belastet wird. So hat der BGH in seinem Urt. v. 31.3.1982<sup>695</sup> entschieden, der völlige Ausschluss eines ordentlichen Kündigungsrechts in einem HV-Vertrag sei sittenwidrig. Sittenwidrigkeit wird deshalb am Ehesten anzunehmen sein, sofern der Unternehmer die langfristige Bindung wollte und es dafür kein anerkanntes Interesse gibt.

Zudem dürfen die Parteien **längere Kündigungsfristen** als die von Abs. 1 S. 1 und 2 gesetzlich vorgesehenen vereinbaren.<sup>696</sup> Es besteht ein anerkanntes Interesse des meist vertragsformulierenden Unternehmers an längeren Kündigungsfristen, um die Fluktuation seiner HV gering zu halten.<sup>697</sup> Das gilt selbst dann, wenn der HV die Verlängerungserklärung unter wirtschaftlichem Druck abgibt, solange dabei die Grenzen des § 138 BGB nicht überschritten werden.<sup>698</sup> Generell können beide Vertragspartner ein schützenswertes Interesse an langen Vertragslaufzeiten und ausreichenden Kündigungsfristen haben, um die Amortisation von getätigten Investitionen und ein Mindestmaß an Planungssicherheit zu gewährleisten.<sup>699</sup> Zur zulässigen Länge von Vertriebsverträgen Rn 143.

**688** Flohr/Wauschkuhn/*Wauschkuhn* Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 5.

**689** LG Freiburg, Urt. v. 15.2.2019 – 11 O 244/17, ZVertriebsR 2019, 251 Rn 18.

**690** Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 48.

**691** Urt. v. 18.1.2016 – ICC case no. 20508/GFG/FS.

**692** BGH, Urt. v. 26.4.1995 – VIII ZR 124/94, ZIP 1995, 910; v. 16.7.2008 – VIII ZR 151/05, NJW 2008, 3436 (3437); OLG Saarbrücken, Urt. v. 7.5.2015 – 4 U 47/13, IHR 2017, 28 (34) = NJOZ 2015, 1445 = BB 2015, 3028 m. Anm. *Ajad* zu einem individualvertraglich geschlossenen Kommissionsagentenvertrag; Ebenroth/Löwisch 3. Aufl., § 89 Rn 46; MünchKommHGB/v. *Hoyningen-Huene* § 89 Rn 59; Schlegelberger/*Schröder* § 89 Rn 9.

**693** OLG Saarbrücken, Urt. v. 7.5.2015 – 4 U 47/13, IHR 2017, 28 (34) = NJOZ 2015, 1445 = BB 2015, 3028 m. Anm. *Ajad* – Kommissionsagentenvertrag.

**694** BGH, Urt. v. 16.7.2008 – VIII ZR 151/05, NJW 2008, 3436 (3437) Rn 16.

**695** I ZR 56/80, NJW 1982, 1692.

**696** OLG München, Urt. v. 23.1.2014 – 23 U 1955/13, BeckRS 2014, 17257; OLG Oldenburg, Urt. v. 24.7.2012 – 13 U 118/11, NJOZ 2012, 2213; Flohr/Wauschkuhn/*Wauschkuhn* Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 64; Oetker/*Busche*<sup>6</sup> § 89 Rn 24; MünchKommHGB/v. *Hoyningen-Huene* § 89 Rn 60.

**697** OLG Oldenburg, Urt. v. 24.7.2012 – 13 U 13/12, ZVertriebsR 2013, 90 (92); OLG Brandenburg, Urt. v. 14.7.1998 – 6 U 20/97; KG MDR 1997, 1041.

**698** OLG Oldenburg, Urt. v. 24.7.2012 – 13 U 118/11, NJOZ 2012, 2213.

**699** OLG Frankfurt/M., Urt. v. 8.10.2014 – 4 U 41/14, ZVertriebsR 2015, 161 zu Franchiseverträgen.

136 Längere als in § 89 vorgesehene Kündigungsfristen dürfen auch mittels AGB vereinbart werden.<sup>700</sup> Eine bei Einrücken in eine höhere Hierarchiestufe verlängerte Kündigungsfrist von 12 Monaten zum Ende eines Quartals benachteiligt den HV nicht unangemessen i. S. d. § 307 BGB, zumal der Unternehmer in Hinblick auf Ausbildungsbeihilfen und andere Investitionen Interesse an einer längerfristigen Bindung seiner Mittler haben mag.<sup>701</sup> Evers<sup>702</sup> kritisiert dies: Der VV sei darauf angewiesen, innerhalb des Vertriebssystems aufzusteigen und in seiner Entscheidung über den Aufstieg und damit das Einrücken in eine längere Kündigungsfrist unfrei.

### III. § 89 Abs. 2 S. 1: Keine kürzere Kündigungsfrist für den Unternehmer als für den HV

137 Eine Grenze möglicher Regelungen zur Kündigungsfrist setzt zudem der durch Art. 15 Abs. 4 RL europarechtlich abgesicherte und auch im Vertragshändlerrecht geltende<sup>703</sup> Abs. 2 S. 1: die für eine Kündigung durch den Unternehmer geltende Frist darf nicht kürzer – aber länger<sup>704</sup> – sein als die für eine Kündigung durch den HV Vereinbarte<sup>705</sup> („Fristenparität“). Bei einem Verstoß gegen den Gleichheitssatz des Abs. 2 S. 1 Hs. 2 gilt einheitlich die für den HV vereinbarte längere Frist.<sup>706</sup> Das kann etwa bei den infolge der Selbstverpflichtungskataloge der Hersteller (Vor § 84 Rn 388) vereinbarten Strukturkündigungs-klauseln der Kfz-Händlerverträge problematisch sein. Sie verkürzen die Kündigungsfrist nur zugunsten der Hersteller, was nicht nur § 307 BGB<sup>707</sup> sondern auch § 89 Abs. 2 S. 1 widerspricht.<sup>708</sup> Große Händlerketten können ebenfalls Interesse an einer durch sie erklärten Strukturkündigung haben.<sup>709</sup> Die vom BGH<sup>710</sup> aus der GVO hergeleitete „kartellrechtsfreundliche“ Auslegung, die über Abs. 2 S. 1 hinwegging, dürfte nach Wegfall der Regelungen zur Strukturkündigung in der GVO nicht mehr tragen. Möglicherweise umgeht ein einseitiges **Optionsrecht** des Unternehmers auf Verlängerung des Vertrages die Rechtsfolge des § 89 Abs. 2 S. 2.<sup>711</sup> Diese Rechtsfolge wird von den ArbG auch in § 622 Abs. 6 BGB hineingelesen.<sup>712</sup>

700 OLG München, Urt. v. 29.7.2010 – 23 U 5643/09, BB 2010, 2987 m. Anm. von Bodungen/Schnell sowie m. krit. Anm. Evers VW 2010, 313.

701 OLG München, Urt. v. 29.7.2010 – 23 U 5643/09, BB 2010, 2987 m. Anm. v. Bodungen/Schnell.

702 VW 2010, 313.

703 Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 131.

704 Hopt § 89 Rn 29; Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 97.

705 BGH, Urt. v. 5.11.2015 – VII ZR 59/14, ZVertriebsR 2016, 19 = NJW 2016, 242 = DB 2016, 107 = WM 2015, 2315 = BB 2016, 18 m. Anm. Thies; Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 48; MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89 Rn 60.

706 BGHZ 40, 235 (239); Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 50; Hopt § 89 Rn 29; Thume in: Röhrich/Graf v. Westphalen/Haas<sup>4</sup> § 89 Rn 14; MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89 Rn 60.

707 Ensthaler/Gesmann-Nuissl BB 2009, 618 (620); vgl. etwa OLG Celle, Beschl. v. 9.6.2005 – 11 U 110/05, OLGR 2005, 650; aA OLG Köln, Urt. v. 18.12.2008 – 19 U 33/08; OLG Saarbrücken, Urt. v. 15.9.2004 – 1 U 632/03-161, BeckRS 2005, 01443 (aber ohne Erörterung des § 89 Abs. 2 S. 1).

708 Emde BB 2009, 2330; ders. EWiR 2008, 498; Ensthaler/Gesmann-Nuissl BB 2009, 618 (620); aA BGH, Urt. v. 24.6.2009 – VIII ZR 150/08, BB 2009, 1817 m. krit. Bespr. Emde BB 2009, 2330; OLG Frankfurt/M., Urt. v. 13.5.2008 – 11 U 39/07; EWiR 2008, 497 (Emde); OLG Köln, Urt. v. 18.12.2008 – 19 U 33/08. Danach bildete die frühere Kfz-GVO 1400/02 eine Spezialregelung. Aber bei ihr handelte es sich nur um eine VO der EU-Kommission, welche nach BGH v. 28.6.2005 – KZR 26/04, WRP 2006, 109 = EWiR 2006, 273 (Emde) zwischen den Parteien keine Rechte und Pflichten erzeugt. Das OLG Saarbrücken, Urt. v. 15.9.2004 – 1 U 632/03-161, BeckRS 2005 01443, verneint einen Verstoß der Strukturkündigungs-klausel gegen § 307 BGB: Der Hersteller habe ein Interesse an einer schnellen Kündigungsmöglichkeit, sofern er umstrukturieren wolle. Das fehlende Recht des Händlers zur Anschlusskündigung führe nicht zur Unwirksamkeit. Mit § 89 setzt sich das OLG jedoch nicht auseinander.

709 Eingehend Emde BB 2009, 2330 ff.

710 BGH, Urt. v. 24.6.2009 – VIII ZR 150/08, BB 2009, 1817 m. krit. Bespr. Emde BB 2009, 2330.

711 Siehe ArbG Ulm, Urt. v. 14.11.2008 – 3 Ca 244/08, NZA-RR 2009, 298 (299).

712 Siehe ArbG Ulm, Urt. v. 14.11.2008 – 3 Ca 244/08, NZA-RR 2009, 298 (299).

#### IV. Vereinbarungen zum Kündigungsendtermin

Auch der **Kündigungsendtermin** (Vertragsende) darf abweichend von Abs. 1 S. 3 bestimmt werden, ebenso der – allerdings nur vorzuerlegende<sup>713</sup> – Zugang der Kündigung bestimmt werden.<sup>714</sup> Beispiel: Kündigungstermin zum Jahresende, zum Quartalsende,<sup>715</sup> Kündigungsfrist in AGB von 30 Monaten zum 30.6. des betreffenden Jahres (Frist von mind. 2 1/2 Jahren)<sup>716</sup> etc. Die Vereinbarung über eine Kündigungsfrist beinhaltet nicht ohne weiteres auch eine solche über einen Kündigungsendtermin, so dass der Kündigungsendtermin des Abs. 1 S. 3 im Zweifel gelten soll.<sup>717</sup> Im Zweifel bleibt es bei der Vereinbarung des Kündigungsendtermins zum Schluss eines Kalendermonats.<sup>718</sup> Da die Kündigungsfrist für den Unternehmer nicht kürzer sein darf als für den HV (Abs. 2 S. 1 Hs 2) ist auch die Vereinbarung eines allein zugunsten des Unternehmers wirkenden früheren Endtermins<sup>719</sup> oder späteren Zugangszeitpunkts<sup>720</sup> als für den HV nicht zulässig.

#### V. § 92b

Nach § 92b Abs. 1 S. 2 darf, divergierend von den Regelkündigungsfristen des § 89, gegenüber einem HV im Nebenberuf eine Kündigungsfrist von einem Monat für den Schluss eines Kalendermonats vereinbart werden. Wird eine hiervon abweichende Kündigungsfrist geregelt, muss sie für beide Teile gleich lang sein. Eine für beide Parteien geltende Verlängerung der Kündigungsfrist auf 12 Monate, die in AGB gegenüber einem HV im Nebenberuf verwendet wird, ist unzulässig.<sup>721</sup> Sie widerspricht dem Grundgedanken des Gesetzes, weil sie die von ihm erlaubte Kündigungsfrist um 23 Monate überschreitet.

#### VI. § 92c

Im Anwendungsbereich des § 92c darf grundsätzlich auch von den zwingenden Regeln des § 89 abgewichen werden. Allerdings muss bereits gem. § 242 BGB sowie unter dem Gesichtspunkt der wechselseitigen Treupflichten eine angemessene Auslaufzeit gewahrt werden, in AGB bereits wegen des Leitbildes des § 89 (s. Kommentierung zu § 92c). Ob die Derogation überhaupt mittels AGB erfolgen darf, ist eine weitere Frage. Mit der h. M. zur Frage des Ausgleichsausschlusses<sup>722</sup> wird man die Vereinbarung durch AGB für zulässig halten müssen (s. Kommentierung zu § 92c).

<sup>713</sup> Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 48.

<sup>714</sup> BGH, Urt. v. 12.12.1974 – VII ZR 229/73, LM Nr. 6; Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 48; MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89 Rn 61.

<sup>715</sup> Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 98.

<sup>716</sup> BGH, Urt. v. 5.11.2015 – VII ZR 59/14, ZVertriebsR 2016, 19 = NJW 2016, 242 = DB 2016, 107 = WM 2015, 2315 = BB 2016, 18 m. Anm. Thies.

<sup>717</sup> LG Bielefeld v. 23.6.1955, HVR Nr. 89; Hopt § 89 Rn 27; Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 99; MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89 Rn 61; Thume in Röhricht/Graf v. Westphalen/Haas<sup>3</sup> § 89 Rn 15.

<sup>718</sup> Hopt § 89 Rn 27.

<sup>719</sup> Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 100 (hergeleitet aus § 622 Abs. 6 BGB); Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 48; Hopt § 89 Rn 27; MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89 Rn 61, der § 622 Abs. 6 BGB für entsprechend anwendbar hält.

<sup>720</sup> Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 48.

<sup>721</sup> OLG Celle, Beschl. v. 9.6.2005 – 11 U 110/05, OLGR 2005, 650.

<sup>722</sup> OLG München RIW 2002, 319 (320).

## VII. Rechtsfolgen unzulässiger Vereinbarungen

- 141 Eine aufgrund des Verstoßes gegen das Derogationsverbot unzulässige und gem. § 134 BGB unwirksame Absprache führt wegen des Schutzzweckes des § 89 entgegen § 139 BGB **nicht zur Gesamtwirksamkeit** des Vertrags.<sup>723</sup> Es gilt wegen der Unwirksamkeit der zwingenden Recht widersprechenden Abrede sowohl bei Individualverträgen<sup>724</sup> wie in AGB die von § 89 vorgesehene Mindestfrist. Bei AGB ergibt sich das gleiche Ergebnis aus § 306 BGB. Falls abweichende Regelungen gestattet sind, dürfen sie mittels AGB getroffen werden.<sup>725</sup> Fraglich ist, wie zu entscheiden ist, wenn der Vertrag eine Regelung trifft, derzufolge er mit einer Frist von beispielsweise zwei oder drei Monaten zum Ende des Kalenderjahres gekündigt werden kann. Die Zwei- oder Drei-Monats-Frist entspricht jedenfalls nach drei- bis fünfjähriger Vertragslaufzeit nicht mehr den Mindestkündigungsfristen des § 89. Es bestehen zwei Möglichkeiten<sup>726</sup>: Einmal die vollständige Ersetzung der unwirksamen Regelung durch § 89. Die vertragliche Regelung entfällt aufgrund ihrer Unwirksamkeit gänzlich, es gilt § 89. Dies verkürzt die Kündigungsfristen zu Lasten des HV in den ersten Monaten eines Jahres. Oder man sieht die vereinbarte Zwei- bis Drei-Monats-Frist als Mindestkündigungsfrist und ergänzt sie dahingehend, dass nach drei- bis fünfjähriger Vertragslaufzeit (nur) die in der Vertragsbestimmung genannten Kündigungsfristen zum Jahresende durch die Fristen des § 89 ersetzt werden, d. h. der Vertrag nach drei- bis fünfjähriger Laufzeit nur mit einer Frist von drei bzw. sechs Monaten **zum Jahresende** gekündigt werden darf. Letzteres dürfte zutreffend sein.

## G. Keine „stille“ Kündigung ohne Kündigungserklärung

- 142 Theoretisch könnte der Unternehmer die Fristen des § 89 umgehen, indem er die Vermittlungsbemühungen des HV nicht entgegennimmt. Er könnte sich etwa entschließen, sämtliche ihm angetragene Aufträge oder Bestellungen des Mittlers abzulehnen. Der BGH hat es obiter scheinbar sogar für zulässig gehalten, dass der Unternehmer – etwa weil er zukünftig nur noch Großhändler und keine Endkunden mehr beliefern will – alle Vertragsabschlüsse, die der HV vermittelt oder vermitteln könnte, ablehnen darf.<sup>727</sup> Wenn er damit ausdrücken wollte, dass auch ohne eine Kündigungserklärung und vor Ablauf der Kündigungsfrist eine kündigungs-gleiche Wirkung durch Umstellung des Vertriebssystems hergestellt werden dürfe, wäre dies abzulehnen.<sup>728</sup> Wie weit das Ablehnungsrecht des Unternehmers geht und welche Grenzen es einzuhalten hat, ergibt sich aus dem Dispositionsrecht des Unternehmers (s. Kommentierung zu § 86a). Die Kündigungsfristen des § 89 sind nicht parteidispositiv und ihre zwingende Natur darf nicht durch eine faktische Vertragsbeendigung mittels Ablehnung aller Bestellungen umgangen werden – mglw. verbunden mit einem zeitgleichen Eigenvertrieb durch den Unternehmer. Bis zum Ablauf der Kündigungsfrist ist der Vertrag vertragsgemäß fortzusetzen. Dem Unternehmer mag nach den zum Dispositionsrecht dargelegten Grundsätzen das Recht auf Ablehnung einzelner Aufträge gegeben sein, soweit es hierfür sachliche

723 BGHZ 40, 235 (239); OLG Nürnberg NJW-RR 1986, 782; Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 96; Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 50; Hopt § 89 Rn 28; Schlegelberger/Schröder § 89 Rn 14, 15.

724 Oetker/Busche<sup>6</sup> § 89 Rn 24; Semler in: Martinek/Semler/Habermeier/Flohr, Handbuch des Vertriebsrechts<sup>3</sup> § 19 Rn 9; MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89 Rn 60.

725 Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 48.

726 Röhricht/Graf v. Westphalen/Thume/Haas, 4. Aufl. § 89 Rn 12a hält beide Varianten für denkbar.

727 BGH, Urt. v. 1.10.2008 – VIII ZR 13/05, BB 2008, 2594 m. Anm. Hilgard = MDR 2008, 1404 = EWiR 2008, 721 (Emde) Rn 26.

728 Emde EWiR 2008, 721; Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 116; Hopt § 89 Rn 25; Münch-KommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89 Rn 71.

Gründe gibt<sup>729</sup> (die h. M. stellt auf Willkür ab). Eine auffallende Häufung solcher Ablehnungen ohne Grund spricht für das Fehlen sachlicher Gründe bzw. die Existenz von Willkür und berechtigt den Mittler zum Schadensersatz. Die Höhe des Schadensersatzes wird aus den Einnahmen des HV berechnet, die durchschnittlich während eines repräsentativen Zeitraumes ungestörter Vertragsdurchführung erzielt wurden.

## H. Zulässige Länge von Vertriebsverträgen

Abgesehen von der Frage, ob § 624 BGB in diesen Fällen ggf. ein außerordentliches Kündigungsrecht gewährt, ist generell fraglich, über welche fest vereinbarte Dauer Vertriebsverträge geschlossen werden dürfen. Sowohl Unternehmer wie Mittler können aus den verschiedensten Gründen Interesse an einer langen Vertragskontinuität oder an einer Begrenzung der Vertragsdauer haben. Einerseits mögen Mittler wünschen, die Amortisation ihrer Investitionen durch eine Festlaufzeit zu sichern;<sup>730</sup> Unternehmer wollen durch das gleiche Mittel unbesetzte Vertriebsgebiete verhindern. Andererseits können lange Vertragslaufzeiten im Hinblick auf die persönliche Absatzförderungs- und Betriebsführungspflicht (letztere insb. bei FN) auch wegen § 624 BGB bedenklich sein. Wenn sich der Betrieb im Laufe der Zeit als unrentabel erweist, kann es für den Vermittler existenzbedrohend sein, über längere Zeiträume an dem Vertragsverhältnis festgehalten zu werden.<sup>731</sup> Diesen Interessenwiderstreit gilt es zu lösen.

Im Grundsatz besteht hier **Vertragsautonomie**. Gerade Eigenhändlerverträge werden oft langfristig geschlossen, auch zum Schutz der Investitionen des Mittlers. Bei Franchiseverträgen sind Laufzeiten von 3–20 Jahren üblich,<sup>732</sup> es gibt Franchiseverträge mit 99jähriger Laufzeit.<sup>733</sup> Häufig werden im Franchisebereich 5jahresverträge vereinbart.<sup>734</sup> Bei AGB wird die Laufzeit von Vertriebsverträgen auch anhand des § 307 Abs. 1 BGB geprüft. Das **Klauselverbot des § 309 Nr. 9 BGB**, demzufolge bei regelmäßiger Lieferung von Waren oder Erbringung von Dienst- und Werkleistungen durch den Verwender eine länger als 2 Jahre bindende Laufzeit unzulässig ist, findet auf Vertriebs- und insbesondere Franchiseverträge keine Anwendung.<sup>735</sup> Art. 5 Abs. 1 lit. a GVO 330/10, nach dem Wettbewerbsverbote grds. für einen Zeitraum von 5 Jahren zulässig sind sowie § 624 BGB sprechen für die Zulässigkeit mindestens 5jähriger Bindungen.<sup>736</sup> Ein ohne jede Kündigungsmöglichkeit des HV geschlossener Vertrag wäre **sittenwidrig**<sup>737</sup> (anders aber wohl, wenn nur der nicht dienstverpflichtete Unternehmer an der Kündigung gehindert wird<sup>738</sup> oder der HV die langfristige Bindung wünschte), ebenso falls **Optionsrechte** dem Unternehmer eine einseitige Verlängerung auf unbegrenzte Zeit ermöglichen.<sup>739</sup> Behält sich der Verwender in AGB das Recht vor, die Erstlaufzeit des Vertrages durch Ausübung eines Optionsrechts um einen bestimmten, im Verhältnis zur Erstlaufzeit nicht unbeträchtlichen Zeitraum zu verlängern, so ist für die Inhaltskontrolle der Optionsklausel auch dann auf die sich bei Ausübung der Option ergebende Gesamtlaufzeit des Vertrages abzustellen, wenn die Erstlaufzeit individuell verein-

**729** Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 116.

**730** Billing/Röschenkemper ZVertriebsR 2015, 139 (142); Metzloff in: Metzloff (Hrsg.), Praxishandbuch Franchising<sup>1</sup> § 8 Rn 337: Aufnahme von Fremdkapital und Existenzgründungsdarlehen.

**731** Giesler/Güntzel in: Giesler, Praxishandbuch Vertriebsrecht, 2. Aufl. 2011, § 4 Rn 474.

**732** Marx/Löffler DB 2012, 1337 (1339).

**733** Schweizerisches Bundesgericht, Urt. v. 8.9.2011 – 4 A 148/2011, ZVertriebsR 2013, 187.

**734** Billing/Röschenkemper ZVertriebsR 2015, 139 (141).

**735** Billing/Röschenkemper ZVertriebsR 2015, 139 (142) – Franchisevertrag; Stoffels DB 2004, 1871.

**736** Billing/Röschenkemper ZVertriebsR 2015, 139 (143) – Franchisevertrag.

**737** BGH, Urt. v. 31.3.1982 – I ZR 56/80, NJW 1982, 1692 (Tankstellen-HV). Die Entscheidung wurde mit der übermäßigen Bindung des Dienstverpflichteten begründet, gilt also mglw. nicht in gleicher Weise bei der Bindung des Unternehmers.

**738** BGH, Urt. v. 26.4.1995 – VIII ZR 124/94, ZIP 1995, 910; v. 16.7.2008 – VIII ZR 151/05, NJW 2008, 3436 (3437).

**739** OLG München, Urt. v. 20.11.1996 – 7 U 3653/96, NJW-RR 1997, 1057 (Tankstellen-HV).

bart oder ausgehandelt worden ist.<sup>740</sup> Die langfristige Bindung eines Vertriebsmittlers in einem AGB-Vertriebsvertrag, insb. eine **10-Jahresbindung**, ist – so der BGH<sup>741</sup> – nur zulässig, falls der Unternehmer an ihr wegen erheblicher Investitionen ein berechtigtes Interesse hat. Während der BGH wegen bedeutender Investitionen des Unternehmers früher **Laufzeiten von 25 Jahren** unbeanstandet ließ,<sup>742</sup> äußerte er später bei einem Tankstellen-HV-Vertrag Zweifel an der Wirksamkeit einer **10-Jahresbindung**.<sup>743</sup> Auch das LG Bielefeld<sup>744</sup> bezweifelte die Zulässigkeit einer 10jährigen Laufzeit von Franchiseverträgen, sofern keine Notwendigkeit besteht, dass der Unternehmer Investitionen amortisieren muss.<sup>745</sup> *Stoffels*<sup>746</sup> verneint die Wirksamkeit über 10 Jahre hinausgehender Laufzeiten. Nach Ansicht des BGH kann eine **Laufzeit von mehr als 20 Jahren** bei Franchiseverträgen gegen § 138 BGB verstoßen.<sup>747</sup> Das LG Koblenz hielt eine 13jährige Grundbindung und erst recht die Verlängerung mittels Optionen auf 22 Jahre für unzulässig.<sup>748</sup> Eine **20jährige Erstlaufzeit** des Vertrages kann hingegen nach Ansicht des LG Waldshut-Tiengen<sup>749</sup> noch akzeptabel sein: Es müsse jeweils im Einzelfall geprüft werden, ob die Amortisation der Investitionen eine über 10 Jahre hinausgehende Laufzeit erfordere. Keinesfalls verstößt eine mehr als 5jährige Laufzeit ohne Weiteres gegen die Selbständigkeit des Mittlers.<sup>750</sup> 5jährige Laufzeiten sind vielmehr bedenkenlos, auch und gerade im Franchisebereich.<sup>751</sup> Kurze Vertragslaufzeiten würden bei Existenzgründer-FN die Aufnahme von Fremdkapital oder die Inanspruchnahme öffentlicher Fördermittel erheblich erschweren.<sup>752</sup> Je höher die Investitionen der Parteien und etwa des FN sind, desto länger kann die Bindung andauern.<sup>753</sup> Der dienstverpflichtete Vertriebsmittler ist meist schutzwürdiger;<sup>754</sup> langfristige Bindungen des Unternehmers dürften eher hinzunehmen sein. Ein Vertrag, dessen in AGB festgelegte Laufzeit den Verwendungsgegner unangemessen benachteiligt, kann nicht mit einer kürzeren, noch angemessenen Laufzeit aufrecht erhalten werden, regelmäßig auch nicht im Wege ergänzender Vertragsauslegung.<sup>755</sup>

**145** Wegen der 5jährigen Höchstlaufzeit von Wettbewerbsverboten nach Art. 5 Abs. 1 lit. a GVO 330/10<sup>756</sup> (zur GVO s. Kommentierung zu Vor § 84) sind längere Laufzeiten von Vertriebsverträgen problematisch, sofern der Vertrag ein fünf Jahres übersteigendes Wettbewerbsverbot enthält

**740** BGH, Urt. v. 3.11.1999 – VIII ZR 269/98, NJW 2000, 1110 (1112).

**741** BGH, Urt. v. 11.1.2006 – VIII ZR 396/03, BB 2006, 517 = NJW-RR 2006, 615 Rn 11; v. 3.11.1999 – VIII ZR 269/98, NJW 2000, 1110 (Tankstelle); zust. LG Koblenz, Urt. v. 23.6.2009 – 3 HKO 138/08, n. v. (Tankstelle). Auch im Fall OLG München, Urt. v. 18.7.2007 – 7 U 2055/06, BeckRS 2007, 01692 wurde eine zehnjährige Bindung nicht beanstandet. Hier wünschte aber der HV die Vertragsfortsetzung, der Unternehmer hätte sich wohl auf die unzulässige Vertragsdauer ohnehin nicht berufen können.

**742** BGHZ 52, 171 (176 f.) = NJW 1969, 1662 = LM § 624 BGB Nr. 1; BGHZ 83, 313 (316 f.) = NJW 1982, 1692 = LM § 138 (Bb) BGB Nr. 49.

**743** BGH, Urt. v. 11.1.2006 – VIII ZR 396/03, BB 2006, 517 = NJW-RR 2006, 615 Rn 11; ebenso LG Koblenz, Urt. v. 23.6.2009 – 3 HKO 138/08, n. v. (Tankstelle).

**744** LG Bielefeld, Urt. v. 28.1.2010 – 9 O 385/04, BeckRS 2013, 02142.

**745** OLG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 28.4.2006 – 10 U 45/05.

**746** DB 2004, 1871.

**747** BGHZ 54, 145; BGH NJW 1985, 693; NJW 1969, 1662; NJW 1998, 156 (159 f.).

**748** LG Koblenz, Urt. v. 23.6.2009 – 3 HKO 138/08, n. v. (Tankstelle).

**749** Urt. v. 16.7.1998 – 1 U 63/98, ebenso LG München I, Urt. v. 20.10.1998, beide zit. nach Flohr, BB 2006, 389 (395).

**750** AA mglw. *Marx/Löffler* DB 2012, 1337 (1339) zu Franchiseverträgen.

**751** OLG Frankfurt/M., Urt. v. 8.10.2014 – 4 U 41/14, ZVertriebsR 2015, 161 (164) – Franchisevertrag und AGB; *Billing/Röschenkemper* ZVertriebsR 2015, 139 (141).

**752** *Billing/Röschenkemper* ZVertriebsR 2015, 139 (142); *Metzloff* in: Metzloff (Hrsg.), Praxishandbuch Franchising<sup>1</sup> § 8 Rn 337.

**753** *Flohr* in: Wachter, Handbuch des Fachanwalts für Handels- und Gesellschaftsrecht, Münster 2007, Kap. 6 Rn 176.

**754** Paradigmatisch BGH, Urt. v. 31.3.1982 – I ZR 56/80, NJW 1982, 1692 (Tankstellen-HV).

**755** BGH, Urt. v. 3.11.1999 – VIII ZR 269/98, NJW 2000, 1110.

**756** Hierzu *Emde* WRP 2005, 1492 ff.

und keinen „echten HV-Vertrag“ i. S. d. LL zur GVO 330/10 bildet (s. Kommentierung zu Vor § 84). Die meisten Vertriebsverträge enthalten solche Wettbewerbsverbote.<sup>757</sup> Wird die Wettbewerbsabrede für einen längeren Zeitraum als fünf Jahre vereinbart, ist allerdings nur sie unwirksam; ihre Unwirksamkeit kann sich jedoch über § 139 BGB dem Gesamtvertrag mitteilen (s. Kommentierung zu Vor § 84). Das OLG Dresden stellte wohl deshalb in einem Hinweisbeschluss<sup>758</sup> fest, bei Franchiseverträgen sei lediglich eine 5jährige Erstlaufzeit akzeptabel.

## I. Beweislast

Jede Partei muss die Voraussetzungen des für sie günstigen Teil-TB des § 89 nachweisen.<sup>759</sup> Die Partei, welche sich auf eine wirksame Kündigung beruft, muss die Kündigungserklärung, die Wirksamkeit der Kündigung und ihren Zugang nachweisen.<sup>760</sup> Die vielfältigen Möglichkeiten einer Zugangsvereitelung sprechen eher für eine persönliche Übergabe des Kündigungsschreibens (in Griffnähe des Empfängers!) und zusätzliche Übersendung per Boten, Einwurf-Einschreiben und auf allen anderen geeigneten Übertragungswegen, etwa per Fax und E-Mail.<sup>761</sup> Je mehr Übertragungswege gewählt werden, umso unwahrscheinlicher wird der Vortrag des prospektiven Empfängers, ihm sei die Erklärung nicht zugegangen. Sie sprechen auch gegen die klassische Formulierung der Kautelarjurisprudenz, eine Kündigung dürfe nur per Einschreiben versandt werden. Ein non liquet beim Beweis geht zu Lasten des Beweispflichtigen.<sup>762</sup> Die Vertragsdauer als Grundlage der Fristberechnung nach Abs. 1 muss die Partei nachweisen, zu deren Vorteil die Frist gereicht. Da ein auf unbestimmte Dauer gerichtetes Vertragsverhältnis die Regel ist, muss eine (ggf. nachträgliche) **Befristung** diejenige Partei beweisen, für die die Befristung günstig ist. Für eine von § 89 **abweichende Vereinbarung** ist derjenige beweispflichtig, der sie behauptet. Dies gilt etwa für eine verlängerte Kündigungsfrist oder für einen von Abs. 1 S. 3 abweichenden **Kündigungsendtermin**. Die Vertragsverlängerung nach Ende eines befristeten Vertrages, insb. die nach Abs. 3, muss der von ihr Begünstigte beweisen, ebenso dass nach §§ 92b, c ausnahmsweise eine von den zwingenden Voraussetzungen des § 89 abweichende Vereinbarung zulässig ist (s. o.). Bei Streit über den Bestand des Vertrages zum Zeitpunkt der Begründung einer Forderung, soll der Anspruchsteller beweisen müssen, dass der Vertrag nicht von Beginn an befristet war<sup>763</sup> oder nach Fristablauf einvernehmlich fortgesetzt worden ist.<sup>764</sup>

## J. Steuerrecht

Ein mit Ablauf des HV-Vertrages entstehender Anspruch auf Provisionsfortzahlung ist keine rückstellungsfähige ungewisse Verbindlichkeit (§ 249 Abs. 1), wenn das Entstehen noch von einer aufschiebenden Bedingung<sup>765</sup> abhängt. Denn rückstellungsfähig sind nur bereits entstandene oder noch nicht entstandene aber wirtschaftlich in dem abgelaufenen Zeitraum verursachte Verbindlichkeiten, die den Verpflichteten bereits aktuell belasten. Die Rückstellungsfähigkeit

<sup>757</sup> Emde WRP 2005, 1492 ff.; Stoffels DB 2004, 1871.

<sup>758</sup> Urt. v. 8.9.2005 – 10 U 747/05 – zweifelh., zit. nach Flohr BB 2006, 389 (399).

<sup>759</sup> Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 124.

<sup>760</sup> OLG München, Urt. v. 14.1.2010 – 23 U 2783/09, BeckRS 2010, 07738; Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 124; Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 52.

<sup>761</sup> Zur Abwägung hinsichtlich des Übertragungsweges s. Nebeling/Karcher BB 2017, 437 – Arbeitsrecht.

<sup>762</sup> OLG München, Urt. v. 14.1.2010 – 23 U 2783/09, BeckRS 2010, 07738; Flohr/Wauschkuhn/Wauschkuhn Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89 Rn 124.

<sup>763</sup> Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 52.

<sup>764</sup> Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89 Rn 52.

<sup>765</sup> Zu einer solchen aufschiebenden Bedingung und der Anwendung der Grundsätze des faktischen Vertrages bis zu ihrem Eintritt OLG Hamburg, Urt. v. 15.8.2015 – 18 U 182/14, IHR 2016, 85 (86/87).

hängt mithin davon ab, ob es sich bei der Provisionsfortzahlung um ein Entgelt für bereits erbrachte Leistungen (dann Rückstellungsfähigkeit) oder um eine Abgeltung des zukünftigen Wettbewerbsverbots (dann Rückstellungsunfähigkeit) handelt.<sup>766</sup> Durch BMF-Schreiben vom 21.6.2005<sup>767</sup> hat das BMF Stellung zu diesem BFH-Urteil bezogen. Das BMF führt in dem Schreiben aus, den Grundsätzen des BFH-Urteils werde gefolgt, soweit der BFH zur Abgrenzung der vertraglich vereinbarten Provisionszahlung von einem Ausgleichsanspruch nach § 89b ausführe. Soweit der BFH jedoch die Passivierung einer Rückstellung befürworte, ohne dass die Verpflichtung rechtlich entstanden sei oder mit einiger Wahrscheinlichkeit rechtlich entstehen werde, sei das BFH-Urteil nicht über den Einzelfall hinaus anzuwenden. Vielmehr müsse in Konstellationen, in denen die Provisionsverpflichtung unter einer aufschiebenden Bedingung stehe, die Wahrscheinlichkeit des Eintritts der Bedingung geprüft werden.

## K. Ausländisches zwingendes Recht

- 148** Ein häufiges Ärgernis bildet ausländisches zwingendes Recht, das die Kündigung und die Kündigungsfolgen regelt. Es ist gerade im arabischen Raum, aber auch in vielen südamerikanischen Ländern, verbreitet (dazu Kommentierung zu § 92c). Aber auch dem europäischen Recht ist es nicht fremd, wie die Ingmar-Entscheidung dokumentiert (dazu § 92c). Selbst europäisches Recht kann zu einem Justizkonflikt führen, etwa der Eigenhändler schützende<sup>768</sup> Schadenersatzanspruch wegen nicht fristgemäßer Beendigung der Geschäftsbeziehung nach dem französischen Rechtsinstitut der „rupture des relations commerciales établies“.<sup>769</sup> Der Vertriebsmittler wird dieses Recht an seinem Heimatgerichtsstand durchsetzen können, der deutsche Unternehmer versuchen, ihm mit einer negativen Feststellungsklage in Deutschland zuvorzukommen. Dazu, ob der deutsche Richter solches Administrativrecht anwenden wird s. Kommentierung zu § 92c.

---

**766** BFH, Urt. v. 24.1.2001 – I R 39/00, DB 2001, 1227 = BB 2001, 1241.

**767** IV B 2-S 2137-19/05, DB 2005, 1418 = BB 2005, 1624.

**768** HV werden nicht geschützt, s. *Kutscher-Puis* ZVertriebsR 2014, 206.

**769** Hierzu Cour de Cassation Frankreich, Chambre commerciale, Urt. v. 20.5.2014 (pourvois Nr. 12-26705, 12-26970, 12-29281), ZVertriebsR 2014, 334 m. Anm. *Kutscher-Puis*; *Stade* ZVertriebsR 2018, 9 ff.; IHR 2016, 49 (55 ff.) m. Rechtssprechungsnachweisen; *Robin/Niggemann* ZVertriebsR 2015, 214; *Heinicke* ZVertriebsR 2013, 275 (280); *Kutscher-Puis* ZVertriebsR 2012, 161.

## § 89a [Fristlose Kündigung]

- (1) <sup>1</sup>Das Vertragsverhältnis kann von jedem Teil aus wichtigem Grunde ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden. <sup>2</sup>Dieses Recht kann nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden.
- (2) Wird die Kündigung durch ein Verhalten veranlaßt, das der andere Teil zu vertreten hat, so ist dieser zum Ersatz des durch die Aufhebung des Vertragsverhältnisses entstehenden Schadens verpflichtet.

### Schrifttum

*Becker-Schaffner* Die Rechtsprechung zur Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB, DB 1987, 2147; *ders.* Zugang der Kündigung, BB 1998, 422; *Bergwitz* Abmahnung und Vertrauensstörung im Arbeitsrecht, BB 1998, 2310; *Börner/Hubert* Frist für die außerordentliche Kündigung des Handels- bzw. Versicherungsvertragers? BB 1989, 1633; v. *Brunn* Unzulässige Verhandlungen über die Nachfolge eines Handelsvertreters vor Kündigung seines Vertrags, DB 1964, 1841; *Eberstein* Zehn Jahre Rechtsprechung zum neuen Handelsvertreterrecht, BB 1964, 271; *Ende* Die betriebsbedingte außerordentliche Kündigung von Vertragshändlerverträgen durch den Unternehmer, BB 1996, 2260; *Fock* Der nachvertragliche Schadensersatzanspruch des Handelsvertreters gem. Art. 17 Abs. 3 der EG-Handelsvertreterrichtlinie – Alternative oder Ergänzung zum Goodwill – Ausgleich des Vertreters? in *Saenger/Schulze*, Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters, 2000, 62; v. *Hoyningen-Huene/Boemke* Beweisfragen bei Berufsforkommensschäden (§ 252 S. 2 BGB, § 287 I ZPO), NJW 1994, 1757; *Hölling* Gründe für die fristlose Kündigung eines Handelsvertreterverhältnisses in der Rechtsprechung, BB 1961, 994; *Hoss* Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot während des Kündigungsschutzprozesses und im Aufhebungsvertrag, DB 1997, 1818; *ders.* Die arbeitsrechtliche Abmahnung, MDR 1999, 333; *Kindler* Verwirkung des Rechts auf außerordentliche Kündigung: Für welche Dienstvertragstypen gilt § 626 Abs. 2 BGB? BB 1988, 2051; *Kranz* Die Ermahnung in der arbeitsrechtlichen Praxis, DB 1998, 1464; *Küstner* Bestandswegnahme und Schadensersatz, VersR 1996, 944; *Leo* Rechtsfragen zur Kündigung des Handelsvertretervertrags, DB 1961, 1518; *Lohr* Kündigung des Arbeitsvertrags – Zurückweisung wegen fehlender Vollmachtsurkunde, MDR 2000, 620; *Manfred Löwisch* Wilhelm Herschel und die Wurzeln von Ultima-Ratio – Grundsatz und Prognoseprinzip, BB 1998, 1793; *Lücke* Unter Verdacht: Die Verdachtskündigung, BB 1997, 1842; *ders.* Die Verdachtskündigung – Fragen aus der Praxis, BB 1998, 2259; *Maier* Kündigung des Handelsvertreters wegen Alters oder Krankheit, BB 1978, 940; *ders.* Das gesetzliche Wettbewerbsverbot für Handelsvertreter, BB 1979, 500; *Martin* Offene Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft als Versicherungsvertreter, VersR 1967, 824; *Martinek* Die Wichtigkeit des Grundes für die fristlose Kündigung von Vertriebsverträgen – Zur Konkretisierung des § 314 BGB, ZVertriebsR 2015, 207; *Naujok* Das Spannungsverhältnis zwischen Verdachtskündigung und Unschuldsvermutung, ArbuR 1998, 398; *Niebling* Die fristlose Kündigung von Automobil-Händlerverträgen, BB 1998, 2259 und MDR 1998, 1332; *Preis/Stoffels* Die Inhaltskontrolle der Verträge selbständiger und unselbständiger Handelsvertreter, ZHR 160 (1996), 442; *Schaub* Die arbeitsrechtliche Abmahnung, NJW 1990, 872; *ders.* Die Abmahnung als zusätzliche Kündigungsvoraussetzung, NZA 1997, 1185; *Schirge* Böswilliges Unterlassen anderweitigen Erwerbs nach § 615 Satz 2 BGB im gekündigten Arbeitsverhältnis, DB 2000, 1278; *Schwerdtner* Betriebsverfassungsrechtliches Anhörungsverfahren und Nachschieben von Kündigungsgründen, ZIP 1981, 809; *ders.* Das Recht zur außerordentlichen Kündigung als Gegenstand rechtsgeschäftlicher Vereinbarung im Rahmen des Handelsvertreterrechts, DB 1989, 1757; *Ulmer/Habersack* Zur Beurteilung des Handelsvertreter- und Kommissionsagenturvertriebs nach Art. 85 Abs. 1 EGV, ZHR 159 (1995), 109; *Ulmer/Schäfer* Zum Anspruch des Kfz-Vertragshändlers gegen den Hersteller auf Zustimmung zur Übernahme einer Zweitvertretung, ZIP 1994, 753; *Westphal* Die Handelsvertreter-GmbH: Renaissance mit Unterstützung des BFH? BB 1999, 2517; *Wolterek* Zweiwochenfrist bei außerordentlicher Kündigung eines Handelsvertreters, DB 1984, 279.

### Übersicht

#### A. Die Möglichkeit fristloser Kündigung von Dauerschuldverhältnissen — 1

- I. § 89a als Ausfluß eines weiterreichenden Prinzips — 1

#### II. Genese und europarechtliche Präformation — 3

- III. Verhältnis zum BGB — 5

- IV. Verhältnis zur befristeten Kündigung nach § 89 — 6
- V. Motive für den Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung — 8
- VI. Verhältnis zur aufschiebenden und auflösenden Bedingung — 9
- VII. Leistungs- und Unterlassungsklage — 10

**B. Absatz 1 — 11**

- I. Das Vertragsverhältnis — 11
- II. Von jedem Teil — 12
- III. Aus wichtigem Grunde — 12
- IV. Vor Vertragsende — 15
- V. Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung — 16
  - 1. Interessenabwägung und Ermessen — 16
  - 2. Objektiver Tatbestand — 21
  - 3. Bedeutung der verbleibenden Vertragsdauer — 22
  - 4. Zeitpunkt des Eintritts des wichtigen Grundes — 23
  - 5. Subjektiver Tatbestand, insb. Verschulden — 24
  - 6. Verschulden des Kündigungsempfängers — 26
  - 7. Mitverursachung/Mitverschulden des Kündigenden — 27
  - 8. Verdachtskündigung — 28
  - 9. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit — 29
  - 10. Vereinbarung eines wichtigen Grundes — 30
  - 11. Durchgriff — 32
  - 12. Kasuistik — 33
  - 14. Abmahnung — 34
    - a) Inhalt und Form der Abmahnung — 37
    - b) In der Abmahnung gesetzte Frist — 38
    - c) Abmahnung nach zweiter Vertragswidrigkeit — 39
    - d) Abhilfe — 41
    - e) Abmahnung unnötig — 42
    - f) Beispiele — 43
      - aa) für fehlende Abmahnbedürftigkeit: — 43
      - bb) Für Abmahnbedürftigkeit: — 44
    - g) Verlust der Warnfunktion — 45
    - h) Vertraglich geregelte Abhilfefrist — 46
    - i) Beweislast — 47
    - j) Feststellung des Fehlens eines Abmahngrundes — 48

- VI. Der Kündigungsausspruch („gekündigt werden“) — 49
  - 1. Ausspruch — 49
  - 2. Form — 50
  - 3. Begründungszwang? — 51
  - 4. Vereinbarung eines Begründungserfordernisses — 53
  - 5. Bedingte Kündigung — 54
  - 6. Rechtzeitigkeit (Entschlussfrist) — 55
  - 7. „Rücknahme“ oder „Widerruf“ der Kündigung — 64
  - 8. Nachgeschobene Gründe — 65
  - 9. Gleich zu behandelnde Fälle — 68
- VII. Ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist/Auslaufzeit — 69

**VIII. Unabdingbarkeit — 71**

- 1. Überblick — 71
  - a) Vereinbarte wichtige Kündigungsgründe — 71
  - b) Kataloge wichtiger Kündigungsgründe — 72
  - c) Lösungsklauseln bei Insolvenz — 73
- 2. Verstoß gegen § 314 BGB — 74
- 3. Wirkungen des Verstoßes gegen zwingendes Recht — 75
- 4. Bilden nichtige Klauseln ein Indiz für das Gewollte? — 76
- 5. Verzicht — 77

**IX. Grenzen des Kündigungsrechts (Verwirkung, Treu und Glauben, Kündigung zur Unzeit) — 78**

- X. Rechtslage bei Fehlen des Kündigungsgrundes — 81
  - 1. Überblick — 81
  - 2. Verteidigung gegen die unberechtigte Kündigung — 85
  - 3. Feststellung der Berechtigung zur Kündigung — 87

**XI. Folgen der Vertragsbeendigung — 88**

**C. Der Schadensersatzanspruch nach Abs. 2 — 89**

- I. Umfang des Schadensersatzes — 90
  - 1. Zur Länge des Haftungszeitraums — 90
  - 2. Zur Höhe der Haftung — 93
  - 3. Zur Darlegungs- und Beweislast in Schadensfällen — 94
- II. Mitverschulden (§ 254 BGB) — 95

- |   |   |
|---|---|
| III. Beiden Parteien zustehendes Kündigungsrecht — 96<br><br>IV. Positive Forderungsverletzung (§ 280 BGB) — 97<br><br><b>D. Schadenersatzanspruch des unberechtigt außerordentlich Gekündigten nach § 280 BGB — 99</b><br><br>E. Gerichtliche Geltendmachung des Schadenersatzanspruches — 100 | <b>F. Streitwert — 101</b><br><br><b>G. Beweislast — 102</b><br><br>I. Kündigung — 102<br><br>II. Schadenersatz — 104 |
|---|---|

## A. Die Möglichkeit fristloser Kündigung von Dauerschuldverhältnissen

### I. § 89a als Ausfluß eines weiterreichenden Prinzips

Die fristlose Kündigung aus wichtigem Grunde ist ein Rechtsbehelf, der **bei allen Dauerschuldverhältnissen zwingend** gegeben ist. Er ist Ausdruck des bis zur Einführung des § 314 BGB 2002 für andere als HV-Verträge unnormierten allgemeinen Grundsatzes, nach dem ein Dauerschuldverhältnis bei Vorliegen eines wichtigen Grundes jederzeit ohne Einhaltung einer Frist kündbar ist. Dieser außerordentlichen Kündigung unterliegen sowohl der HV-Vertrag wie **HV-ähnliche Verträge**, gleichgültig, ob sie auf bestimmte oder unbestimmte Zeit eingegangen sind. Während ein auf bestimmte Zeit geschlossener Vertrag, der mit Zeitablauf erlischt und keine ordentliche Kündigung vorsieht, nur der Kündigung aus wichtigem Grunde zugänglich ist, besteht bei dem für unbestimmte Zeit geschlossenen Vertrag neben der Möglichkeit der ordentlichen Kündigung jene der fristlosen Kündigung aus wichtigem Grunde. Zudem regelt § 89a, dass auf das Kündigungsrecht nicht im Voraus verzichtet werden darf (Abs. 1 S. 2) und **der Gekündigte dem Kündigenden zum Ersatz des durch die Aufhebung des Vertragsverhältnisses entstehenden Schadens verpflichtet ist**, falls er die Kündigung verschuldet hat (Abs. 2). Der dem **Gekündigten** durch eine unberechtigt ausgesprochene Kündigung entstehende Schaden wird in § 89a nicht behandelt. Sein Ersatz richtet sich nach § 280 BGB. Ferner kann sich für die auslaufende Zeit des Vertragsverhältnisses ein Anspruch des HV aus Annahmeverzug nach § 615 BGB ergeben. § 89a hat keinen Strafcharakter,<sup>1</sup> sondern dient dem zivilrechtlichen Schutz des Kündigungsberechtigten.

Wie bei allen Dauerschuldverhältnissen **verdrängt** auch bei Vertriebsverträgen – jedenfalls in der Praxis – die Möglichkeit der fristlosen Kündigung die sonst denkbare Alternative der Lösung des HV-Verhältnisses durch **Rücktritt**, auflösende Bedingung oder aus dem Gesichtspunkt des **WGG** wegen veränderter Umstände.<sup>2</sup> Die Behelfe der **Anfechtung** wegen Irrtums, arglistiger Täuschung oder Drohung (dazu s. Kommentierung zu § 84) werden durch § 89a nicht berührt. Die Anfechtung vernichtet das Vertragsverhältnis rückwirkend (aber Anwendung der Grundsätze des faktischen Vertrags); die fristlose Kündigung beendet es nicht mit Rückwirkung, sondern erst vom Wirksamwerden der Kündigung ab (ex nunc).

## II. Genese und europarechtliche Präformation

Die Vorschrift lautet seit 1953 unverändert. Abweichend zu früheren RL-Entwürfen,<sup>3</sup> die eine ausführliche Regelung der fristlosen Kündigung enthielten, insb. zum Schadenersatzanspruch

<sup>1</sup> Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89a Rn 11.

<sup>2</sup> Schlegelberger/Schröder § 89a Rn 1.

<sup>3</sup> RL-Vorschläge v. 17.12.1976, ABL. C 13, S. 2 ff. sowie v. 2.3.1979, ABL. C 56, S. 5 ff.

bei Fehlen eines wichtigen Grundes, beinhaltet Art. 16 RL nur den Hinweis, dass Art. 15 RL zur ordentlichen Kündigung nicht die Anwendung der nationalen Vorschriften zur fristlosen Kündigung berührt, solange eine der Parteien ihren Pflichten teilweise oder ganz nicht nachgekommen ist oder außergewöhnliche Umstände eintreten.<sup>4</sup> Also liegt ein Verstoß gegen Art. 15 RL und die dort genannten Kündigungsfristen vor, wenn die nationale Gesetzgebung die in Art. 16 RL aufgestellten Bedingungen nicht einhält. Eine Harmonisierungsvorgabe der EU besteht daher nur soweit, als Art. 16 RL eine grenzenlose Ausweitung wichtiger Kündigungsgründe über diesen Rahmen hinaus ausschließt. § 89a ist wohl enger als diese Ausnahmegesetzgebung und steht daher in Übereinstimmung mit Art. 16 RL.

- 4 Der EuGH<sup>5</sup> entnahm Art. 17 Abs. 2 lit. c RL, demzufolge die Ausgleichsleistung nicht das Recht des HV ausschließt, Schadensersatz geltend zu machen, dass der HV über den Ausgleich hinausgehenden Schadensersatz fordern darf). Andererseits könne der in der RL geregelten Ausgleichshöchstgrenze sowie der systematischen Unterscheidung des Ausgleichs- und Schadenersatzsystems der Abs. 2 und 3 des Art. 17 RL („Kumulierungsverbot beider Systeme“) entnommen werden, dass sich der Schadensersatz auf einen Schaden beziehen müsse, der sich von dem durch die Ausgleichszahlung abgedeckten unterscheide. Wenngleich damit feststeht, dass ein mit dem Ausgleichsanspruch nicht identischer (inkongruenter) Schaden neben dem Ausgleich gefordert werden darf, lässt die Entscheidung offen, welcher zusätzliche Schaden als inkongruenter liquidiert werden darf. Künftig könnte in aus dem Vertragsende geborenen Auseinandersetzungen streitig werden, ob ein HV oder HV-ähnlicher Vertriebsmittler neben dem Ausgleich Schadensersatz fordern darf. So könnte darüber diskutiert werden, ob der Ersatzanspruch des § 89a Abs. 2 (z. B. entgangener Gewinn) durch den Ausgleich abgegolten ist. Diese Frage wäre wohl zu verneinen.<sup>6</sup> Denn der Ausgleich ist bei jeder Vertragsbeendigung zu leisten, sofern nicht ein Ausschlussgrund des § 89b Abs. 3 HGB eingreift. Der Ausgleich bildet also einen jedem Vertragende immanenten „Sowieso“-Schaden. Hat der Unternehmer die außerordentliche Kündigung des § 89a herausgefordert, so könnte es sich um einen über den bei einer ordentlichen Kündigung entstehenden Schaden hinausreichenden, untypischen, „inkongruenten“ und zusätzlichen Schaden handeln,<sup>7</sup> der gesondert zu ersetzen wäre.<sup>8</sup>

### III. Verhältnis zum BGB

- 5 § 89a ist **lex specialis gegenüber § 314 Abs. 1**. Das dürfte auch im **Vertragshändler-<sup>9</sup> Franchise<sup>10</sup>** und **Kommissionsagentenrecht<sup>11</sup>** gelten, dessen Basis die §§ 84 ff. bilden. Zwar ist in diesen Bereichen die Anwendung des § 314 BGB wegen Fehlens einer Sondervorschrift mög-

4 S. Westphal Die Handelsvertreterrichtlinie und deren Umsetzung in der EU, Diss. iur. Münster 1994, S. 48/49; zur Umsetzung in den Mitgliedsstaaten Westphal EWS 1996, 43 (47).

5 EuGH, Urt. v. 3.12.2015 – C-338/14, ZVertriebsR 2016, 15 = EuZW 2016, 221 m. Anm. Emde EuZW 2016, 218 und Anm. Franke IHR 2016.

6 Emde EuZW 2016, 218.

7 Emde EuZW 2016, 218.

8 Emde EuZW 2016, 218.

9 BGH, Urt. v. 29.6.2011 – VIII ZR 212/08, NJW 2011, 3361 = WM 2011, 2057 = EWiR 2011, 781 (Döpfer) = ZVertriebsR 2012, 50 m. Anm. Flohr; OLG Frankfurt/M., Urt. v. 20.12.2012 – 11 U 45/12 (Kart), ZVertriebsR 2013, 42; Flohr/Wauschkuhn/Flohr Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89a Rn 1; Wauschkuhn ZVertriebsR 2018, 275.

10 Wauschkuhn ZVertriebsR 2018, 275; Martinek ZVertriebsR 2015, 207; Prasse MDR 2008, 122 (123); aA OLG München, Urt. v. 14.10.2014 – 7 U 2604/13, ZVertriebsR 2015, 110 m. Anm. Flohr = BeckRS 2014, 19514 – tendenziell, letztlich offen gelassen; OLG Düsseldorf, Urt. v. 9.11.2011, I-18 U 13/11; ZVertriebsR 2012, 183; OLG Frankfurt/M., Urt. v. 13.11.2009 – 2 U 76/09, BeckRS 2009, 86480; LG Bielefeld, Urt. v. 28.1.2010 – 9 O 385/04, BeckRS 2013, 02142; Flohr ZVertriebsR 2018, 147; Giesler ZIP 2004, 744; ZIP 2002, 420 (426); Flohr/Wauschkuhn/Flohr Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89a Rn 1.

11 Wauschkuhn ZVertriebsR 2018, 275.

dogmatisch gut begründbar. Die sachnähere Rspr. zu § 89a müsste aber in jedem Fall übernommen werden.<sup>12</sup> Allerdings soll § 89a nur i. V. m. § 314 BGB sowie der Rspr. zu § 89a anwendbar sein, da weder das Abmahnerfordernis noch der Begriff des wichtigen Grundes in § 89a definiert wird.<sup>13</sup> § 89a ist zudem *lex specialis* zu **§ 626 BGB**, jedenfalls im Verhältnis zu dessen **Abs. 1**.<sup>14</sup> In seinem sachlichen Gehalt entspricht § 89a diesen Bestimmungen jedoch weitgehend, besonders seit der im Zuge des Arbeitsrechts-Bereinigungsgesetzes von 1969 erfolgten Neufassung. Im Einzelnen siehe Kommentierung zu Vor § 84. Zum Verhältnis zu § 313 BGB s. ebenfalls Vor § 84, zur Anfechtung s. Kommentierung zu § 84.

#### IV. Verhältnis zur befristeten Kündigung nach § 89

Beide Kündigungen haben gemeinsam, dass sie das HV-Verhältnis beenden. Aber schon die Abwicklung gestaltet sich verschieden – die besonderen Probleme der Auslaufzeit stellen sich bei der fristlosen Kündigung nicht –; auch können die Auswirkungen auf Wettbewerbsabrede und Ausgleichsanspruch unterschiedlich sein. Schließlich vermag nur die fristlose Kündigung die Schadensersatzansprüche nach Abs. 2 auszulösen. Eine Umdeutung der nicht fristgerechten ordentlichen Kündigung in eine außerordentliche (fristlose) nach § 140 BGB ist regelmäßig nicht möglich, selbst wenn ein triftiger Grund hierfür gegeben wäre; die fristlose Kündigung müsste vielmehr neu und als solche ausgesprochen werden. Werden jedoch einer ordentlichen Kündigung Gründe für eine außerordentliche Kündigung nachgeschoben, kann hierin der Ausspruch einer erneuten fristlosen Kündigung liegen, die mit Zugang der nachgeschobenen Gründe wirksam wird. Der Kündigende muss dafür zu erkennen geben, dass das Vertragsverhältnis nun mit sofortiger Wirkung beendet werden soll.<sup>15</sup> Wohl aber ist im Wege der Umdeutung umgekehrt eine **fristlose Kündigung**, für die es am zureichenden Grunde fehlt, **als befristete zum nächstzulässigen Kündigungsstermin** u. U. aufrechtzuerhalten.<sup>16</sup> Das gilt jedenfalls, falls der Kündigende dies bei Kenntnis der Unwirksamkeit gewollt hätte,<sup>17</sup> insb. das Vertragsverhältnis eindeutig<sup>18</sup> auf jeden Fall<sup>19</sup> und notfalls mit der durch die Kündigungsfrist bedingten Verzögerung zu Ende bringen wollte, wofür der Kündigende im Grundsatz beweispflichtig ist. Das wird als Regel anzunehmen sein, sofern nicht ausnahmsweise der Wille, ausschließlich außerordentlich zu kündigen, deutlich<sup>20</sup> wird. Wenngleich auch in dieser Situation der Kündigende für die Voraussetzungen einer hilfsweisen ordentlichen Kündigung beweispflichtig bleibt, spricht angesichts der – außerordentlichen – Kündigungserklärung und der die ordentliche Kündigung umfassenden TB-Voraussetzungen einer außerordentlichen Kündigung eine Vermutung dafür, dass sie hilfsweise eine ordentliche Kündigung enthält und der Kündigende den Vertrag in jedem Fall auch mit ordentlicher Kündigungsfrist beenden wollte. Dieser Wille braucht sich nicht notwendig aus der Kündi-

**12** Flohr/Wauschkuhn/Flohr Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89a Rn 3.

**13** Martinek ZVertriebsR 2015, 207 zum Franchiserecht.

**14** Flohr/Wauschkuhn/Flohr Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89a Rn 4.

**15** Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89a Rn 86.

**16** BGH, ZIP 2000, 539 = EWIR 2000, 519 (Böcker); v. 8.9.1997 – II ZR 165/96, EBE 1997, 349 (350) = EWIR 1998, 203 (Finken) = ZIP 1998, 509 (510); NJW-RR 1992, 1059 (1060); Urt. v. 12.1.1981 – VII ZR 332/79, DB 1981, 1821; OLG Düsseldorf, Urt. v. 27.6.2008 – I-16 U 36/07; BeckRS 2011, 19141 = OLGR 1999, 53; OLG Nürnberg, Hinweisbeschl. v. 28.1.2011 – 12 U 744/10, BeckRS 2011, 04747; BB 1963, 447; OLG Karlsruhe DB 1971, 572; OLG Stuttgart BB 1960, 956 (957); Wauschkuhn ZVertriebsR 2018, 275 (276); Flohr/Wauschkuhn/Flohr Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89a Rn 10; Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89a Rn 87; Heymann/Sonnenschein/Weitemeyer § 89a Rn 34; Hopt § 89a Rn 5; MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89a Rn 83; Schlegelberger/Schröder § 89a Rn 20.

**17** Wauschkuhn ZVertriebsR 2018, 275 (276).

**18** BGH BB 1999, 381; Urt. v. 12.1.1981 – VII ZR 332/79, DB 1981, 1821; Flohr/Wauschkuhn/Flohr Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89a Rn 10.

**19** OLG Düsseldorf, Urt. v. 27.6.2008 – I-16 U 36/07; BeckRS 2011, 19141 = OLGR 1999, 53.

**20** Vgl. BGH, Urt. v. 12.1.1998 – II ZR 98/96, EBE 1998, 94 (95) = ZIP 1998, 509 (510).

gungserklärung selbst zu ergeben, er kann sich aus den Umständen zeigen. Nur falls der Kündigende keinerlei Interesse an der durch die Kündigungsfrist entstehenden Zwischenphase haben kann oder er das Vertragsverhältnis ausschließlich wegen eines ganz bestimmten Grundes beenden will und sich das Nichtvorliegen dieses Grundes erweist,<sup>21</sup> ist der dem Kündigungsempfänger obliegende Gegenbeweis geführt. Die Gegenmeinung,<sup>22</sup> derzufolge eine fristlose keine fristgemäße Kündigung enthält, hat zwar die Logik für sich, verkennt aber, dass, wer zu einer fristlosen Kündigung zu schreiten sich veranlasst sieht, im allgemeinen schon deshalb das Vertrauen in eine weitere gedeihliche Zusammenarbeit nachhaltig verloren hat und dass es gerade nicht die Regel sein wird, er werde das Vertrauen ohne weiteres wieder hergestellt sehen, falls der Kündigungsgrund wider Erwarten nicht durchgreifen sollte. Ein solcher Fall mag bei einer völligen Rehabilitierung des Gekündigten denkbar sein; aber kaum noch, wenn es über die Wirksamkeit der Kündigung zum Prozess gekommen ist, die Fronten sich verhärtet haben und der Termin, zu dem die Kündigung als befristete ihre Wirkung zu entfalten geeignet war, im Laufe des Prozesses im allgemeinen längst verstrichen zu sein pflegt. Die als außerordentliche Kündigung unwirksame, als ordentliche Kündigung jedoch wirksame Kündigung enthält im Zweifel den **Widerruf der Vollmachten** des HV,<sup>23</sup> soweit dies den Interessen des Unternehmers entspricht.<sup>24</sup> Jedenfalls ist der mit einer befristeten Kündigung Vorgegangene nicht gehindert, wegen eines während der auslaufenden Vertragszeit neu entstandenen Grundes nunmehr eine fristlose Kündigung nachfolgen zu lassen und damit eine Vorverlegung des Endes des Vertragsverhältnisses zu bewirken.<sup>25</sup> In aller Regel enthält die Kündigungserklärung den Hinweis, hilfsweise werde die ordentliche Kündigung erklärt. Unterbleibt dies trotz anwaltlicher Beratung oder Beratung durch eine Rechtsabteilung, mag in Ausnahmefällen hierin ein „beredtes Schweigen“ zu finden sein – also keine hilfsweise ordentliche Kündigung. Ob in Fällen, in denen die Kündigung begründet werden muss, etwa nach der Kfz-GVO 1400/02 folgenden Selbstverpflichtungskatalogen der Kfz-Hersteller, der Wille zur hilfsweisen ordentlichen Kündigung in der Begründung einen Anklang gefunden haben muss, mag diskutiert werden.

- 7 § 89a spricht, abhebend gegenüber § 89, korrekt von einer Kündigung **„ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist“**. Der gängige Kurzausdruck „fristlose Kündigung“ ist also ungenau. Ohnehin stellt er auf die Rechtsfolge und nicht auf den Gegensatz zur ordentlichen Kündigung („außerordentliche“) ab. Es gibt auch Kündigungen nach § 89a, die mit der Gewährung einer **Auslaufzeit** für den Kündigungsgegner verbunden sein können (aus Entgegenkommen), unter Umständen sogar verbunden sein müssen (aus Gründen der Verhältnismäßigkeit); sie mag in Grenzfällen sogar bis zur Dauer der normalen Kündigungsfrist gehen (Rn 69). Entscheidend bleibt immer nur, dass die Kündigung als eine solche ohne Bindung an eine Kündigungsfrist und unter Inanspruchnahme eines wichtigen Grundes ausgesprochen wird. Dass sie stets „fristlos“ sein, d. h. mit einer Beendigung des Vertragsverhältnisses auf der Stelle einhergehen müsse, setzt § 89a nicht voraus.

## V. Motive für den Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung

- 8 Oft wird eine außerordentliche Kündigung zur „Vermeidung“ des Ausgleichsanspruchs gem. § 89b Abs. 3 Nr. 2 erklärt.<sup>26</sup> Meist ist dieses Motiv durchsichtig und wird erkannt. Kostspielige

<sup>21</sup> OLG Saarbrücken NJW-RR 1998, 1191 (1192); Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89a Rn 87; Schlegelberger/Schröder § 89a Rn 20.

<sup>22</sup> Schlegelberger/Schröder § 89a Rn 19.

<sup>23</sup> Hopt § 89a Rn 5.

<sup>24</sup> Im Zweifel muss der HV nachfragen.

<sup>25</sup> BGH, Urt. v. 20.2.1969 – VII ZR 101/67, LM Nr. 9; OLG München NJW-RR 1998, 1189 (1190); Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89a Rn Rn 6.

<sup>26</sup> Wauschkuhn ZVertriebsR 2018, 275 (276).

Prozesse sind die Folge. Beim HV sind in aller Regel noch umfangreiche Streitigkeiten über den Buchauszug vorgelagert.<sup>27</sup>

## VI. Verhältnis zur aufschiebenden und auflösenden Bedingung

Wichtige Kündigungsgründe können nicht frei bestimmt, sondern innerhalb der Grenzen des § 89a (Unzumutbarkeit) lediglich konkretisiert werden. Was nach § 89a keinen wichtigen Kündigungsgrund bildet, kann auch nicht als solcher bestimmt werden.<sup>28</sup> Dieser Grundsatz könnte umgangen werden, wenn unterhalb der Schwelle zum wichtigen Grund liegende Umstände grenzenlos als auflösende Bedingungen vereinbart werden könnten, etwa mittels der Vereinbarung, dass bei Nichterreichen eines bestimmten Umsatzziels der Vertrag automatisch enden soll.<sup>29</sup> Allerdings ist es nicht gänzlich unzulässig, auflösende Bedingungen zu vereinbaren. Dazu s. Kommentierung zu § 89.

## VII. Leistungs- und Unterlassungsklage

Der zur außerordentlichen Kündigung Berechtigte braucht nicht zu kündigen. Er darf auch Vertragstreue einfordern und sogar auf diese klagen (ggf. Unterlassungsklage). Er muss dies aber nicht.<sup>30</sup>

## B. Absatz 1

### I. Das Vertragsverhältnis

Gemeint ist der HV-Vertrag, gleich mit welchem Inhalt. Die Abgrenzung von anderen Verträgen ist wegen eines möglichen Rückgriffs auf § 314 BGB wenig relevant. Das Gesetz spricht in § 89a richtig vom schuldrechtlichen Vertrag als zwischen den Parteien stehendem Band und nicht wie in anderen Vorschriften der §§ 84 ff. mißverständlich von der rechtlich irrelevanten Person des HV. Die Vorschrift gilt für alle HV-Verträge, ungeachtet ihres rechtstatsächlichen Kleides oder ihrer gleichfalls rechtsirrelevanten „Schutzbedürftigkeit“,<sup>31</sup> auch für Unter- und Hauptvertreterverträge<sup>32</sup> oder auf Lebenszeit geschlossene Verträge.<sup>33</sup> Gleich stehen die Rechtsverhältnisse HV-ähnlicher Vertriebsmittler, etwa Vertragshändler,<sup>34</sup> Franchise-<sup>35</sup> und Kommissionsagentenver-

<sup>27</sup> *Wauschkuhn* ZVertriebsR 2018, 275 (277).

<sup>28</sup> *Oetker/Busche*<sup>6</sup> § 89 Rn 25; MünchKommHGB/v. *Hoyningen-Huene* § 89 Rn 12.

<sup>29</sup> *Oetker/Busche*<sup>6</sup> § 89 Rn 25; MünchKommHGB/v. *Hoyningen-Huene* § 89 Rn 12.

<sup>30</sup> AA KG DB 1998, 607 (608); *Ebenroth/Löwisch*<sup>3</sup> § 89a Rn 34.

<sup>31</sup> Vgl. *Ebenroth/Löwisch*<sup>3</sup> § 89a Rn 9.

<sup>32</sup> BGH, Urt. v. 20.3.1981 – I ZR 12/79, LM Nr. 17; *Ebenroth/Löwisch*<sup>3</sup> § 89a Rn 9.

<sup>33</sup> *Ebenroth/Löwisch*<sup>3</sup> § 89a Rn 7; *Schlegelberger/Schröder* § 89a Rn 21. Wenn hier eine besonders strenge Zumutbarkeitsprüfung für erforderlich angesehen wird (*Ebenroth/Löwisch*<sup>3</sup> § 89a Rn 7), widerspricht dies der Regel, dass eher bei kurzer Spanne bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist ein strenger Maßstab gilt.

<sup>34</sup> BGH, Urt. v. 5.4.1962 – VII ZR 202/60, NJW 1962, 1107; NJW 1982, 2432; v. 10.2.1993 – VIII ZR 48/92, NJW-RR 1993, 682 (683); v. 15.12.1993 – VIII ZR 157/92, NJW 1994, 722; OLG Köln NJW-RR 1995, 29; *Wauschkuhn/Teichmann* ZVertriebsR 2013, 139 (141); *Niebling* MDR 1998, 1332; *Ebenroth/Löwisch*<sup>3</sup> § 89a Rn 9; *Heymann/Sonnenschein/Weitemeyer* § 89a Rn 5, 30; *Schlegelberger/Schröder* § 89a Rn 1; *Stumpff/Jaletzke/Schultze* Rn 647 ff.; *Martinek/van der Moolen* Handbuch des Vertriebsrechts<sup>3</sup> § 23 Rn 27.

<sup>35</sup> KG DB 1998, 607 (608) m. Bespr. *Haager* NJW 1999, 2081 (2085); *Ebenroth/Löwisch*<sup>3</sup> § 89a Rn 9; MünchKommHGB/v. *Hoyningen-Huene* § 89a Rn 9; *Martinek/Habermeier* Handbuch des Vertriebsrechts<sup>3</sup> § 29 Rn 15 ff.

träge.<sup>36</sup> Der Vertrag braucht noch nicht in Vollzug gesetzt sein („begonnen zu haben“).<sup>37</sup> Weder ordentliche Kündigung, (bedingte oder befristete) Vertragsaufhebung<sup>38</sup> oder eine rechtlich ohnehin irrelevante Probezeit<sup>39</sup> (auch wegen unzureichender Leistungen oder Erfolge)<sup>40</sup> hindern die außerordentliche Kündigung, in allen Fällen liegt ein außerordentlich kündbares Dauerschuldverhältnis vor. Für einen auf Grund beiderseitiger Einigung faktisch, jedoch unwirksam in Vollzug gesetzten Vertrag gelten die Grundsätze des faktischen Vertrags (s. Kommentierung zu § 84); er wird durch einen unmissverständlichen Hinweis eines Vertragsteils auf seine Nichtigkeit beendet. Einer Kündigung bedarf es hier ebenso wenig wie eines wichtigen Grundes zur Kündigung. Das gilt für alle unwirksamen Verträge.

## II. Von jedem Teil

Das außerordentliche Kündigungsrecht steht jedem Vertragspartner, HV wie Unternehmer, zu. Es handelt sich bei § 89a also um keine Schutzvorschrift nur zu Gunsten des HV. Eine Kündigungserklärung kann auch durch **Prozessbevollmächtigte** im Prozess erklärt werden, die Prozessvollmacht ermächtigt auch hierzu.<sup>41</sup>

## III. Aus wichtigem Grunde

- 12 Das Vertragsverhältnis kann aus „wichtigem Grunde“ gekündigt werden, d. h. nur aus einem solchem Grunde. Ohne wichtigen Grund gibt es kein Kündigungsrecht aus § 89a. Eine außerordentliche Kündigung ohne wichtigen Grund ist damit wegen Fehlens einer TB-Voraussetzung des § 89a **unwirksam**.<sup>42</sup> Das gleiche Ergebnis ergibt sich de facto, falls der Kündigende den wichtigen Grund nicht beweisen kann. Das geschieht nicht selten, denn die zur Begründung der Kündigung genannten Gründe spiegeln oft nicht die wahren Motive wieder, zu denen persönliche Abneigung, bessere Verdienstmöglichkeiten oder der Wunsch eines neuen Vertriebsleiters zählen, mit ihm vertrauten Personen zusammenzuarbeiten. Dass häufig andere als die vordergründig angegebenen Gründe Motiv sind, zeigt schon der Umstand, wie gut zum Zeitpunkt der Kündigungserklärung die nachvertragliche Zeit oft vorbereitet ist: Kaum jemand kündigt außerordentlich, ohne relativ präzise Vorstellungen zur geschäftlichen Zukunft der nachfolgenden Zeit zu haben. Der Kündigende ist vor Ausspruch der Kündigung nicht verpflichtet, nähere Untersuchungen vorzunehmen<sup>43</sup> oder den Kündigungsempfänger anzuhören,<sup>44</sup> sollte dies jedoch tun, da er die Rechtsfolgen einer ohne wichtigen Grund ausgesprochenen Kündigung tragen muss.<sup>45</sup>
- 13 Bei dem wichtigen Grund handelt es sich um einen **unbestimmten Rechtsbegriff**. Ein **wichtiger Grund** für die Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses liegt nach der wegen Fehlens einer Definition in § 89a auch in dessen Rahmen maßgeblichen<sup>46</sup> **Legaldefinition in § 314 Abs. 1 S. 2 BGB** vor, wenn dem kündigenden Teil (1.) unter Berücksichtigung aller Umstände

36 RGZ 69, 363 (365); Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89a Rn 9; MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89a Rn 10.

37 BGH, Urt. v. 6.10.1983 – I ZR 127/81, BB 1984, 237; Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89a Rn 6; Schlegelberger/Schröder § 89a Rn 16.

38 BAG, Urt. v. 29.1.1997 – 2 AZR 292/96, DB 1997, 1411 = EWiR 1997, 689; Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89a Rn 6.

39 OLG Nürnberg BB 1959, 391; Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89a Rn 7; Schlegelberger/Schröder § 89a Rn 1.

40 AA Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89a Rn 7.

41 OLG München, Urt. v. 23.1.2014 – 23 U 1955/13, VersR 2014, 1080.

42 BGB EBE 1999, 13 (15); Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89a Rn 17; Schlegelberger/Schröder § 89a Rn 7a.

43 Ebenroth/Löwisch<sup>2</sup> § 89a Rn 57; MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89a Rn 45.

44 Ebenroth/Löwisch<sup>2</sup> § 89a Rn 57; MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89a Rn 30.

45 BGH, Urt. v. 13.7.1972 – VII ZR 166/71, WM 1972, 1095.

46 Martinek ZVertriebsR 2015, 207.

des Einzelfalls und (2.) unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur vereinbarten Beendigung oder bis zum Ablauf einer Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann.<sup>47</sup> Diese Definition ist im gesamten Zivilrecht und damit auch im Vertriebsrecht maßgeblich.<sup>48</sup> Wichtiger Grund ist damit jeder tatsächliche oder rechtliche Umstand (Ereignis oder Verhalten), gleich welcher Art, jede Handlung oder Unterlassen, von außen eintretender Umstand oder jedes Verhalten der Vertragspartner, welcher/welches es im Lichte aller Umstände des Einzelfalls<sup>49</sup> unter Berücksichtigung von Wesen und Zweck des Vertretervertrages sowie der durch den Vertrag begründeten beidseitigen Rechte und Pflichten dem kündigenden Vertragspartner die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zu dem im ursprünglichen Vertrag vorgesehenen oder einem durch fristgerechte Kündigung nach § 89 herbeizuführenden Vertragsende unzumutbar macht, weil es trotz Beachtung des Grundsatzes der Vertragstreue, von Treu und Glauben sowie der Billigkeit widerspricht, den Kündigenden am Vertrag festzuhalten.<sup>50</sup> Wenn nur noch eine **kurze Frist bis zum ordentlichen Vertragsende** abzuwarten ist, sind die Ansprüche an den wichtigen Grund besonders erheblich. **Häufigster Kündigungsgrund sind Vertragsverletzungen.** Das Vertrauensverhältnis kann aber auch durch Umstände zerstört werden, die keine Vertragsverletzungen darstellen.<sup>51</sup> **Einfache Vertragsverletzungen** werden oft keinen wichtigen Grund konstituieren,<sup>52</sup> ebenso wenig bloße Lästigkeiten<sup>53</sup> oder Spannungen,<sup>54</sup> zumal angesichts der bei schuldhaften Verhaltens des HV harschen Folge des Ausgleichswegfalls nach § 89b Abs. 3 Nr. 2<sup>55</sup> eine eher **enge Auslegung des wichtigen Grundes** richtig sein dürfte. Einzelne Vertragsverletzungen muss – gerade bei langfristigen Dauerschuldverhältnissen und bloßer Fahrlässigkeit – der davon betroffene Partner sanktionslos hinnehmen,<sup>56</sup> das Erfordernis der Abmahnung nach § 314 BGB (s. u.) bildet einen ersten Filter, da nach geringen Vertragsverstößen nicht sofort gekündigt werden darf sondern zunächst abgemahnt werden muss. Trotz der engen Auslegung des Termins verbietet sich jede Eingrenzung der Kündigungsmöglichkeiten auf bestimmte Fallgruppen. Das liegt im Wesen eines unbestimmten Rechtsbegriffs.

Das **Revisionsgericht** kann die Entscheidung des Tatrichters über Bestehen oder Nichtbestehen eines wichtigen Grundes nur in beschränktem Umfang nachprüfen.<sup>57</sup> Es darf überprüfen, ob das Vordergericht seinen rechtlichen Gehalt falsch bewertet hat, also ob der Sachverhalt

**47** BGH, Urt. v. 29.6.2011 – VIII ZR 212/08, NJW 2011, 3361 = WM 2011, 2057 = EWiR 2011, 781 (Döpfer) = ZVertriebsR 2012, 50 m. Anm. Flohr – (Vertragshändler); v. 10.11.2010 – VIII ZR 327/09, WM 2011, 136 = MDR 2011, 53 = NJW 2011, 608 = EWiR 2011, 219 (Möller) Rn 19; OLG München, Beschl. v. 8.2.2018 – 23 U 1932/17, ZVertriebsR 2018, 103 Rn 16; Urt. v. 30.6.2016 – 23 U 3265/15, ZVertriebsR 2017, 196 Rn 27; v. 23.1.2014 – 23 U 1955/13, VersR 2014, 1080 (1081); OLG Düsseldorf, Urt. v. 28.9.2012 – I-16 U 124/11, BeckRS 2012, 24304; Beschl. v. 19.1.2001 – 16 U 84/00; Martinek ZVertriebsR 2015, 207 (208).

**48** Martinek ZVertriebsR 2015, 207 (208) zum Franchiserecht; Küstner/Thume/Thume I<sup>5</sup> Kap. VIII Rn 156 ff.; Flohr/Wauschkuhn/Flohr Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89a Rn 14.

**49** OGH Österreich, Entsch. v. 24.10.2018 – 8 Ob 23/18t, ZVertriebsR 2019, 198 (199).

**50** BGH, Urt. v. 25.11.1998 – VIII ZR 221/97, ZIP 1999, 277; OLG Düsseldorf, Urt. v. 2.11.2001 – 16 U 149/00, OLG Düsseldorf 2002, 164; OLG Celle NdsRPfl 1959, 109; Flohr/Wauschkuhn/Flohr Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89a Rn 14; Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89a Rn 10; Heymann/Sonnenschein/Weitemeyer § 89a Rn 9; MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89a Rn 12; Schlegelberger/Schröder § 89a Rn 4.

**51** Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89a Rn 72.

**52** BGH, Urt. v. 10.11.2010 – VIII ZR 327/09, WM 2011, 136 = MDR 2011, 53 = NJW 2011, 608 = EWiR 2011, 219 (Möller) Rn 24.

**53** Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89a Rn 17; Schlegelberger/Schröder § 89a Rn 4.

**54** Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89a Rn 17.

**55** Siehe BGH, Urt. v. 10.11.2010 – VIII ZR 327/09, WM 2011, 136 = MDR 2011, 53 = NJW 2011, 608 = EWiR 2011, 219 (Möller) Rn 24.

**56** Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89a Rn 17; Schlegelberger/Schröder § 89a Rn 7.

**57** BGH, Urt. v. 24.1.1974 – VII ZR 52/73, WM 1974, 350 (351); v. 27.5.1974 – VII ZR 16/73, WM 1974, 867 (868); v. 1.11.1980 – I ZR 118/78, WM 1981, 172 (173); v. 26.1.1984 – I ZR 188/81, WM 1984, 556 (558); v. 3.7.1986 – I ZR 171/84,

generell geeignet ist, eine außerordentliche Kündigung zu tragen,<sup>58</sup> oder ob die Vorinstanz von unrichtigen Tatsachen ausging. Die Wertung durch den Tatrichter bindet das Revisionsgericht grundsätzlich. Es kann den festgestellten Umständen kein größeres oder geringeres Gewicht beimessen, als es der Tatrichter für richtig gehalten hat.<sup>59</sup> Die Prüfung beschränkt sich darauf, ob das Berufungsgericht den Rechtsbegriff des wichtigen Grundes verkannt hat oder ob ihm von der Revision gerügte Verfahrensverstöße unterlaufen sind, z. B. ob es wesentliche Tatumstände übersehen oder nicht vollständig gewürdigt hat.<sup>60</sup>

#### IV. Vor Vertragsende

- 15 Die außerordentliche Kündigung kann bis zum Vertragsende erklärt werden.<sup>61</sup> Danach entfaltet sie keine Wirkungen mehr. Ein bereits beendeter Vertrag kann nicht mehr beendet werden. Vor Aufnahme der Tätigkeit kann der bereits geschlossene Vertrag jedoch gekündigt werden.

#### V. Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung

##### 1. Interessenabwägung und Ermessen

- 16 **Leitgedanke** für die Bejahung des wichtigen Grundes ist eine doppelte Zumutbarkeitsprüfung<sup>62</sup>: Dem Kündigenden darf es nicht zuzumuten sein, das konkrete Vertragsverhältnis bis zum frühestmöglichen ordentlichen Vertragsende fortzusetzen (Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung)<sup>63</sup> und ihm darf darüber hinaus nicht zumutbar sein, die ordentliche Kündigungsfrist einzuhalten (zeitliche Unzumutbarkeit). Nach Abwägung aller Umstände (**Interessenabwägung**<sup>64</sup>) muss das auf dem wichtigen Grund beruhende Interesse des Kündigenden an einer vorzeitigen Vertragsbeendigung Vorrang vor dem Interesse des Gekündigten am Fortbestand des Vertrages haben.<sup>65</sup> Diese Frage kann nur aus einer **umfassenden Sicht aller dafür und dagegen sprechenden Gegebenheiten des Einzelfalles** entschieden werden,<sup>66</sup> das **Revisionsgericht** kann sie nur so beschränkt überprüfen wie generell die Frage der Existenz eines wichtigen

---

NJW 1987, 57 = WM 1986, 1413 unter II 1; v. 29.3.1990 – I ZR 2/89, ZIP 1990, 1197 (1198); v. 17.12.2008 – VIII ZR 150/07, DB 2009, 341 (LS) = WRP 2009, 326; v. 10.11.2010 – VIII ZR 327/09, WM 2011, 136 = MDR 2011, 53 = NJW 2011, 608 = EWIR 2011, 219 (Möller) Rn 31.

58 BGH, Urt. v. 10.11.2010 – VIII ZR 327/09, WM 2011, 136 = MDR 2011, 53 = NJW 2011, 608 = EWIR 2011, 219 (Möller) Rn 31; v. 26.1.1984 – I ZR 188/81, WM 1984, 556 (558); *Hopt* § 89a Rn 12.

59 BGH, Urt. v. 10.11.2010 – VIII ZR 327/09, WM 2011, 136 = MDR 2011, 53 = NJW 2011, 608 = EWIR 2011, 219 (Möller) Rn 31.

60 BGH, Urt. v. 10.11.2010 – VIII ZR 327/09, WM 2011, 136 = MDR 2011, 53 = NJW 2011, 608 = EWIR 2011, 219 (Möller) Rn 31; v. 17.12.2008 – VIII ZR 159/07, DB 2009, 341 (LS) = WRP 2009, 326 Rn 24; v. 3.7.1986 – I ZR 171/84, WM 1986, 1413 unter II 1.

61 Die Frage, ob nach Vertragsende noch außerordentlich gekündigt werden kann lassen *Salomon/Wegstein* BB 2010, 339 (340) offen.

62 OLG Stuttgart, Urt. v. 30.11.2009 – 5 U 52/09, BeckRS 2010, 01765 m. Anm. *Ayad* BB 2010, 920; *Ebenroth/Löwisch*<sup>3</sup> § 89a Rn 35.

63 BGH BB 1960, 381; *Flohr/Wauschkuhn/Flohr* Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89a Rn 15.

64 *Flohr* ZVertriebsR 2019, 12 (13).

65 *Flohr* ZVertriebsR 2019, 12 (13); *Ebenroth/Löwisch*<sup>3</sup> § 89a Rn 39.

66 BGH, Urt. v. 12.3.2003 – VIII ZR 197/02, VersR 2003, 856 = BB 2003, 1253 = NJW-RR 2003, 981 = NJW 2003, 2677 (LS) = WM 2003, 2103; v. 17.12.1998 – I ZR 106/96, EWIR 1999, 303 = NJW 1999, 1177 m. Anm. *Martinek*; WM 1981, 172 (173); WM 1974, 350 (351); OLG Stuttgart, Urt. v. 30.11.2009 – 5 U 52/09, BeckRS 2010, 01765 m. Anm. *Ayad* BB 2010, 920; *Flohr/Wauschkuhn/Flohr* Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89a Rn 15; *Ebenroth/Löwisch*<sup>3</sup> § 89a Rn 35; *MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene* § 89a Rn 12, 14, 15, 26; *Schlegelberger/Schröder* § 89a Rn 7, 7a.

Grundes.<sup>67</sup> Dabei sind vor allem die Schwere des Vertragsverstoßes und dessen Auswirkungen auf das Vertriebssystem insgesamt zu berücksichtigen.<sup>68</sup> Zugleich ist das aus § 242 BGB abzuleitende Gebot zu prüfen, ob Umstände vorliegen, die den Vertragsverstoß und damit den wichtigen Grund **gerechtfertigt oder entschuldigt** erscheinen lassen oder das Kündigungsrecht des Kündigenden wegen eines Vertragsverstoßes verwirkt ist.<sup>69</sup> Es empfiehlt sich nach *Martinek* eine Orientierung an der **Ermessensentscheidung**.<sup>70</sup> Dabei sei in 3 Schritten vorzugehen, nämlich Sammlung, Gewichtung sowie Gesamtwürdigung.<sup>71</sup> Gerade im Bereich des **Franchising** werden an das Vorliegen eines wichtigen Grundes hohe Anforderungen gestellt, und zwar wegen der regelmäßig langen Vertragslaufzeit, der hohen wirtschaftlichen, oft existenziellen Bedeutung des Vertrages sowie der engen und partnerschaftlichen Zusammenarbeit.<sup>72</sup> Die Möglichkeit einer **Freistellung** des HV<sup>73</sup> oder einer **Fortsetzung des Vertrages zu angepassten Bedingungen**<sup>74</sup> ist regelmäßig nicht in die Interessenabwägung einzubeziehen, selbst wenn dem Unternehmer beides freisteht und er es auch anbietet. **Besonders günstige Vertragsbedingungen** erfordern strengere Maßstäbe an die Loyalität des HV und können schon Verstöße als wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung rechtfertigen, die es unter anderen Umständen noch nicht wären. Eine langjährige vertrauensvolle Zusammenarbeit mit einem HV, der mit gutem Erfolg für das Unternehmen tätig gewesen ist, kann andererseits auch einen **einmaligen, schwerer wiegenden Verstoß** gegen seine Vertragspflichten in milderem Licht und es dem Unternehmer zumutbar erscheinen lassen, das Vertragsverhältnis gleichwohl fortzusetzen.<sup>75</sup> Erst recht gilt das, wenn der vom Unternehmer als schwerwiegend angesehene Grund nicht einmal auf **Verschulden** des HV beruht.<sup>76</sup>

Die Gesamtbetrachtung rechtfertigt es, **mehrere Umstände**, die je für sich allein eine fristlose Kündigung nicht tragen würden, im Zusammenhang zu sehen, falls sie in ihrer **Summierung** es dem Unternehmer nicht länger zumutbar machen, das Vertragsverhältnis fortzusetzen.<sup>77</sup> Entscheidend ist der zuletzt eingetretene Umstand. Jedoch dürfen die zurückliegenden Kündigungsgründe in die Gesamtabwägung einbezogen werden, wenn sie für sich allein nicht ausreichend waren, um eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen, längere Zeit zurückliegen und verfristet sind.<sup>78</sup> Immer aber muss zumindest ein nicht verfristeter und – falls erforderlich – erfolglos abgemahnter Umstand vorliegen, der jedenfalls im Zusammenwirken mit den weiteren Gründen in der Zusammenschau einen wichtigen Grund bildet.<sup>79</sup> Entweder ist es dann

<sup>67</sup> BGH, Urt. v. 10.11.2010 – VIII ZR 327/09, WM 2011, 136 = MDR 2011, 53 = NJW 2011, 608 = EWIR 2011, 219 (*Möller*) Rn 31. *Flohr ZVertriebsR* 2015, 115 spricht insoweit von „Ermessen“.

<sup>68</sup> *Flohr ZVertriebsR* 2019, 12 (13).

<sup>69</sup> *Flohr ZVertriebsR* 2019, 12 (13).

<sup>70</sup> *Martinek ZVertriebsR* 2015, 207 (211).

<sup>71</sup> *Martinek ZVertriebsR* 2015, 207 (211).

<sup>72</sup> Vgl. KG Berlin, Urt. v. 21.11.1997, BB 1998, 607 ff. – Burger King; *Giesler/Güntzel* in: *Giesler, Praxishandbuch Vertriebsrecht*, 2. Aufl. 2011, § 4 Rn 513. Nach Ansicht von *Flohr ZVertriebsR* 2015, 115 ist der vom KG aufgestellte Grundsatz überholt.

<sup>73</sup> BAG ZIP 1999, 1368 (1372); *Ebenroth/Löwisch*<sup>3</sup> § 89a Rn 17.

<sup>74</sup> **AA** *Ebenroth/Löwisch*<sup>3</sup> § 89a Rn 39.

<sup>75</sup> BGH DB 1978, 1882: erprobter und erfolgreicher HV vernachlässigt in einem Einzelfalle seine Berichtspflicht, woran sich eine harte Auseinandersetzung anschließt; kein berechtigter Grund für fristlose Kündigung, auch wenn der HV sich im Ton vergreift; ähnlich BGH DB 1981, 1772 – Nichtbefolgen einer Weisung.

<sup>76</sup> OLG Karlsruhe BB 1957, 561: HV, der viele Jahre hindurch unter vollem Einsatz gute Ergebnisse gebracht hatte, lässt im Alter nach: Absinken der Ergebnisse noch kein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung.

<sup>77</sup> BGH, Urt. v. 24.3.1959 – VIII ZR 39/58, NJW 1959, 1219 = BB 1959, 540 (544); OLG Stuttgart, Urt. v. 30.11.2009 – 5 U 52/09, BeckRS 2010, 01765 m. Anm. *Ayad* BB 2010, 920; KG DB 1998, 607 (608, 609); *Ebenroth/Löwisch*<sup>3</sup> § 89a Rn 16; *Heymann/Sonnenschein/Weitemeyer* § 89a Rn 10; *MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene* § 89a Rn 25; *Schlegelberger/Schröder* § 89a Rn 9.

<sup>78</sup> BGH BB 1959, 540 (541); BGHR BGB § 242 Kündigung – wichtiger Grund 11; *Ebenroth/Löwisch*<sup>3</sup> § 89a Rn 16; *MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene* § 89a Rn 25; *Schlegelberger/Schröder* § 89a Rn 9.

<sup>79</sup> *Ebenroth/Löwisch*<sup>3</sup> § 89a Rn 16.

der sprichwörtliche Tropfen, der das Faß zum Überlaufen bringt oder der früher aufgetretene Umstand, für den das Kündigungsrecht nicht mehr besteht, wird zur Unterstützung des nunmehr maßgeblichen Ärgernisses herangezogen, um es in das rechte Licht zu rücken und damit den wichtigen Grund herzustellen.<sup>80</sup> Genügt einer der Kündigungsgründe für sich, kann sich der Kündigende zur Begründung seiner Kündigung auf jenen beschränken.<sup>81</sup> Bei der Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls ist das **Verbot sachfremder Erwägungen** zu beachten, wonach vorrangig diejenigen Sachumstände zu berücksichtigen sind, die in einem inhaltlich-sachlichen Begründungszusammenhang mit dem Abwägungsvorgang stehen können (sachliche Nähe).<sup>82</sup> Nicht vom Gekündigten verschuldete, jedoch aus seiner Risikosphäre herführende Gründe geben zu einer besonders sorgfältigen Interessenabwägung und strengen Zumutbarkeitsprüfung Anlass.<sup>83</sup>

18 In Anlehnung an *Löwisch* in: Ebenroth, 4. Aufl. § 89a Rn 44 m. w. N.<sup>84</sup> wird die nachfolgend wiedergegebene Prüfungsliste von Abwägungskriterien gebildet, welche im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen sind und auf die verwiesen wird:

19 Art, Schwere, Gewicht und Dauer einer dem Gekündigten anzulastenden Vertragsverletzung oder Störung des Vertragsverhältnisses; Vorgeschichte der Kündigung und ihr Anlass; Veranlassung/Herbeiführen des Kündigungsgrundes (ggf. in schuldhafter Weise) durch eine Vertragspartei oder Zuordnung des Kündigungsgrundes zu ihrer Risikosphäre, insb. Mitverursachung oder Mitverantwortung des Kündigenden oder eines seiner Risikosphäre zuzuordnenden Dritten für den die Kündigung auslösenden Anlass; längere Vorhersehbarkeit des Kündigungsgrundes; frühere Vertragsverletzungen des Gekündigten sowie erfolglos gebliebene Abmahnungen; früheres Verhalten des Kündigenden bei ähnlichen Störungen im Vertragsverhältnis, welche nunmehr die fristlose Kündigung rechtfertigen sollen, sowie ein möglicherweise bei dem Betroffenen durch frühere Reaktionen des Kündigenden begründetes Vertrauen auf eine mildere Sanktion bei künftigen Vorfällen ähnlicher Art; Verhalten des Kündigenden bei vergleichbaren Vorkommnissen, auch anderer Vertragspartner; eigene Vertragsuntreue des Kündigenden vor oder nach Ausspruch der Kündigung; Verhalten des Kündigenden nach Kenntnis des Kündigungsgrundes, welches Aufschluß darüber geben kann, wie wichtig er den Anlass tatsächlich nimmt, besonders die Dauer einer zum Abstellen vertragswidrigen Verhaltens eingeräumten Frist oder der Ausspruch einer zunächst lediglich ordentlichen anstelle einer fristlosen Kündigung; Dauer der Übergangszeit bis zum Wirksamwerden einer bereits oder unverzüglich zum nächstmöglichen Zeitpunkt ausgesprochenen ordentlichen Kündigung; je kürzer diese ist, desto eher mag eine Vertragsfortsetzung zumutbar sein; zu vergleichen sind dabei die gesamte Vertragsdauer im Verhältnis zu der noch ausstehenden Vertragszeit bis zum nächstmöglichen Beendigungszeitpunkt; die mit einer Fortsetzung des Vertrags für die Übergangszeit verbundenen, im Zeitpunkt der Kündigung für den Kündigenden voraussehbaren Vor- und Nachteile beider Parteien einschließlich ihrer vermögensrechtlichen Folgen und eines eventuellen Schadens;<sup>85</sup> die Auswirkungen einer fristlosen Kündigung für den Gekündigten im Vergleich zu den Folgen einer ordentlichen Kündigung; die besondere Schutzbedürftigkeit einer wirtschaftlich unterlegenen oder von der Gegenpartei wirtschaftlich abhängigen Vertragspartei, wie es besonders bei dem Einfirmenvertreter nach § 92a der Fall sein kann; die Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses im Einzelnen; die Gewährung besonderer vertraglicher Leistungen oder Rechte kann die Anforderungen an die Unzumutbarkeit ebenso herabsetzen wie die Übernahme besonderer Pflichten durch den zu Kündigenden zu erheblich strengeren Anforderungen an eine Unzumutbarkeit führen kann; Art

80 Schlegelberger/*Schröder* § 89a Rn 9.

81 Ebenroth/*Löwisch*<sup>3</sup> § 89a Rn 16.

82 *Martinek* ZVertriebsR 2015, 207 (211).

83 OLG München, UrT. v. 18.7.2007 – 7 U 2055/06, BeckRS 2007, 01692 (dort aus der eigenen Risikosphäre hergeleiteter Grund zur Kündigung eines HV-Vertrages abgelehnt); Ebenroth/*Löwisch*<sup>3</sup> § 89a Rn 40.

84 So auch OLG Stuttgart, UrT. v. 30.11.2009 – 5 U 52/09, BeckRS 2010, 01765 m. Anm. *Ayad* BB 2010, 920.

85 OLG Köln, UrT. v. 20.9.2013 – 19 U 33/13, IHR 2015, 70 = BeckRS 2014, 11577.

und Weise sowie Dauer der bisherigen Zusammenarbeit der Parteien; einen erst kurze Zeit bestehenden oder bereits vielfachen Störungen ausgesetzten Vertrag fortzusetzen kann in geringerem Maß zumutbar sein als ein langjähriges, vertrauensvoll und bislang weitgehend reibungsfrei abgewickelter Vertragsverhältnis; die bisherigen Leistungen des zu Kündigenden, besonders sofern sie über einen längeren Zeitraum einwandfrei erbracht wurden; besondere Verdienste des zu Kündigenden um die Gegenpartei in der Vergangenheit; die Ausgestaltung der persönlichen Beziehungen der Vertragsparteien in der Vergangenheit; das Gegenüberstehen von HV und Unternehmer als selbständige Kaufleute ohne Vorliegen eines Arbeits- oder typischen Dienstverhältnisses i. S. v. § 611 BGB, weswegen von der Rechtsprechung zu § 626 BGB entwickelte Abwägungskriterien nicht ohne weiteres übernommen werden dürfen; Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit.

Jedes dieser Kriterien ist im Einzelfall zu würdigen, wobei einzelne Kriterien nach der Natur **20** des Vertragsverhältnisses stärkere oder schwächere Bedeutung haben können.

## 2. Objektiver Tatbestand

Es muss **objektiv ein wichtiger Grund vorliegen**. Dazu müssen im Zeitpunkt der Kündigungs-  
erklärung<sup>86</sup> objektive Tatsachen vorliegen, die eine **Fortsetzung des Vertrages bis zum frühestmöglichen ordentlichen Kündigungstermin nach § 89 oder einer ggf. wirksam vereinbarten Kündigungsfrist oder Befristung ausschließen**.<sup>87</sup> Der wichtige Grund muss also tatsächlich existieren.<sup>88</sup> Das ist der erste Prüfungsmaßstab. Zu untersuchen ist dies anhand des Verständnisses eines durchschnittlichen Marktteilnehmers unter Berücksichtigung aller tatsächlich vorliegenden Tatsachen, selbst wenn sie dem Kündigenden unbekannt sein sollten.<sup>89</sup> Dabei sind keine engeren oder großzügigeren Maßstäbe als im Arbeitsrecht anzulegen. Was zumutbar ist bestimmt sich nach den Verhältnissen des konkreten Vertrages. Die Art der in die Abwägung einzubeziehenden Tatsachen ist irrelevant. Selbst im Falle einer **Änderungskündigung** mag objektiv ein wichtiger Grund vorliegen; er wird durch das Angebot zur Vertragsfortführung nicht widerlegt, sofern erst der geänderte Vertrag dessen Fortführung zumutbar macht (Beispiel: Änderung der Zahlungsbedingungen bei Insolvenz des Vertragshändlers).<sup>90</sup> Maßgeblich ist meist ein **Verhalten** des Gekündigten, Musterbeispiel ist die bereits erwähnte, erhebliche Vertragsverletzung. Ebenso kommt aber auch ein **Verhalten des Kündigenden**<sup>91</sup> (Paradigma: Produktionseinstellung, Betriebsaufgabe), **eines Dritten**<sup>92</sup> (Einstellung der Belieferung durch den Dritten;<sup>93</sup> falls der faktisch in das Vertragsverhältnis eingeschaltete Ehemann einer Vertragshändlerin in einer eidesstattlichen Versicherung zu einem Eilverfahren schwerwiegende Vorwürfe gegen den Geschäftsführer des Herstellers erhebt, die ein gedeihliches Zusammenwirken der Parteien nicht mehr erwarten lassen<sup>94</sup>), **von Hilfspersonen der Parteien**, zuvörderst aber das Verhalten der Parteien selbst in Betracht. Die Umstände brauchen noch nicht einmal aus dem Risikobereich der Parteien zu stammen.<sup>95</sup> Wichtige Gründe sind auch objektive, von keiner Vertragspartei zu

**86** BGH NJW-RR 2008, 1155; *Martinek* ZVertriebsR 2015, 207 (209); Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89a Rn 37.

**87** BGH EBE 1999, 13 (15, 16); OLG Koblenz, Urt. v. 22.3.2007 – 6 U 1313/06, NJW-RR 2007, 1044 (1045).

**88** Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89a Rn 12; Heymann/Sonnenschein/Weitemeyer § 89a Rn 27.

**89** Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89a Rn 35; BAG MDR 1997, 1130.

**90** *Wagner/Wexler-Uhlich* BB 2011, 519 (522) – zum Vertragshändlervertrag.

**91** Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89a Rn 11; Schlegelberger/Schröder § 89a Rn 9; aA BGH LM Nr. 17 Bl. 3 R.

**92** MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89a Rn 13.

**93** Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89a Rn 11.

**94** OLG Saarbrücken NJW-RR 1999, 1339 = EWIR 1999, 1175 (*Emde*).

**95** BGH, Urt. v. 30.6.1987 – KZR 7/86; BGHR BGB § 242 Kündigung – wichtiger Grund 4; BAG, Urt. v. 21.1.1999 – 2 AZR 665/98, BB 1999, 1819 (zu § 626 BGB); Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89a Rn 11; MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89a Rn 13; Schlegelberger/Schröder § 89a Rn 5.

beeinflussende Umstände.<sup>96</sup> Beispiele: Zerstörung der Produktionsanlagen durch Naturgewalt, Tod einer Schlüsselperson. Hier ist aber immer die Frage der Verhältnismäßigkeit der Kündigung im Lichte der wechselseitigen Treupflichten sorgsam zu untersuchen. Regelfall ist, dass die Parteien gemeinsam versuchen, aus der Krise zu schreiten. Nicht zu fordern ist, dass ein als wichtiger Grund geltend gemachtes Verhalten des Unternehmers sich unmittelbar gegen die Person oder die wirtschaftlichen Interessen des HV richtet. Jener darf die fristlose Kündigung auch darauf stützen, dass der Unternehmer den Kunden gegenüber die Pflicht, seine Geschäfte ehrenhaft, redlich und nach den Grundsätzen eines ehrbaren Kaufmanns zu führen, z. B. durch Hergabe von Schmiergeldern, verletzt.<sup>97</sup>

### 3. Bedeutung der verbleibenden Vertragsdauer

- 22 Umstritten ist, welche Bedeutung die Länge der noch ausstehenden Vertragsdauer, insbesondere die ordentliche Kündigungsfrist, für die Bewertung des wichtigen Grundes einnimmt. Einerseits könnte vertreten werden, dass bei Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts, einer sehr langen ordentlichen Kündigungsfrist oder einer langjährigen Befristung des Vertrages an das Vorliegen eines wichtigen Grundes besonders hohe Anforderungen zu stellen sind.<sup>98</sup> In dem „Burger King“-Urteil des KG<sup>99</sup> hat das KG ausgeführt, im Falle eines auf 20 Jahre fest geschlossenen Vertrages seien an das Vorliegen eines wichtigen Grundes besonders strenge Anforderungen zu stellen. Im dort vorliegenden Fall eines Zahlungsverzugs des FN habe der FG berücksichtigen müssen, dass die fristlose Kündigung die „ultima ratio“ bildet, die nur in Betracht komme, wenn nicht eine Bereinigung auf anderem Wege möglich und zumutbar sei. So sei es bei Verträgen von besonders langer Dauer dem durch die Vertragsverletzung beschwerten Partner i. d. R. zuzumuten, seinen Vertragspartner zunächst zur Erfüllung anzuhalten und seine Ansprüche – notfalls gerichtlich – geltend zu machen. Der FG müsse deshalb einen mehrwöchigen Zahlungsverzug hinnehmen. Möglich ist aber auch eine gegenteilige Beurteilung: Bei kürzerer Vertragsdauer hinnehmbare Störungen des Vertrauensverhältnisses könnten sich bei langjähriger Gebundenheit besonders störend auswirken und daher eine Kündigung wegen Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung „erst recht“ begründen.<sup>100</sup> Wenn man sich entscheiden müsste, dürfte dieser letzten Auffassung eher zuzustimmen sein. Sie wird der Systematik der Kündigungsgründe gerecht. Es kommt immer darauf an, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Vertrages bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist unzumutbar ist, was bei ausgedehnten Fristen eher

<sup>96</sup> RGZ 58, 256.

<sup>97</sup> RGZ 77, 96.

<sup>98</sup> BGH BB 1979, 142; OLG München, Beschl. v. 8.2.2018 – 23 U 1932/17, ZVertriebsR 2018, 103 Rn 22; 21jährige Vertragsdauer; Urt. v. 18.7.2007 – 7 U 2055/06, BeckRS 2007, 01692; Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89a Rn 13; vgl. auch Heymann/Sonnenschein/Weitemeyer § 89a Rn 11.

<sup>99</sup> KG, Urt. v. 21.11.1997 – 5 U 5398/97, BB 1998, 607 = NJWE-WettbR 1998, 110 (nach Ansicht von Flohr ZVertriebsR 2015, 115 überholt). Als Argument auch in der Burger-King Entscheidung des OLG München, Urt. v. 14.10.2014 – 7 U 2604/13, ZVertriebsR 2015, 110 m. Anm. Flohr = BeckRS 2014, 19514 angesprochen: Es sei zwar richtig, dass Franchiseverträge üblicherweise mit einer langen Laufzeit geschlossen würden, um dem FN die Gelegenheit zu geben, seine Investitionen zu amortisieren. Auf der anderen Seite schlage nach allgemeinen kündigungsrechtlichen Grundsätzen die lange Restlaufzeit eines befristeten Vertrages bei der Prüfung der Zumutbarkeit der Fortsetzung des Schuldverhältnisses zugunsten des Kündigenden ins Gewicht. Nach Ansicht von Waldzus BB 2016, 515 (521) rechtfertigte die befürchtete Schädigung des Markenimage die außerordentliche Kündigung.

<sup>100</sup> OLG München, Urt. v. 14.10.2014 – 7 U 2604/13, ZVertriebsR 2015, 110 m. Anm. Flohr = BeckRS 2014, 19514 – Burger King; v. 18.7.2007 – 7 U 2055/06, BeckRS 2007, 01692; LG Frankfurt/M. BB 1966, 499; Flohr ZVertriebsR 2015, 115 (für Franchiseverträge); Westphal II Rn 591; ambivalent BGH v. 28.4.1957, HVR Nr. 159: einerseits müsse Kündigung bei 15jähriger Vertragsdauer leichter möglich sein. Andererseits müsse bei einer derart langfristigen Bindung ein besonders strenger Maßstab angelegt werden, weil der HV in besonderem Maße geschützt sein sollte.

weniger anzunehmen sein wird. Als Grundregel gilt daher eher: Je kürzer die verbleibende Vertragsdauer, umso höhere Anforderungen sind an den wichtigen Grund zu stellen.<sup>101</sup> Einer Kündigung kurz vor dem ordentlichen Vertragsende haftet schnell der Geruch des Versuchs der Umgehung des Ausgleichsanspruchs (§ 89b Abs. 3 Nr. 2) an. Teilweise wird die eben genannte Regel umgekehrt, etwa bei der Kündigung von Verträgen auf Lebenszeit,<sup>102</sup> was eigentlich inkonsequent, jedoch durch die Besonderheiten des auf langfristige Bindung angelegten Vertrages gerechtfertigt sein mag (aber § 624 BGB). Letztlich kommt es auf den Einzelfall an. Ob tatsächlich eine Unverträglichkeit beider Positionen besteht, ist daher fraglich. Wahrscheinlich **erhöhen sich die Anforderungen an den wichtigen Grund bei beiden Extremen der Laufzeit**, nämlich sowohl im Falle besonders langer oder kurzer Spanne bis zum nächsten ordentlichen Endigungstermin, im erstgenannten Fall besteht eine „Dauergefahr“. Im letztgenannten Fall ist es zumutbar, bis zum ordentlichen Vertragsende zuzuwarten. Eine Vertragsauslegung kann ergeben, dass die Langfristigkeit des Vertrages auch dem Schutz des Mittlers vor außerordentlichen Kündigungen dienen soll. Dann mögen sich die für und gegen das außerordentliche Kündigungsrecht streitenden Momente bei langwieriger ordentlicher Kündigungsfrist oder langjährig unkündbarem Vertrag aufheben. Ein bis zur nächsten Möglichkeit der Vertragsbeendigung verbleibender Zeitraum von mehreren Monaten ist lang genug, um eine außerordentliche Kündigung zu gestatten.<sup>103</sup>

#### 4. Zeitpunkt des Eintritts des wichtigen Grundes

Der Zeitpunkt, zu dem der wichtige Grund objektiv eintritt, ist grundsätzlich kein rechtsrelevanter Umstand. Es darf jedoch kein zu langer Abstand zwischen Kenntnis des Kündigungsgrundes und Kündigungserklärung liegen (Rn 55 ff.). Insbesondere ist es nicht erforderlich, dass der wichtige Grund erst im Laufe des Vertragsverhältnisses entstanden sein muss. Auch **vorvertragliche Umstände** können, wenn sie später bekannt werden, vorbehaltlich der Möglichkeit einer Anfechtung des Vertrages wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung, einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung geben.<sup>104</sup> So kann eine fristlose Kündigung etwa infolge einer **Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten** oder einer Täuschung bei Vertragsschluss gerechtfertigt sein. Dass eine Offenbarungspflicht des HV insoweit bestand, wird nicht vorauszusetzen sein, wie denn überhaupt **Verschulden** nicht wesentlich ist. Umstände indessen, die dem Kündigungswilligen **bei Abschluss des Vertrages bekannt** waren, hat er in Kauf genommen und kann sie jetzt nicht als wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung verwenden. Nicht erforderlich ist, dass ein **Schaden** für den Kündigungswilligen entstanden ist.<sup>105</sup> Dies mag aber ein abwägungsrelevanter Umstand sein. Auf **Gründe, welche nach Zugang der außerordentlichen Kündigung** entstanden sind, darf die zuvor ausgesprochene Kündigung nicht gestützt werden.<sup>106</sup> Das „Nachschieben“ von Kündigungsgründen ist jedoch unter bestimmten Bedingungen zulässig (Rn 65). Es darf jedoch eine neue Kündigung wegen dieses Grundes erklärt werden.

<sup>101</sup> S. etwa BGH WM 1999, 1013 = EWiR 1999, 303 (Martinek).

<sup>102</sup> Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89a Rn 7.

<sup>103</sup> OLG Köln, Beschl. v. 1.8.2013 – 19 W 1/13, BeckRS 2014, 02950.

<sup>104</sup> Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89a Rn 15; MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89a Rn 13; Schlegelberger/Schröder § 89a Rn 6.

<sup>105</sup> BGH, Urt. v. 5.2.1959 – II ZR 107/57, BGHZ 29, 275 (276) = NJW 1959, 275 (276); WM 74, 350 (351); KG, Urt. v. 25.10.2002 – 7 U 240/01; OLG Nürnberg BB 1960, 596.

<sup>106</sup> Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89a Rn 15; MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89a Rn 71; Schlegelberger/Schröder § 89a Rn 14c.

## 5. Subjektiver Tatbestand, insb. Verschulden

- 24 Subjektiv muss der Kündigende das zur Kündigung leitende Verhalten **als besonders erheblich empfunden** haben. Es genügt also nicht allein das objektive Vorliegen des Umstandes. Hinzu kommen muss die korrespondierende persönliche, subjektive Betroffenheit, nicht anders als beim Zusammenwirken objektiver und subjektiver TB im Strafrecht. Diese Betroffenheit wird regelmäßig durch die objektiven Umstände in Zusammenhang mit ihrer Benennung als Kündigungsgrund indiziert, falls ein durchschnittlicher Marktteilnehmer sie subjektiv als erheblich empfinden würde. Weder reicht also allein der objektive TB noch der subjektive TB.<sup>107</sup> Dem Verhalten des Kündigenden **nach Kenntnis des vermeintlichen Kündigungsgrundes** und seiner anschließenden Reaktion,<sup>108</sup> zudem seinem **Verhalten in vergleichbaren Fällen**,<sup>109</sup> lässt sich oft entnehmen, wie schwerwiegend er die Störung bewertet. Nimmt der Kündigungsberechtigte die Tatsachen etwa als Anlass, Vertragsänderungen durchzusetzen, wird er den Kündigungsgrund als eher weniger schwerwiegend empfunden haben.<sup>110</sup>
- 25 Ist der Kündigende **besonders unempfindlich** und hat er trotz objektiver Erheblichkeit in der Vergangenheit vergleichbare Vorkommnisse nicht zum Anlass einer außerordentlichen Kündigung genommen, so ist sie auch jetzt unzulässig. Für diesen Ausnahmefall ist der Kündigungsempfänger beweispflichtig. Der Kündigende kann mithin durch seine Reaktion auf einen TB, der objektiv gesehen eine fristlose Kündigung rechtfertigen würde, darauf schließen lassen, dass er selbst ihn nicht als so schwerwiegend empfindet<sup>111</sup> (**Selbstwiderlegung des wichtigen Grundes**) – das kann (Auslegungsfrage!) auch dadurch zum Ausdruck kommen, indem er ordentlich kündigt bzw. diesen Grund in einer mit anderen Umständen begründeten fristlosen Kündigung nicht nennt –, oder er ihn „verziehen“ hat, d. h. daraus dem HV gegenüber keine Folgerungen mehr herleiten will und Derartiges auch zum Ausdruck gebracht hat. Auf solche Umstände kann dann eine fristlose Kündigung nicht mehr gestützt werden. Sie können höchstens noch als Illustrationsfakten zur Stützung später eingetretener Kündigungsgründe verwendet werden. Man muss also immer darauf blicken, wie der Kündigende in der Vergangenheit entschieden hat.<sup>112</sup> Einen strengen „Grundsatz der Gleichbehandlung“ gibt es jedoch nicht.<sup>113</sup> Der Kündigende darf seine Empfindlichkeitsschwelle auf das objektiv angemessene Maß senken, wenn es hierfür nachvollziehbare Gründe gibt – etwa Wechsel des Entscheidungsträgers beim Unternehmer, Wettbewerbssituation, Ausnutzen des Langmuts des Unternehmers. Aus der Tatsache allein, dass der Kündigende innerhalb der dafür als angemessen angesehenen Frist (Rn 55 ff.) mit dem Ausspruch der Kündigung zunächst gewartet hat, können meist auf seine innere Einstellung zu dem Geschehen keine Schlüsse gezogen werden. Denn eine gewisse Entschließungsfrist zur vorherigen Überlegung und Abklärung muss ihm zugebilligt werden (Rn 55 ff.). **Es genügt die nachhaltige Erschütterung des Vertrauens in die Loyalität des anderen Teils.**<sup>114</sup>

## 6. Verschulden des Kündigungsempfängers

- 26 Ein **Verschulden** oder eine (Mit)Verursachung des Kündigungsempfängers an der Entstehung der Umstände, die als wichtiger Grund die fristlose Kündigung rechtfertigen, ist **nicht**

<sup>107</sup> MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89a Rn 13.

<sup>108</sup> Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89a Rn 17; MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89a Rn 24; Schlegelberger/Schröder § 89a Rn 8.

<sup>109</sup> Flohr ZVertriebsR 2015, 115 zu Franchiseverträgen.

<sup>110</sup> OLG Nürnberg BB 1963, 447; Westphal II Rn 593.

<sup>111</sup> OLG München VersR 1957, 92.

<sup>112</sup> Flohr ZVertriebsR 2019, 12.

<sup>113</sup> AA mglw. Flohr ZVertriebsR 2019, 12; Flohr ZVertriebsR 2018, 147 (152).

<sup>114</sup> BGH BB 1956, 136.

**erforderlich.** Insoweit können objektive Gegebenheiten genügen, um die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses dem Vertragspartner unzumutbar werden zu lassen. So z. B. eine nicht verschuldete Insolvenz des HV infolge von Kettenzusammenbrüchen, oder eine bei dem HV ausgebrochene geistige Erkrankung, wenn die Heilungsaussicht auf absehbare Zeit als ausgeschlossen angesehen werden darf. Der Grund kann sogar in der eigenen Sphäre des Kündigenden liegen. Doch geben „selbst geschaffene“ betriebliche Einschränkungen und Betriebsstillegungen dem Unternehmer oft keinen wichtigen Grund<sup>115</sup> (s. Rn 72, Stichwort „BetriebsEinstellung“). Der Unternehmer wird sich in solchen Fällen auf eine befristete Kündigung beschränken müssen.

## 7. Mitverursachung/Mitverschulden des Kündigenden

Da kein Verschulden gefordert ist, wird eine fristlose Kündigung selbst dann nicht notwendigerweise ausgeschlossen, wenn den Kündigenden selbst eine **Mitverantwortlichkeit**<sup>116</sup> oder **Mitverschulden**<sup>117</sup> für das Entstehen des den wichtigen Grund gebenden TB trifft. Es handelt sich aber jeweils um eine Einzelfallabwägung, die im Einzelfall zu einem Ausschluss des Kündigungsrechts führen kann<sup>118</sup>: Haben beide Parteien schuldhaft die Vertragsgrundlage zerrütet, so mag die Würdigung aller Umstände ergeben, dass der Vertragsteil, **welcher die Zerrüttung überwiegend verschuldet** hat, nicht wegen Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Vertrags fristlos kündigen darf.<sup>119</sup> Dies gilt etwa, falls der Vertrag ohnehin in absehbarer Zeit (hier: zehn Wochen) beendet wird<sup>120</sup> oder die Vertragsverstöße des Kündigungsempfängers nicht so gewichtig sind, dass die Fortsetzung trotz der eigenen Vertragsuntreue unzumutbar bleibt.<sup>121</sup> Dieses Eigenverschulden ist bei den „Umständen des Einzelfalls“ und den „beiderseitigen Interessen“ sowie bei der Abwägung und Gesamtwürdigung zur Frage der Zumutbarkeit oder Unzumutbarkeit zu berücksichtigen.<sup>122</sup> So kann ein Kommissionsagentenvertrag nicht außerordentlich gekündigt werden, wenn Auseinandersetzungen über Forderungen des Unternehmers bestehen, die im März 2009 beginnen, der Kommissionsagent am 5.10.2009 androht, ab dem 13.7.2009 von einem Zurückbehaltungsrecht Gebrauch zu machen und sämtliche Tätigkeiten zum Ruhen zu bringen und dann am 9.10.2009 die Kündigung ausgesprochen wird. Eine Fortsetzung des Vertrages sei dem Unternehmer insb. zuzumuten, wenn ein beauftragter Wirtschaftsprüfer vorher Indizien dafür fand, dass die Buchhaltung des Unternehmers zum Nachteil des Agenten unvollständig und der Unternehmer durch die Möglichkeit zum Rückbehalt eines Ausgleichsanspruch gesichert ist.<sup>123</sup> Die Mitverantwortlichkeit des anderen Teils kann über § 254 BGB bei der Bemessung des Schadensersatzes nach Abs. 2 ins Gewicht fallen (dazu unten). Dass die Frage des Verschuldens für den Verlust des Ausgleichsanspruchs oder der Karenzschädigung (§ 89b Abs. 3 Ziff. 2, 90a Abs. 2 S. 2) oder für die Berechtigung des HV, sich von einem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot loszusagen (§ 90a Abs. 3), eine Rolle spielt, liegt auf anderem Felde.

<sup>115</sup> OLG München, Urt. v. 18.7.2007 – 7 U 2055/06, BeckRS 2007, 01692; Schlegelberger/Schröder § 89a Rn 10.

<sup>116</sup> BGH BB 1960, 381.

<sup>117</sup> Martinek ZVertriebsR 2015, 207 (209/210).

<sup>118</sup> Martinek ZVertriebsR 2015, 207 (209/210).

<sup>119</sup> BGH WM 1999, 1013 = EWiR 1999, 303 (Martinek); LG Bielefeld, Urt. v. 28.1.2010 – 9 O 385/04, BeckRS 2013, 02142 (Franchisevertrag).

<sup>120</sup> BGH WM 1999, 1013 = EWiR 1999, 303 (Martinek).

<sup>121</sup> BGHZ 44, 275; BGH BB 1959, 541; HVR Nr. 211; WM 1992, 313; OLG Hamm HVR Nr. 878; Hopt § 89a Rn 8.

<sup>122</sup> Martinek ZVertriebsR 2015, 207 (210).

<sup>123</sup> LG Saarbrücken, Urt. v. 6.2.2013 – 7 KfH O 226/09, ZVertriebsR 2016, 10 (13).

## 8. Verdachtskündigung

28 Nach den Grundsätzen der arbeitsrechtlichen **Verdachtskündigung** kann ausnahmsweise der **dringende Verdacht eines wichtigen Grundes** zur außerordentlichen Kündigung ausreichen,<sup>124</sup> falls ihn hinreichend sichere Anhaltspunkte untermauern, der Kündigende alles ihm Mögliche und Zumutbare zur Sachaufklärung unternommen hat,<sup>125</sup> ein Abwarten bis zur endgültigen Klärung weder möglich noch zumutbar und der zu Kündigende vor Ausspruch der Kündigung angehört worden ist.<sup>126</sup> Die Aufklärungspflicht des Unternehmers vor Ausspruch der Kündigung hat Grenzen.<sup>127</sup> Nicht aufgeklärte belastende Umstände hat der HV hinzunehmen,<sup>128</sup> wenn er an der Aufklärung schuldhaft nicht mitwirkt. Auch darf außerordentlich gekündigt werden, sofern etwa die Kunden die Zusammenarbeit mit einem unter Verdacht stehenden HV oder Unternehmer verweigern.<sup>129</sup> Das gilt auch, wenn das Vertragsverhältnis nur noch 5 ½ Monate dauert.<sup>130</sup> Eine derart ausgesprochene Verdachtskündigung steht nicht unter der **auflösenden Bedingung der Nichtbestätigung des erhobenen Vorwurfs**. Allerdings muss der Kündigende den Vertrag mit dem Kündigungsempfänger – sofern möglich – wieder aufnehmen, wenn der Verdacht ausgeräumt wird. Der Gekündigte kann jedoch im Verfahren um die Aufklärung des Verdachts, etwa durch fehlende Mitwirkung bei der Aufklärung oder Schweigen, einen von der eigentlichen Verdachtskündigung unabhängigen wichtigen (ausgleichsvernichtenden – § 89b Abs. 3 Nr. 2) Kündigungsgrund setzen, mit der Folge dass auch deshalb das Vertrauen in einer zur Kündigung berechtigenden Weise entfällt.<sup>131</sup> Beispiele:

- Ein FN hat beim FG Spendensammelbehälter bestellt, jedoch keine Spenden abgeführt und äußert sich auf Nachfragen nicht zu deren Verbleib.<sup>132</sup>
- Ein Versicherer muss sich bedingungslos darauf verlassen können, dass die VV ihrer Pflicht zur ausschließlichen Wahrung der Unternehmensinteressen uneingeschränkt nachkommen. Das Erfordernis einer ungestörten Vertrauensbeziehung ist umso größer, wenn der VV Schadensregulierungsvollmacht hat. In einem solchen Fall muss der Versicherer nicht nur auf die Sachkunde und Urteilsfähigkeit des VV vertrauen können, sondern muss sich auch sicher sein können, dass der Vermittler die ihm eingeräumten Rechte und Freiheiten nicht durch ein kollusives Zusammenwirken mit dem von ihm betreuten VN oder Dritten zum Nachteil des Unternehmens missbraucht. Deshalb wiegen schon diesbezügliche Zweifel schwer. Selbst wenn der VV sich damit verteidigt, er habe aufgrund von Arbeitsüberlastung ungeprüft Rechnungen und Kostenvoranschläge zur Abrechnung eingereicht, so würde dies

**124** BGHZ 29, 275 (276); BGH, Urt. v. 9.1.1967 – II ZR 226/64, BB 1967, 229; BAG, Urt. v. 7.4.1956 – 2 AZR 340/55, DB 1956, 427; v. 18.11.1999 – 2 AZR 743/98, ZIP 2000, 762 (764); OLG München, Urt. v. 16.4.2015 – 23 U 3932/2014, BeckRS 2015, 07780; OLG Köln, Urt. v. 16.4.2011 – 19 U 142/09, NJOZ 2011, 1056; LAG Berlin GmbH 1997, 839; OLG Frankfurt/M., Urt. v. 13.11.2009 – 2 U 76/09, MDR-Report 23/2009, R 13 = BeckRS 2009, 86480 (Franchiserecht); LG Kiel, Urt. v. 17.10.2014 – 14 O 6/14 (VV); Küstner/Thume/Riemer I<sup>5</sup> Kap. VIII Rn 432; Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89a Rn 18; vgl. *Becker-Schaffner* DB 1987, 2148, *Lücke* BB 1997, 1842; BB 1998, 2259; ablehnend *Giesler/Güntzel* in: *Giesler, Praxishandbuch Vertriebsrecht*, 2. Aufl. 2011, § 4 Rn 549.

**125** Ist dies nicht der Fall, scheidet eine Verdachtskündigung aus, siehe OLG Köln, Urt. v. 16.4.2011 – 19 U 142/09, NJOZ 2011, 1056.

**126** BAG, Urt. v. 20.3.2014 – 2 AZR 1037/12, DB 2014, 1932; ZIP 2000, 762 (764); v. 18.9.1997 – 2 AZR 36/97, DB 1998, 136; v. 20.8.1997 – 2 AZR 620/96, BB 1997, 2484; Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89a Rn 18; *Lücke* BB 1997, 1842 (1843, 1844); BB 1998, 2259.

**127** OLG München, Urt. v. 16.4.2015 – 23 U 3932/2014, BeckRS 2015, 07780.

**128** BGH BB 1959, 541; *Hopt* § 89a Rn 20.

**129** BGHZ 29, 275 (276); BGH, Urt. v. 30.3.1995 – IX ZR 182/94, EBE 1995, 159 (160); Ebenroth/Löwisch<sup>3</sup> § 89a Rn 19.

**130** OLG München, Urt. v. 16.4.2015 – 23 U 3932/2014, BeckRS 2015, 07780.

**131** Siehe etwa OLG Frankfurt/M., Urt. v. 13.11.2009 – 2 U 76/09, MDR-Report 23/2009, R 13 = BeckRS 2009, 86480 (Franchiserecht).

**132** OLG Frankfurt/M., Urt. v. 13.11.2009 – 2 U 76/09, MDR-Report 23/2009 R 13 = BeckRS 2009, 86480.

einen wichtigen Grund zur Kündigung darstellen. Denn dies würde bedeuten, dass der VV unzuverlässig und für die ihm anvertraute Bearbeitung von Schäden ungeeignet war.<sup>133</sup>

- Der hinreichend erhärtete Verdacht, dass der HV bewusst Scheinanträge beim Unternehmer eingereicht und auf diese Weise Provisionsvorschüsse i. H. v. 59.203,62 EUR erhalten hatte, genügt für eine Kündigung aus wichtigem Grund.<sup>134</sup>

## 9. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

**Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** darf bei dem schwerwiegenden Eingriff, den die fristlose Kündigung für die andere Vertragspartei, meist den HV, darstellt, nicht unbeachtet bleiben. Das betrifft zum einen die Frage, ob dem Unternehmer nicht gleichwohl zuzumuten ist, die Lösung des Vertragsverhältnisses, wenn sie schon unausweichlich erscheint, jedenfalls bis zum nächstzulässigen ordentlichen Kündigungstermin hinauszuschieben, d. h. sich auf eine befristete Kündigung zu beschränken.<sup>135</sup> Das ist etwa bei **kurzer, verbleibender Vertragsdauer** der Fall.<sup>136</sup> Ferner können die soziale Lage des HV, die Ergebnisse seines bisherigen Einsatzes, seine Bereitschaft zur Einsicht (falls ihn ein Vorwurf schwereren Grades trifft) Bedeutung gewinnen. Stellt ein Partner als Reaktion auf die Vertragsverletzung der Gegenseite lediglich in Aussicht, **Nebenleistungen** nicht erbringen zu wollen, kann darauf allein die fristlose Kündigung des in zehn Wochen endenden Vertrages nicht gestützt werden.<sup>137</sup> Ist der Mittler in ein Absatzsystem einbezogen, welches nur funktionieren kann, wenn die Leistung jedes Partners flächendeckend angeboten werden, darf bei der Beurteilung der Frage, ob ein Mittler (hier: ein FN) zur fristlosen Kündigung des Vertrages berechtigt ist, nicht unberücksichtigt bleiben, dass das plötzliche Ausscheiden aus dem System zwangsläufig zu einer erheblichen Gefährdung der Grundlage des Gesamtsystems führen muss.<sup>138</sup> **Sucht der Unternehmer zielstrebig einen wichtigen Grund** zur fristlosen Kündigung, **der ansonsten nicht aufgefallen** wäre, ist dieses Vorgehen im Rahmen der bei jeder fristlosen Kündigung vorzunehmenden Interessenabwägung zu berücksichtigen und kann zur Unwirksamkeit der Kündigung leiten.<sup>139</sup> Besteht ein HV-Vertrag zwischen mehreren **Schwesterunternehmen** mit identischen Geschäftsführern, so sind alle Schwesterunternehmen zur fristlosen Kündigung der von ihnen geführten Verträge berechtigt.<sup>140</sup> Ein Versicherer darf einen VV-Vertrag außerordentlich für alle Sparten kündigen, selbst wenn der VV lediglich ein auf die Lebensversicherung begrenztes Wettbewerbsverbot verletzt.<sup>141</sup>

## 10. Vereinbarung eines wichtigen Grundes

Den Parteien ist es unbenommen, durch **Vereinbarung** zu konkretisieren, **was als wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung gelten** soll.<sup>142</sup> Jedoch darf durch eine Häufung oder Überdehnung solcher „Kündigungstatbestände“ nicht die zwingende Natur des § 89 über Kündi-

<sup>133</sup> LG Kiel, Urt. v. 17.10.2014 – 14 O 6/14.

<sup>134</sup> OLG München, Urt. v. 16.4.2015 – 23 U 3932/14, BeckRS 2015, 07780.

<sup>135</sup> BGH VersR 1959, 887; OLG München VersR 1957, 97.

<sup>136</sup> BGH WM 1999, 1013 = EWiR 1999, 303 (*Martinek*).

<sup>137</sup> BGH WM 1999, 1013 = EWiR 1999, 303 (*Martinek*).

<sup>138</sup> BGH WM 1999, 1013 = EWiR 1999, 303 (*Martinek*).

<sup>139</sup> OLG Köln, Urt. v. 4.11.2002 – 19 U 38/02, NJW-RR 2003, 398 = EWiR 2003, 257 (*v. Hoyningen-Huene*): Der Unternehmer hatte mit detektivischen Mitteln einen Abrechnungsbetrug nachgewiesen. Bei guter geschäftlicher Zusammenarbeit wäre keine Prüfung der Abrechnung erfolgt und das Vertrauensverhältnis nicht zerstört worden.

<sup>140</sup> OLG Bremen, Urt. v. 30.3.2006 – 2 U 115/05, OLG R 2006, 489.

<sup>141</sup> OLG Frankfurt/M., Beschl. v. 15.10.2003 – 1 U 159/03, VersR 2005, 940. Die Kündigung führt gem. § 89b Abs. 3 Nr. 2 zum Verlust des Ausgleichsanspruchs.

<sup>142</sup> LG München I, Urt. v. 20.10.2014 – 10 HKO 7132/14.

gungsfristen ausgeschaltet werden<sup>143</sup> (Im Einzelnen Rn 24, 71 ff.). Immer müssen die festgesetzten Kündigungsgründe bei objektiver Würdigung als „wichtige“ anerkannt werden können.<sup>144</sup> Das führt dazu, dass der Vereinbarung wichtiger Gründe zwar bei Verhandlungsparität (aber nur dann!) Anhaltspunkte entnommen werden können, was die Parteien als wichtigen Grund ansahen, jedoch nicht mehr. In der Praxis sind solche Auslegungsmaßstäbe weitgehend unbehelflich, weil immer ein wichtiger Grund vorliegen muss. Das gilt gerade, wenn sie – wie bei AGB – nicht das Verhandlungsergebnis sondern nur die Vorstellungen des Unternehmers wiedergeben. Deshalb wird teilweise von einer solchen Aufzählung abgeraten.<sup>145</sup>

- 31 Strittig ist, ob bei Vorliegen eines vertraglich vereinbarten wichtigen Grundes im Einzelfall noch eine Interessenabwägung stattzufinden hat oder die Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung in diesem Fall ohne eine solche Interessenabwägung feststeht (dazu Rn 71 ff. betreffend die Unabdingbarkeit).

## 11. Durchgriff

- 32 Je nach Sachverhaltsgestaltung kann auch das Fehlverhalten einer Person auch einem verbundenen Unternehmen, etwa einer Tochter- oder Muttergesellschaft, zugerechnet werden. Der zur Kündigung berechtigte Unternehmer kann etwa das Vertragsverhältnis einer 100 %igen Tochtergesellschaft des Unternehmers mit dem HV kündigen.<sup>146</sup> All dies ist keine Frage des gesellschaftsrechtlichen Durchgriffes. Es ist vielmehr Ausdruck des Umstandes, dass Vertrauen unteilbar ist und auch gesellschaftsrechtliche Grenzen überwindet.

## 12. Kasuistik

- 33 **Jeder Fall ist für sich zu betrachten.**<sup>147</sup> Eine schematische Übertragung verbietet sich bereits deshalb, weil es jeweils auf die subjektive Betroffenheit und die Verhältnismäßigkeitserwägungen des Einzelfalls ankommt. Zu beachten ist stets, dass es weniger auf tatsächliche Schädigungen als darauf ankommt, ob für den Kündigenden aus dem Standpunkt vernünftigen, branchenüblichen Ermessens<sup>148</sup> betrachtet die Befürchtung gerechtfertigt erscheinen musste, dass seine Belange gefährdet seien.<sup>149</sup> Deshalb kann Versuch wie Vollendung Anlass einer außerordentlichen Kündigung sein. „Ja“ bedeutet: Kündigung nach § 89a zulässig, „Nein“: Kündigung nach § 89a unzulässig:
- Unbegründete **Ablehnung von Aufträgen**: Ja für den HV, jedenfalls bei wiederholter Ablehnung. Der Unternehmer ist grds. nicht verpflichtet, jedes vom HV vermittelte Geschäft abzuschließen (unternehmerische Dispositionsfreiheit).<sup>150</sup> Der Unternehmer darf Aufträge ablehnen, ohne dass der HV deshalb außerordentlich kündigen dürfte, sofern der Unternehmer die Grenzen seiner Dispositionsfreiheit nicht überschreitet, insb. nicht willkürlich handelt oder sachliche Gründe für die Ablehnung besitzt. Wiederholte Ablehnung ohne

143 Möller EWIR 2011, 220; Schlegelberger/Schröder § 89a Rn 12.

144 OLG München BB 1956, 20; LG München I, Urt. v. 20.10.2014 – 10 HKO 7132/14; Flohr/Liesegang ZVertriebsR 2018, 351 (352); Flohr ZVertriebsR 2018, 147 (149) – zum Franchisevertrag.

145 Flohr ZVertriebsR 2018, 147 (149) – zum Franchisevertrag.

146 OLG München, Beschl. v. 8.2.2018 – 23 U 1932/17, ZVertriebsR 2018, 103 Rn 29.

147 Flohr/Wauschkuhn/Flohr Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89a Rn 38.

148 Martinek ZVertriebsR 2015, 207 (210).

149 RGZ 148, 57; BGH DB 1956, 136; Urt. v. 17.10.1991 – I ZR 248/89, NJW-RR 1992, 481 (482); MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89a Rn 53.

150 BGH, Urt. v. 17.10.1960, BB 1960, 1221 = DB 1960, 1359; Küstner/Thume/Riemer I<sup>5</sup> Kap. VIII Rn 249; vgl. auch Steindorff ZHR 67, 82; Schröder DB 1958, 43 (47).

- ersichtlichen Grund oder mit Willkür berechtigen jedoch zur außerordentlichen Kündigung;<sup>151</sup>
- **Ablehnung von Bestellungen durch den Hersteller bei Vertragshändlerstätigkeit:** Ein Kündigungsrecht besteht, wenn die Ablehnung ohne vertretbaren Grund erfolgt.<sup>152</sup> Auch die sachlich gebotene wiederholte Ablehnung von Bestellungen kann den Händler zur außerordentlichen Kündigung berechtigen, falls sie ein wirtschaftlich existenzgefährdendes Ausmaß erreicht;<sup>153</sup>
  - wiederholte unberechtigte **Abmahnungen:** Ja. Denn im Ausnahmefall kann eine unberechtigte Abmahnung einen wichtigen Grund zur Kündigung geben.<sup>154</sup> Das dürfte aber nur für Extremfälle gelten;
  - **abträglicher böser Schein:** U.U. können erhebliche **strafrechtliche Vorwürfe**, selbst wenn sie nicht beweisbar sind, aber in der Kundschaft ein nicht ausräumbares Mißtrauen gegen die Integrität des HV geweckt haben, einen Grund zur fristlosen Kündigung abgeben; überhaupt ein kompromittierendes **Strafverfahren**, auch sofern es mit Außerverfolgungsetzung geendet hat;<sup>155</sup> ebenso der Anschein eines Wettbewerbsverstößes;<sup>156</sup>
  - Verweigerung der **Abrechnung nach § 87c Abs. 1:** Ja für den HV, ebenso die ständige falsche oder unverständliche Abrechnung,<sup>157</sup> nicht jedoch eine nur gelegentlich vorkommende verspätete Abrechnung oder eine auf Irrtum beruhende Falschbuchung<sup>158</sup> – Abmahnung erforderlich;
  - **Absatzstockung:** Die die Existenz bedrohende Absatzstockung: Ja,<sup>159</sup> gleichfalls eine wiederholte Absatzstockung, es sei denn, sie ist nur vorübergehender Natur oder beruht auf saisonbedingten Gründen;<sup>160</sup>
  - **Abschiedsschreiben:** Ein vor Vertragsende abgesandtes geschäftsschädigendes Abschiedsschreiben des HV mit dem Logo des bisherigen Unternehmers kann einen Grund zur außerordentlichen Kündigung, ein nach Vertragsende abgesandtes Anlass zur Herabsetzung der Ausgleichsvergütung unter Billigkeitgesichtspunkten oder zum Ausschluss analog § 89b Abs. 3 Nr. 2 geben. Es handelt sich um eine Frage des Einzelfalls. Wenn das Schreiben sachlich gefasst wurde und keinen falschen Eindruck hinterlässt, ist es uU nicht zu beanstanden;<sup>161</sup>
  - **Abwerben von Kunden:** Wirbt der Unternehmer Kunden des HV ab und veranlasst er sie, bei ihm nicht provisionspflichtige Direktgeschäfte zu schließen, gibt dies dem HV einen wichtigen Kündigungsgrund.<sup>162</sup> Der HV darf Kunden des Unternehmers nicht abwerben, sofern der Vertrag nach wie vor besteht, auch dann nicht, wenn der Unternehmer den Vertrag unwirksam außerordentlich gekündigt hat und er deshalb fortgesetzt wird;<sup>163</sup> Verstoß deshalb: Ja.

151 Küstner/Thume/Riemer I<sup>5</sup> Kap. VIII Rn 250; Hopt § 87 Rn 10.

152 BGH BB 1972, 193; Martinek/van der Moolen Handbuch des Vertriebsrechts<sup>3</sup> § 23 Rn 44; Westphal II Rn 625.

153 Westphal II Rn 625.

154 Flohr ZVertriebsR 2018, 147 (151) – Franchiserecht.

155 OLG Hamburg JR 1927, Nr. 1108 hinsichtlich des Besitzers aller Geschäftsanteile der GmbH, der die Vertretung übertragen war; vgl. auch RG SeuffA 80, 210 Nr. 118 betr. unberechtigte Angriffe.

156 BGH, Urt. v. 20.1.1969 – VII ZR 60/66, VersR 1969, 372 (373); OLG Stuttgart, Urt. v. 30.11.2009 – 5 U 52/09, BeckRS 2010, 01765 m. Anm. Ayad BB 2010, 920.

157 BGH, Urt. v. 13.12.1995 – VII ZR 61/95, BB 1996, 235; MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89a Rn 53.

158 Küstner/Thume/Riemer I<sup>5</sup> Kap. VIII Rn 251; Schlegelberger/Schröder § 89a Rn 11.

159 Küstner/Thume/Riemer I<sup>5</sup> Kap. VIII Rn 253.

160 Küstner/Thume/Riemer I<sup>5</sup> Kap. VIII Rn 253; Schlegelberger/Schröder § 89a Rn 10.

161 BGH, Urt. v. 30.10.1962, WRP 1963, 50 (52); OLG Karlsruhe, Urt. v. 20.3.1986, VW 1986, 690; Küstner/Thume/Schröder I<sup>5</sup> Kap. X Rn 36.

162 BGH, Urt. v. 11.6.1959 – II ZR 106/57, BB 1959, 720 = MDR 1959, 911; Küstner/Thume/Riemer I<sup>5</sup> Kap. VIII Rn 254; MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89a Rn 54.

163 Das RG hielt das Verhalten des HV für gerechtfertigt, weil er Gefahr laufe, den Verdienst in der Zwischenzeit zu verlieren (RG, Urt. v. 22.2.1916, RGZ 88, 127).

- Die Abwerbung von Stammkunden eines Tankstellenvertreters durch die Mineralölgesellschaft begründet kann gleichfalls ein außerordentliches Kündigungsrecht geben;<sup>164</sup>
- **Abwerbung von Mitarbeitern des Unternehmers durch HV:** Ja, weil Verletzung der Treupflichten des HV-Vertrages. Die Wertung des § 75f ist bedeutungslos;<sup>165</sup>
  - **Abwerbung von Mitarbeitern oder Untervertretern:** Die Abwerbung eines Unterververtreters<sup>166</sup> oder Mitarbeiters<sup>167</sup> des HV durch den Unternehmer widerspricht der Treupflicht und gibt ein außerordentliches Kündigungsrecht. Gleiches gilt, wenn ein angestellter Bezirksdirektor eines Versicherers einem Generalvertreter dessen Untervertreter ausspannt;<sup>168</sup>
  - **Abwerbung anderer Vertriebsmittler** durch den HV: Ja.<sup>169</sup> Der HV muss wegen seiner Interessenwahrungspflicht jede Schädigung des Unternehmers vermeiden;<sup>170</sup>
  - **Agenturkonto, Negativsaldo:** Nein gegenüber einem Tankstellen-HV, wenn das Negativsaldo des Agenturkontos daraus resultiert, dass ein Mineralölundernhmen das Konto auch mit Umsätzen belastet, welche der Pächter auf Grund von Stationskrediten (noch) nicht vereinnahmt hat;<sup>171</sup>
  - **Aktivität des HV:** Vertriebstätigkeit „mit wenig Nachdruck“: u. U. Ja;<sup>172</sup>
  - **Alleinvertretung:** Zum Begriff s. Kommentierung zu § 84. Verletzung des Alleinvertretungsrechts: Ja;<sup>173</sup>
  - **Alter des HV:** Fortgeschrittenes Alter des HV: als solches: Nein,<sup>174</sup> jedoch das atypische Absinken der Leistungskraft und das Nachlassen der Vertriebsbemühung, jedenfalls wenn es so plötzlich erfolgt, dass eine Fortsetzung des HV-Vertrags bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist unzumutbar wird oder besonders lange Kündigungsfristen vereinbart wurden.<sup>175</sup> Kein Ausgleichsausschluss gem. § 89b Abs. 3 Nr. 2., da den HV an seinem Alter kein Verschulden trifft;
  - **den HV schädigende Änderungen im Geschäftsbetrieb des Unternehmers;** u. U. Ja;
  - **Auflösung einer HV-Gesellschaft:** Grds. Nein. Vom HV wird Vertragstreue erwartet (er darf daher nicht kündigen), für den Unternehmer mag je nach Situation ein Kündigungsrecht

**164** BGH, Urt. v. 11.6.1959, BB 1959, 720 = MDR 1959, 911 – im konkreten Fall wegen fehlender Zurechnung und fehlenden Organisationsverschuldens verneint; Küstner/Thume/Riemer I<sup>5</sup> Kap. VIII Rn 264.

**165** Schloßer BB 2003, 1386.

**166** BGH, Urt. v. 18.6.1964, BGHZ 42, 59 = BB 1964, 823 mit Anm. v. Brunn DB 1964, 1841 (allerdings ohne Diskussion des Kündigungsrechts); OLG Düsseldorf, Urt. v. 21.6.1957, HVR Nr. 151; LG Siegen, Urt. v. 16.3.1961, HVR Nr. 238; Küstner/Thume/Riemer I<sup>5</sup> Kap. VIII Rn 259; Westphal II Rn 626; aA BGH, Urt. v. 11.12.1981, BB 1982, 724 = WM 1982, 535 im Einzelfall für die Kündigung des Unternehmers.

**167** BGH, Urt. v. 18.6.1964 – VIII ZR 254/62, BGHZ 42, 59; OLG Düsseldorf, Urt. v. 21.6.1957 – 8 U 49/57, HVR Nr. 151; OLG München, Urt. v. 31.10.1957, HVR Nr. 167 = MDR 1958, 105; LG Siegen, Urt. v. 16.3.1961 – 3 O 9/61, HVR Nr. 238; Küstner/Thume/Riemer I<sup>5</sup> Kap. VIII Rn 275.

**168** OLG München, Urt. v. 31.7.1957, BB 1958, 247 = MDR 1958, 105.

**169** BGH, Urt. v. 18.6.1964 – VII ZR 254/62, VersR 1964, 768 m. Anm. v. Brunn DB 1964, 1841; v. 11.3.1977 – I ZR 146/75, WM 1977, 640; v. 11.12.1981 – I ZR 139/79, BB 1982, 1626; LG Gießen, Urt. v. 31.8.2001 – 8 O 78/99; MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89a Rn 44, 54.

**170** BGH, Urt. v. 11.3.1977 – I ZR 146/75, BB 1977, 1170 = DB 1977, 1046; Küstner/Thume/Riemer I<sup>5</sup> Kap. VIII Rn 258.

**171** KG, Urt. v. 21.5.2007 – 23 U 87/05, DB 2007, 1355.

**172** BGH, Urt. v. 7.3.1957, BB 1957, 413; Küstner/Thume/Riemer I<sup>5</sup> Kap. VIII Rn 390.

**173** BGH WM 1974, 350; Urt. v. 21.3.1975 – I ZR 141/74, WM 1975, 856 (857); v. 10.2.1993 – VIII ZR 47/92, NJW-RR 1993, 678; OLG Düsseldorf, Urt. v. 8.6.1972, HVR Nr. 468; Küstner/Thume/Riemer I<sup>5</sup> Kap. VIII Rn 265; Flohr/Wauschkuhn/Flohr Vertriebsrecht<sup>2</sup> § 89a Rn 44; Hopt § 87 Rn 24; MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene § 89a Rn 54.

**174** OLG Stuttgart, Urt. v. 30.11.2009 – 5 U 52/09, BeckRS 2010, 01765 m. Anm. Ayad BB 2010, 920; Küstner/Thume/Riemer I<sup>5</sup> Kap. VIII Rn 266.

**175** Küstner/Thume/Riemer I<sup>5</sup> Kap. VIII Rn 266.