

erheblich erschwert über die Gründung einer inländischen Zweigniederlassung ihre Geschäfte im Inland weiterzubetreiben. Dies erhöht die Akzeptanz der Rechtsform Ltd. in Deutschland.

---

## VERTRIEBSRECHT

---

### Zum Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers nach Handelsvertretergrundsätzen – kein Anspruch auf Überhangprovisionen

OLG Celle, Urteil vom 19. 4. 2007 – 11 U 279/06

---

#### LEITSÄTZE (DER REDAKTION):

1. Einem Franchisenehmer steht ein Ausgleichsanspruch nach Handelsvertretergrundsätzen analog § 89b HGB zu, wenn dieser wie ein Handelsvertreter in die Organisation des Franchisenehmers eingegliedert ist.
2. Ein Ausgleichsanspruch analog § 89b HGB eines Franchisenehmers kann ausgeschlossen sein, wenn diesem die Möglichkeit eröffnet wird, den Kundenstamm, den er während der Dauer des Franchisevertrages akquiriert hat, nach Vertragsbeendigung mitzunehmen.
3. Einem Franchisenehmer steht nach Beendigung des Franchisevertrages ein Anspruch auf Zahlung einer Überhangprovision gem. § 87 HGB nicht zu, da diese Vorschrift auf den Abschlussvertreter zugeschnitten ist und dementsprechend auf andere Vertragsverhältnisse nicht übertragbar ist.

§§ 87 Abs. 1 und 3 89b HGB

---

**SACHVERHALT:** Die Klägerin macht als ehemalige Franchisenehmerin der Beklagten gegen diese unter anderem Provisions- und Ausgleichsansprüche in entsprechender Anwendung des Handelsvertreterrechts geltend.

Die Beklagte betreibt unter der Bezeichnung „c1...“ ein Internetportal, welches über verschiedene Regionen innerhalb der Bundesrepublik Deutschland Informationen anbietet. Den in diesen Regionen ansässigen Unternehmen wird die Möglichkeit eingeräumt, kostenpflichtig auf den jeweiligen Regionalseiten im Internet Werbung zu betreiben. Die Regionalseiten werden von den Franchisenehmern der Beklagten betreut, welche die Unternehmer ihrerseits akquirieren, mit diesen Verträge abschließen und hiermit ihre Einnahmen erzielen.

Am 14. 4. 2000 schlossen die Rechtsvorgängerin der Beklagten und der Ehemann der Klägerin einen Systemmietvertrag. Die Rechtsvorgängerin der Beklagten verpflichtete sich unter anderem zur Bereitstellung eines Webservers sowie zur Kundenverwaltung einschließlich der Überwachung des Zahlungsverkehrs. Dem Ehemann der Klägerin wurde das Recht eingeräumt, die Bezeichnung „c1... B...“ zu führen und das Gebiet „Stadt B...“ zu betreuen. Im Gegenzug behielt die Beklagte gemäß § 3 des Systemmietvertrags 35% der in jedem Monat erzielten Nettoerlöse ein, mindestens aber einen Betrag in Höhe von 1750 €. Der Jahresmindestumsatz wurde auf 20000 € festgesetzt. Für den Fall einer Unterschreitung sollte die Beklagte zur Kündigung des Vertrags berechtigt sein. Die Parteien vereinbarten ein Wettbewerbsverbot für die Dauer von einem Jahr nach Kündigung. Ebenfalls Bestandteil des Vertrags wurde das Franchisekonzept der Beklagten. Die von der Beklagten und der Klägerin gegenüber den Kunden verwendeten Geschäftsbedingungen sehen unter § 2 Abs. 5 vor, dass die Beklagte bei Ausscheiden eines Systempart-

ners in die von diesem geschlossenen Verträge eintritt. Mit Wirkung vom 23. 10. 2003 trat die Beklagte für ihren Ehemann in den Vertrag ein. Mit Schreiben vom 30. 8. 2004 teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass sie den Vertrag nicht über den 31. 12. 2004 hinaus verlängern wolle.

Die Klägerin meint, dass sie nach Vertragsbeendigung analog § 87 HGB Auszahlung der Überhangprovision verlangen könne, soweit es um Geschäfte gehe, die vor Beendigung des Lizenzvertrags geschlossen, aber erst danach ausgeführt worden seien. Zur Vorbereitung dieses Anspruchs sei die Beklagte zur Erteilung eines Buchauszugs verpflichtet. Weiter sei die Beklagte aufgrund des vereinbarten Wettbewerbsverbots zur Zahlung einer Karenzentschädigung analog § 90a Abs. 1 Satz 3 HGB verpflichtet. Schließlich müsse die Beklagte einen Ausgleich analog § 89b HGB zahlen. Die Beklagte werde auch zukünftig von der Akquisitionstätigkeit der Klägerin profitieren.

Die Beklagte ist der Ansicht, ein Anspruch auf Karenzentschädigung bestehe nicht. Hilfsweise erklärt sie die Aufrechnung mit einem Gegenanspruch in Höhe von 31 693,32 €. Die Klägerin sei gemäß § 3 des Systemmietvertrags verpflichtet gewesen, monatlich mindestens 1750,00 € zu zahlen. Dieser Betrag sei zunächst nicht eingefordert worden.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin hatte teilweise Erfolg.

**AUS DEN GRÜNDEN:** II. ... Die Klägerin kann analog § 89b HGB Zahlung eines Ausgleichs und analog § 91 HGB Zahlung einer Karenzentschädigung verlangen. Die Hilfsaufrechnung der Beklagten führt nur teilweise zu einem Erlöschen dieser Ansprüche, sodass der Klägerin ein Zahlungsanspruch in Höhe von 1775,55 € verbleibt.

### Die Frage, ob die bei der Franchisegeberin verbleibenden Vorteile analog § 87 Abs. 1 HGB oder analog § 89b HGB zu vergüten sind, ist zugunsten des Ausgleichsanspruchs zu beantworten

1. Zutreffend hat das Landgericht das Bestehen etwaiger Ansprüche der Klägerin analog § 87 Abs. 1, 3 HGB für die Zeit nach Beendigung des Vertragsverhältnisses verneint. Ob die Bestimmungen des Handelsvertreterrechts auf Franchisenehmer entsprechende Anwendung finden, ist stets unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls zu beurteilen. Beim Franchising gestattet der Franchisegeber dem Franchisenehmer gegen eine entsprechende Vergütung die Nutzung einer Gesamtheit von Rechten an gewerblichem oder geistigem Eigentum zum Zweck des Weiterverkaufs von Waren oder der Erbringung von Dienstleistungen an Endverbraucher. Anders als im Handelsvertreterrecht erhält der Franchisenehmer allerdings keine Provision. Vielmehr wird er selbst Vertragspartner der Endverbraucher und ist seinerseits nur zur Entrichtung der Lizenzgebühr an den Franchisegeber verpflichtet.

Bereits dieser Gesichtspunkt begründet Zweifel, ob hier eine Vergleichbarkeit zwischen einem Handelsvertreter und einem Franchisenehmer besteht und Letzterem Rechte zugestanden werden können, die den nachvertraglichen Provisionsansprüchen des Handelsvertreters entsprechen.

Hinzu kommt, dass der von der Klägerin in diesem Zusammenhang geltend gemachte Anspruch bereits von dem gleichfalls geltend gemachten Ausgleichsanspruch analog § 89b HGB erfasst wird. Der gemäß § 89b HGB vom Unternehmer zu zahlende Ausgleich ist eine Abgeltung für die Provisionsverluste des Handelsvertreters. Nichts anderes begehrt die Klägerin aber bereits mit ihrem Anspruch analog § 87 Abs. 1 HGB. Im Ergebnis begehrt die Klägerin damit doppelte Erstattung ihrer mit der Vertragsbeendi-

gung verbundenen Verluste, und zwar sowohl analog § 87 Abs. 1 HGB als auch analog § 89b HGB. Die Frage, ob die bei der Beklagten verbleibenden Vorteile analog § 87 Abs. 1 HGB oder analog § 89b HGB zu vergüten sind, ist zugunsten des Ausgleichsanspruchs zu beantworten. Hierfür spricht nicht nur, dass § 89b HGB auf diese Konstellationen zugeschnitten ist und aufgrund seines ausdifferenzierten Regelungsgehalts einen gerechten Ausgleich der beiderseitigen Interessen ermöglicht. Zu bedenken ist auch, dass die Anwendung des § 87 Abs. 1 HGB mit erheblichen praktischen Problemen verbunden wäre. So wäre bei einem Anspruch analog § 87 Abs. 1 HGB zu berücksichtigen, dass etwaigen Ansprüchen der Klägerin eine Gegenleistung der Beklagten in Form der technischen Realisierung unter anderem durch Bereitstellung eines Servers gegenüber steht. Diese wären von der Klägerin grundsätzlich zu vergüten. Dabei kann die Frage offen bleiben, ob sich ein etwaiger Anspruch der Beklagten auf 1750,00 € monatlich bzw. 35 % der Umsätze oder auf einen geringeren Betrag beläuft. Jedenfalls müssten Ansprüche der Klägerin einen entsprechenden Abzug erfahren.

Allerdings ließe sich dieser Abzug nicht auf der Basis des ursprünglichen Vertragsverhältnisses berechnen, denn die Beklagte erbrächte ihre Gegenleistung nicht allein gegenüber der Klägerin, sondern auch gegenüber dem ihr nachfolgenden Franchisenehmer, sodass die Kosten verteilt werden müssten. Die hiermit verbundenen Probleme würden noch verstärkt, wenn die mit der Klägerin und die mit ihrem Nachfolger geschlossenen Systemmietverträge inhaltlich nicht identisch sein sollten.

Die analoge Anwendung von § 87 HGB würde darüber hinaus aber auch eine Aufteilung der vom Nachfolger der Klägerin erzielten Umsätze erfordern, denn auch dieser könnte die von den übernommenen Altkunden gezahlten Beträge jedenfalls teilweise für sich beanspruchen. Wollte man insoweit eine Verteilung vornehmen, müsste bei jedem Altkunden entschieden werden, ob die (ggf. jährliche) Fortsetzung des Vertrags auf die Bemühungen der Klägerin oder auf die Anstrengungen ihres Nachfolgers zurückzuführen sind bzw. inwieweit der Verbleib des Kunden der Klägerin oder ihrem Nachfolger zuzuschreiben ist. Eine solche Abgrenzung ist aber regelmäßig bereits nach kurzer Zeit weitgehend ausgeschlossen. Auch dies spricht gegen eine analoge Anwendung des § 87 Abs. 3 HGB auf den vorliegenden Fall.

Die Klägerin kann auch keine Auskunft verlangen im Zusammenhang mit einem etwaigen Anspruch auf Zahlung analog § 87 Abs. 3 HGB. Der Anspruch eines Handelsvertreters auf Zahlung einer Überhangprovision kommt für Geschäfte in Betracht, die erst nach Beendigung des Vertragsverhältnisses abgeschlossen werden und die auf eine Vermittlungsleistung des Handelsvertreters zurückgehen. Eine entsprechende Anwendung dieser Norm scheidet bei einem Franchisenehmer aber aus, denn die Charakteristik dieses Vertragstyps ist gerade, dass die Verträge nicht zwischen den Kunden und dem Prinzipal, sondern zwischen dem Kunden und dem Franchisenehmer zustande kommen. Die vergütungspflichtige Tätigkeit von Handelsvertreter und Franchisenehmer unterscheidet sich insoweit grundlegend, sodass eine Analogie der für den Handelsvertreter maßgeblichen Bestimmungen für den Franchisenehmer nicht in Betracht kommt.

### Der Klägerin steht dem Grunde nach ein Ausgleichsanspruch analog § 89b HGB zu

2. Zutreffend hat das Landgericht der Klägerin dem Grunde nach einen Ausgleichsanspruch analog § 89b HGB zuerkannt. Der in Höhe von 29 468,87 € bestehende Anspruch ist allerdings durch die Hilfsaufrechnung der Beklagten wieder erloschen.

## Vertriebsrecht

**Die Klägerin ist ähnlich einem Handelsvertreter in die Absatzorganisation der beklagten Franchisegeberin eingegliedert**

a) Dem Franchisenehmer steht bei Beendigung des Vertragsverhältnisses gegen den Franchisegeber ein Ausgleichsanspruch in analoger Anwendung des § 89b HGB zu, wenn er ähnlich einem Handelsvertreter in die Absatzorganisation des Franchisegebers eingegliedert und verpflichtet ist, diesem bei Beendigung des Vertragsverhältnisses den Kundenstamm zu überlassen (vgl. OLG Dresden, OLG Dresden 2003, 298–302). Beides hat das Landgericht mit zutreffenden Erwägungen bejaht, sodass insoweit auf die Ausführungen in dem angegriffenen Urteil Bezug genommen werden kann.

Der Ausgleichsanspruch scheidet auch nicht an § 89b Abs. 3 Nr. 2 HGB. Insbesondere ergeben sich aus dem Vortrag der Beklagten keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass die Klägerin für ein Konkurrenzunternehmen tätig wurde ...

**Berechnung des Ausgleichsanspruchs**

b) Die Höhe des der Klägerin zustehenden Anspruchs beläuft sich auf 29 468,87 €.

Bei der Berechnung des Handelsvertreterausgleichs ist im Hinblick auf die dem Prinzipal verbleibenden Vorteile gemäß § 89b Abs. 1 Nr. 1 HGB grundsätzlich nicht auf die tatsächliche Entwicklung abzustellen, sondern eine auf den Zeitpunkt der Vertragsbeendigung bezogene Prognoseentscheidung vorzunehmen (vgl. BGH, NJW 1998, 71–75). Nachträgliche Entwicklungen dürfen regelmäßig nur dann Berücksichtigung finden, wenn sie bei Vertragsschluss bereits vorhersehbar waren. Auch auf der Grundlage des erstinstanzlichen Beklagtenvortrags war am 31. 12. 2004 aber noch nicht mit der erforderlichen Sicherheit erkennbar, dass von den 109 (ehemaligen) Kunden der Klägerin nur 43 einen neuen Vertrag mit anderen Franchisenehmern der Beklagten abschließen würden.

Auf eine etwaige Übernahme durch andere Franchisenehmer kommt es aber auch nicht entscheidend an; denn der Beklagten war eine Vertragsfortführung mit den ehemaligen Kunden der Klägerin im eigenen Namen möglich.

Zwar wird das Franchiserecht im Gegensatz zum Handelsvertreterrecht dadurch geprägt, dass nicht das Verhältnis zwischen dem Kunden und dem Prinzipal bestimmender Maßstab ist, sondern das Verhältnis zwischen Kunde und Franchisenehmer. Wird dementsprechend der Franchisevertrag beendet, erlischt damit auch gleichzeitig die vertragliche Bindung des Kunden.

Im vorliegenden Fall sehen die von der Klägerin verwendeten allgemeinen Geschäftsbedingungen gemäß § 2 Abs. 5 jedoch vor, dass bei einem Ausscheiden des Systembetreuers die Beklagte (automatisch) in den Vertrag mit dem Kunden eintritt und die vertraglichen Verpflichtungen gegenüber dem Kunden übernimmt.

Diese Regelung ist auch wirksam. Zwar unterfällt eine Bestimmung gemäß § 309 Nr. 10 BGB dem absoluten Klauselverbot, wenn sie einen Wechsel des Vertragspartners aufseiten des Verwenders vorsieht. Das ist dann aber nicht der Fall, wenn der in den Vertrag eintretende Dritte – wie hier – namentlich bezeichnet wird.

Dementsprechend bestand entgegen der Auffassung der Beklagten keine Veranlassung, diejenigen Kunden abzuschalten, die sich bis zum 31. 1. 2005 nicht bei der Beklagten gemeldet und ausdrücklich die weitere Betreuung durch einen anderen Systempart-

ner beantragt hatten. Hierzu war die Beklagte aufgrund ihres Eintritts in den Vertrag grundsätzlich auch nicht berechtigt. Wenn sich die Beklagte gleichwohl von den ehemaligen Kunden der Klägerin trennte, geht das nicht zulasten der Klägerin.

Aus den vorstehenden Gründen kommen auch die Erwägungen der Beklagten nicht zum Tragen, die Klägerin hätte ihre Kunden mitnehmen können, sodass für eine Anwendung des § 89b HGB kein Raum sei. Eine solche Möglichkeit bestand aufgrund des mit Beendigung des Franchisevertrags automatisch erfolgten Eintritts der Beklagten in sämtliche Kundenverträge gerade nicht. Unabhängig hiervon hat bereits das Landgericht darauf hingewiesen, dass eine etwaige Mitnahme von Kunden aufgrund des nachvertraglichen Konkurrenzverbots für die Klägerin wirtschaftlich sinnlos gewesen wäre.

Für die Berechnung der voraussichtlichen Verluste analog § 89b Abs. 1 Nr. 2 HGB ist von den Provisionseinnahmen auszugehen, welche die Klägerin in den letzten 12 Monaten mit den von ihr geworbenen Neukunden erzielte (vgl. OLG Celle, OLG Celle 2000, 54–55). Da die Klägerin für das von ihr betreute Gebiet unter Einbeziehung der von ihrem Ehemann geleisteten Vorarbeit als „Frau der ersten Stunde“ anzusehen ist, kann der Gesamtumsatz ohne Einschränkungen berücksichtigt werden.

Die Klägerin hat insoweit für das letzte Vertragsjahr eine Provision in Höhe von 28 038,94 € in Ansatz gebracht. Diesen Betrag hat die Beklagte nicht in Zweifel gezogen. Unter Berücksichtigung einer Abwanderungsquote von 20% ergibt sich folgende Berechnung:

Erstes Folgejahr	22 431,15 €
Zweites Folgejahr	17 944,92 €
Drittes Folgejahr	14 355,94 €
Viertes Folgejahr	11 484,74 €
Gesamt	66 216,75 €

Dieser Betrag ist abzuzinsen, wobei angesichts der Zugrundelegung eines Zeitraums von vier Jahren der vom Kläger zugrunde gelegte Wert von 15% übernommen werden kann (vgl. BGH, NJW-RR 1991, 481–482). Hieraus folgt eine Reduzierung auf den Betrag von 56 284,24 €.

Bei der Billigkeitsprüfung analog § 89b Abs. 1 Nr. 3 HGB sind personenbezogene Umstände außer Betracht zu lassen. Dementsprechend spielt die zwischenzeitlich erfolgte Verrentung der Klägerin keine Rolle (vgl. Hopt, Handelsvertreterrecht, 3. Aufl., § 89b, Rn. 34). Zwar kann eine Konkurrenztaetigkeit noch vor Beendigung des Vertrags einen Ausgleichsanspruch mindern oder unter Umständen sogar ganz entfallen lassen (vgl. Hopt, a.a.O., Rn. 40). Im vorliegenden Fall rechtfertigen die möglicherweise gegebenen (geringen) Überschneidungen zwischen dem Gutscheinsystem „X...“ und der von der Beklagten unterhaltenen Internetplattform einen vollständigen Wegfall des Ausgleichsanspruchs allerdings nicht, sondern allenfalls eine gewisse Reduzierung. Erst ab einer Reduzierung von mehr als 50% würde aber die von der Klägerin in den letzten fünf Jahren durchschnittlich erzielte Provision unterschritten. Eine solche Reduzierung ist nach Auffassung des Senats jedoch auch unter Zugrundelegung des von der Beklagten behaupteten Wettbewerbsverstoßes nicht angemessen. Damit liegt der Anspruch immer noch über dem Deckelungsbetrag gemäß § 89b Abs. 2 HGB, dessen Höhe sich unstreitig auf 29 468,87 € beläuft und der dementsprechend mit dem Ausgleichsanspruch gleichzusetzen ist.

### Der Ausgleichsanspruch der Klägerin ist durch die Hilfsaufrechnung der Beklagten erloschen, ...

c) Der Ausgleichsanspruch ist allerdings durch die Hilfsaufrechnung der Beklagten wieder erloschen. Zutreffend hat das Landgericht den Gegenanspruch der Beklagten auf § 3 des am 14. 4. 2000 zwischen den Rechtsvorgängern der Parteien geschlossenen Systemvertrags gestützt. Diese Vertragsbestimmung ist nicht wegen Verstoßes gegen die guten Sitten gemäß § 138 BGB nichtig. Soweit die Klägerin eine üble unangemessene Benachteiligung behauptet, ist weder eine krasse wirtschaftliche Benachteiligung der Klägerin, noch ein wirtschaftliches Übergewicht der Beklagten ersichtlich. Der zwischen dem Ehemann der Klägerin und der Rechtsvorgängerin der Beklagten abgeschlossene Vertrag bestand bereits seit gut drei Jahren, als sich die Klägerin zum Eintritt entschloss. Ihr waren dementsprechend die wirtschaftlichen Risiken und die Erlösmöglichkeiten hinlänglich bekannt. Ebenfalls bekannt war ihr, dass monatlich ein Betrag in Höhe von mindestens 1750,00 € an die Beklagte zu zahlen war. Wenn sie sich in Kenntnis dieses Umstandes gleichwohl zum Eintritt in den Vertrag entschloss, dann beruhte dies auf einer freien unternehmerischen Entscheidung. Eine etwaige, zu diesem Zeitpunkt bestehende und für die Beklagte erkennbare wirtschaftliche Not- oder Zwangslage ist nicht erkennbar und wird auch von der Klägerin nicht behauptet. Ein – im Übrigen für die Annahme einer Sittenwidrigkeit allein ohnehin nicht ausreichendes – grobes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung ist gleichfalls nicht ersichtlich. Insbesondere kann ein solches Missverhältnis auch nicht aus dem Umstand hergeleitet werden, dass die Beklagte knapp 50% der von der Klägerin erzielten Umsätze einbehält. In welchem Verhältnis Leistung und Gegenleistung stehen, war nach dem Systemmietvertrag in erster Linie vom erzielten Umsatz abhängig. Allein der Umstand, dass ein Franchisenehmer einen nur geringen Umsatz erzielt und dieser in einem ungünstigeren Verhältnis zur Mindestpauschale steht, kann noch nicht ein grobes Missverhältnis begründen. Ob das dann der Fall wäre, wenn bereits bei Vertragsschluss erkennbar ein höherer Umsatz nicht erzielbar ist, kann im vorliegenden Fall mangels entsprechender Anhaltspunkte offenbleiben.

Gegen die Annahme der Sittenwidrigkeit spricht auch, dass die von der Klägerin erworbene vorläufige Lizenz gemäß § 5 des Systemmietvertrag bei Erreichen eines Jahresumsatzes von 60 000,00 € in eine endgültige Lizenz umgewandelt worden wäre und die Beklagte der Klägerin etwaige Rückstände betreffend die Nachentrichtung der Mindestpauschale dann erlassen hätte.

Die Verpflichtung zur Zahlung der Mindestpauschale ist auch nicht wegen Verstoßes gegen § 89b Abs. 4 HGB nichtig. Allein durch die in § 10 des Systemmietvertrags getroffene Stundungsabrede wird die Geltendmachung eines Ausgleichsanspruchs nicht in Frage gestellt (vgl. BGH, NJW 1983, 1727–1728). Der Klägerin ist zuzugeben, dass sich durch eine solche Stundungsabrede ein etwaiger Ausgleichsanspruch im Falle einer Aufrechnung auf Null reduzieren kann, wenn die gleichzeitig aufgebauten Rückstände den Ausgleichsanspruch betragsmäßig übersteigen. Auf spätere Entwicklungen kommt es bei der Beurteilung gemäß § 89b Abs. 4 HGB aber nicht an. Maßgeblich ist allein, ob die ursprüngliche Vereinbarung als Umgehung des unabdingbaren gesetzlichen Ausgleichsanspruchs zu werten ist (vgl. OLG Celle, OLGR Celle 2002, 86–88). Hierfür liegen aber keine Anhaltspunkte vor. Unabhängig davon, dass die Parteien bei Vertragsschluss nicht von einer ständigen Unterschreitung des avisierten Umsatzes von 60 000,00 € im Jahr ausgehen mussten, ist auch hier wieder zu berücksichtigen, dass etwaige Rückstände bei erstmaligem Erreichen

eines Umsatzzieles von 60 000,00 € im Jahr getilgt worden wären und in dem Fall bei einer Vertragsbeendigung der Ausgleichsanspruch ohne Einschränkungen hätte geltend gemacht werden können ...

Dass sich die Rückstände auf 31 693,32 € belaufen, ist zwischen den Parteien unstrittig.

### ... der Anspruch auf Karenzentschädigung nur teilweise

3. Das Landgericht hat der Klägerin zutreffend eine Karenzentschädigung gemäß § 90a HGB zugesprochen und hierbei die der Klägerin durch den Wettbewerbsverzicht erwachsenden Nachteile sowie die dem Unternehmer zukommenden Vorteile berücksichtigt (vgl. OLG München, OLGR München 2001, 56–57). Gerade im Hinblick auf die nach Auffassung der Klägerin nur eingeschränkte Möglichkeit eines Wettbewerbs ist der zugesprochene Betrag von 4000,00 € nicht zu beanstanden und wird von der Klägerin auch nicht in Frage gestellt.

Der Anspruch ist jedoch durch die Hilfsaufrechnung der Beklagten teilweise wieder erloschen. Nach Verrechnung der Gegenforderung mit dem Ausgleichsanspruch ist noch ein Anspruch der Beklagten in Höhe von 2224,45 € verblieben. Da sich die Hilfsaufrechnung der Beklagten auch auf die Karenzentschädigung erstreckt, ist diese um 2224,45 € zu reduzieren. Der Klägerin verbleibt damit ein Anspruch in Höhe von 1775,55 €.

## BB-KOMMENTAR

Professor Dr. Eckhard Flohr

### I. Das Problem

Das OLG Celle befasst sich in dem Urteil vom 22. 3. 2007 mit der Frage, ob zum einen einem Franchisenehmer ein Ausgleichsanspruch nach Handelsvertretergrundsätzen analog § 89b HGB zusteht und zum anderen dieser Anspruch dann nicht gegeben ist, wenn dem Franchisenehmer die Möglichkeit eröffnet wurde, den von ihm aufgebauten Kundenstamm mitzunehmen, also nach Vertragsbeendigung weiter zu nutzen. Gleichzeitig setzt sich das OLG Celle mit der Frage auseinander, ob einem Franchisenehmer bei Beendigung des Franchise-Vertrages neben einem etwaigen Ausgleichsanspruch analog § 89b HGB auch zugleich ein Anspruch auf Leistung von Überhangprovisionen gem. § 87 Abs. 1 und 3 HGB zusteht.

Die Entscheidung hat für die Frage, ob und wie durch eine entsprechende vertragliche Gestaltung ein Ausgleichsanspruch eines Franchisenehmers bei Vertragsbeendigung analog § 89b HGB nicht besteht, grundsätzliche Bedeutung.

### II. Entscheidung

#### 1. Kein Anspruch auf Leistung von Überhangprovisionen gem. § 87 Abs. 1 und 3 HGB

Das OLG Celle hat unter Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils festgestellt, dass einem Franchisenehmer Ansprüche für die Zeit nach Beendigung des Vertragsverhältnisses analog § 87 Abs. 1 und 3 HGB nicht zustehen. Damit schließt sich das OLG Celle der herrschenden Meinung im Schrifttum an, die eine analoge Anwendung der Vorschrift auf Franchisenehmer ablehnt (vgl. *Matthiessen*, ZIP 1988, 1089, 1095; *von Hoyningen-Huehne*, MünchKomm/HGB, 2. Aufl. 2005, § 87 Rn. 10). Dem ist zuzustimmen. Die Vorschriften des Handelsvertreterrechts sind nämlich nicht grundsätzlich auf Franchiseverträge anzuwenden. Vielmehr ist je-

## Vertriebsrecht

weils unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls zu prüfen, ob eine einem Handelsvertreter vergleichbare Situation vorliegt (vgl. ausführlich *Giesler/Nauschütt*, Franchiserecht, 2002, § 7 Rn. 2–12 m. w. N.; *Martinek*, ZIP 1988, 1362; *Köhler*, NJW 1990, 1689). Dies ist für die Vorschrift des § 87 HGB zu verneinen. Anders als im Handelsvertreterrecht erhält der Franchisenehmer vom Franchisegeber keine Provisionen für die dem Prinzipal vermittelten Verträge; vielmehr leistet er an den Franchisegeber für die Überlassung und Nutzung des Geschäftsmodells laufende Franchisegebühren, die entweder in festen Beträgen oder aber prozentual bezogen auf den monatlichen Umsatz zu entrichten sind (vgl. allgemein zu den Franchisegebühren: *Flohr*, Franchise-Vertrag, 3. Aufl., 2006, S. 170ff. m. w. N.; *Metzlaff*, in: Praxishandbuch Franchising, 2003, § 8 Rn. 266 m. w. N.). Mangels vergleichbarer Interessenlage können daher einem Franchisenehmer bei Beendigung des Franchisevertragsverhältnisses keine nachvertraglichen Provisionsansprüche gem. § 87 Abs. 1 HGB zugesprochen werden können.

## 2. Kein Nebeneinander von Überhangprovisionen und Ausgleichsanspruch

Ergänzend – und dies ist neu in der Argumentation – weist das OLG Celle daraufhin, dass schon deswegen bei einem beendeten Franchisevertragsverhältnis ein Anspruch gem. § 87 Abs. 1 und 3 HGB ausgeschlossen ist, weil die insoweit geltend gemachten nachvertraglichen Provisionsansprüche im Ergebnis dem Ausgleichsanspruch analog § 89b HGB entsprechen. Das Zusprechen von Überhangprovisionen würde somit zu einer doppelten Erstattung beim ausgeschiedenen Franchisenehmer führen, und zwar sowohl analog § 87 Abs. 1 HGB als auch analog § 89b HGB.

Ob diese These zutreffend ist, erscheint indes fraglich. § 89b HGB gewährt dem Handelsvertreter bei Beendigung des Vertragsverhältnisses eine Gegenleistung für Vorteile, die dem Unternehmen nach Beendigung des Handelsvertreterverhältnisses durch den vom Handelsvertreter geschaffenen Kundenstamm verbleiben (grundsätzlich zum Ganzen: *Semler*, in: Handbuch des Vertriebsrechts, 2. Aufl. 2003, § 15 Rn. 1ff.). Insofern kommt der Ausgleichsanspruch einer Abfindung für den beim Unternehmen verbleibenden wirtschaftlichen Vorteil (Kundenstamm) gleich. Mit den Überhangprovisionen werden aber Provisionsansprüche des Handelsvertreters für solche Geschäfte ausgeglichen, die er noch während der Vertragslaufzeit mit den Kunden dem Unternehmen vermittelt hat, deren Abwicklung aber erst nach Beendigung des Vertrages erfolgt. Ansprüche nach § 87 Abs. 1 HGB beziehen sich daher auf vermittelte Aufträge des bestehenden Handelsvertretervertrages, die nur nach Vertragsbeendigung abgewickelt werden, während Ansprüche nach § 89b HGB erst mit Beendigung des Handelsvertretervertrages entstehen und geltend gemacht werden können. Die Ansprüche stehen also nebeneinander und beziehen sich auf unterschiedliche Zeiträume, so dass grundsätzlich nicht davon ausgegangen werden kann, dass durch einen Anspruch analog § 87 Abs. 1 HGB und einen solchen analog § 89b HGB ein Franchisenehmer eine doppelte Entschädigung für den dem Franchisegeber bei Beendigung des Franchisevertrages überlassenen Kundenstamm erhält.

## 3. Ausgleichsanspruch eines Franchisenehmers analog § 89b HGB

Soweit das OLG Celle einem Franchisenehmer einen Ausgleichsanspruch analog § 89b HGB zuspricht, schließt es sich der bisherigen Rechtsprechung an, so etwa dem Urteil des LG Frankfurt a. M. vom 10. 12. 1999 (3/8 O 28/199 n. v.), dem des LG Hanau vom 28. 5. 2002 (6 O 106/01 n. v.) und dem des LG Berlin vom 6. 9. 2004 (101 O 23/04 n. v.). In Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung hält das OLG Celle fest, dass ein Ausgleichsanspruch eines Franchisenehmers analog § 89b HGB

dann gegeben ist, wenn dieser in die Absatzorganisation des Franchisegebers eingegliedert ist und eine Pflicht zur Überlassung des Kundenstamms bei Vertragsbeendigung bestand (zur letzteren Voraussetzung insbesondere OLG Dresden, OLGR 2003, 289–302).

Von einer solchen Einbeziehung in die Absatzorganisation des Franchisesystems war nach dem Sachverhalt auszugehen. Zum einen war die Corporate Identity des Franchisesystems zu beachten, zum anderen mussten die Vorgaben zum Betreiben des Franchise-Outlets entsprechend den Regelungen des Franchise-Handbuchs und der mit dem Franchisevertrag einhergehenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Verhältnis zu den Kunden des Franchisesystems umgesetzt werden. Zu nutzen war daher das Know-how des Franchisesystems sowie dessen Marke. Insofern war der Franchisenehmer so in das Absatzsystem des Franchisegebers eingebunden, dass grundsätzlich von einem Ausgleichsanspruch analog § 89b HGB auszugehen war (vgl. insgesamt aus dem Schrifttum zum Ausgleichsanspruch eines Franchisenehmers: *Köhler*, NJW 1990, 1689; *Eckert*, WM 1991, 1237; *Bodewick*, BB 1997, 637; *Flohr*, DStR 1998, 572; *Nebling*, WRP 2001, 506).

## 4. Kein Ausschluss des Ausgleichsanspruchs analog § 89b Abs. 3 HGB

Bejaht man die Anwendung der Grundsätze des § 89b Abs. 1 HGB auf Franchisesysteme, stellt sich bei einem Franchisenehmer gleichermaßen wie bei einem Handelsvertreter die Frage, ob der Ausgleichsanspruch analog § 89b Abs. 3 HGB ausgeschlossen ist. Das OLG Celle prüft zwar wegen einer möglicherweise konkurrierenden Tätigkeit des Franchisenehmers einen solchen Ausschluss analog § 89b Abs. 3 Nr. 2 HGB, lehnt diesen Ausschlussstatbestand aber ab, weil sich dafür keine hinreichenden Anhaltspunkte fanden. Daraus folgt, dass jede konkurrierende Tätigkeit eines Franchisenehmers, wenn sie denn nachgewiesen werden kann, analog § 89b Abs. 3 HGB zum Ausschluss des Ausgleichsanspruchs führt.

## 5. Höhe des Ausgleichsanspruchs

Für die Berechnung des Franchisenehmerausgleichs ist im Hinblick auf die dem Franchisegeber verbleibenden Vorteile gem. § 89b Abs. 1 Nr. 1 HGB nicht auf die tatsächliche Entwicklung nach Beendigung des Franchisevertrages abzustellen, sondern eine auf den Zeitpunkt der Vertragsbeendigung bezogene Prognoseentscheidung vorzunehmen. Damit schließt sich das OLG Celle der Rechtsprechung des BGH (NJW 1989, 71–75) an. Entscheidend ist aus Sicht des OLG Celle, dass die Möglichkeit der Fortführung der Verträge mit dem übertragenen Kundenstamm für den Franchisegeber bestand bzw. dieser den Kundenstamm auf einen anderen Franchisenehmer übertragen konnte und nicht ob tatsächlich weitere Umsätze mit dem Kundenstamm des Franchisenehmers nach Vertragsbeendigung erzielt werden.

## III. Praxisfolgen

Die Entscheidung hat mehr als jede andere Entscheidung praktische Bedeutung für die Frage, ob einem Franchisenehmer ein Ausgleichsanspruch nach Handelsvertretergrundsätzen zusteht.

### 1. Keine Generalanalogie des Handelsvertreterrechts

Zunächst steht auf der Grundlage der Entscheidung fest, dass einem Franchisenehmer Überhangprovisionen gem. § 87 Abs. 1 HGB nicht zustehen. Diese Frage ist damit obergerichtlich entschieden. Die Anwendung von § 87 HGB auf einen Franchisevertrag scheidet daran, dass ein Franchisevertrag im Gegensatz zu einem Handelsvertretervertrag dadurch charakterisiert wird, dass die Verträge unmittelbar zwischen dem Kunden und dem Franchisenehmer zustande kommen und nicht wie beim Handelsver-

tretervertrag zwischen dem Kunden und dem hinter dem Handelsvertreter stehenden Prinzipal. Damit bestätigt das OLG Celle die im Schrifttum immer wieder aufgestellte These, dass eine Anwendung von Handelsvertretervorschriften auf Franchiseverträge nur dann in Betracht kommt, wenn die Interessenlage zwischen Handelsvertreter und Franchisenehmer vergleichbar ist (grundsätzlich dazu *Rafsendjani*, Der Good-will-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers, 1999, S. 112ff.; *Martinek*, Franchising, 1987, 353 ff.).

## 2. Einbindung in die Absatzorganisation des Franchisegebers

Ist der Franchisenehmer, sei es durch eine Alleinbezugsverpflichtung, durch Einhaltung der Corporate Identity oder durch Vorgaben zur Betriebsführung in die Absatzorganisation des Franchisenehmers eingebunden oder ergibt sich diese Einbindung insbesondere durch die Nutzung des Know-hows und der Marke des Systems und ist dieser gleichzeitig auch verpflichtet, bei Beendigung des Franchisevertrages seinen Kundenstamm auf den Franchisegeber oder einen anderen vom Franchisegeber benannten Dritten (neuer Franchisenehmer) zu übertragen, so sind die grundsätzlichen Voraussetzungen für einen Ausgleichsanspruch analog § 89b HGB gegeben.

Während sich die Eingliederung in die Absatzorganisation des Franchisegebers in der Regel aus der Umsetzung des Know-how des Franchisesystems und dem Betreiben des Franchise-Outlets auf der Grundlage der Vorgaben des Franchise-Handbuchs ergibt, wirft die Frage der Übertragung des Kundenstamms immer wieder Fragen auf. So geht das LG Frankfurt in seinem Urteil vom 10. 12. 1999 (3/8 O 28/199 n.v.) davon aus, dass eine Übertragung des Kundenstamms nicht zu erfolgen hat, sondern für den Ausgleichsanspruch eines Franchisenehmers die *faktische Kontinuität des Kundenstamms* genüge. Noch einen Schritt weiter geht der BGH in seinem Urteil vom 28. 6. 2006 (NJW-RR 2006, 1292), in dem er einem Vertragshändler einen Ausgleichsanspruch analog § 89b HGB zuspricht, obwohl dieser die Kundenkartei an einen Dritten verkauft hatte. Begründet wird dies vom BGH damit, dass der Zweck des Ausgleichsanspruchs im Ausgleich der Nachteile bestehe, die der Absatzmittler dadurch erleide, dass er den von ihm aufgebauten Kundenstamm in Folge der Vertragsbeendigung nicht mehr nutzen kann. Ein Ausgleichsanspruch ist daher nach Ansicht des BGH auch bei einer Konkurrenztaetigkeit des ausgeschiedenen Handelsvertreters nur insoweit ausgeschlossen, wie durch die Konkurrenztaetigkeit einerseits die Vorteile des Unternehmens aus Geschäften mit diesem Kundenstamm und andererseits die Nachteile des Handelsvertreters in Folge von Provisionsverlusten gemindert werden. Darüber hinaus sei ein Abzug aus Billigkeitsgründen möglich. Ausgeschlossen sei der Anspruch im Vorhinein auch durch eine Übertragung des Kundenstamms auf Dritte nicht.

Auch dieser Gedanke wird für Franchiseverträge zukünftig zu beachten sein, d.h. einem Franchisenehmer eröffnet sich die Möglichkeit einen Ausgleichsanspruch analog § 89b HGB geltend zu machen, selbst dann, wenn er den Kundenstamm durch Verkauf an einen Dritten verwertet hat und dieser Dritte nunmehr dem Franchisegeber Konkurrenz macht. Dies bedeutet, dass jeder Franchisegeber zukünftig bei der Etablierung eines Franchisesystems sich auch Gedanken darüber machen muss, ob er bei Beendigung eines Franchisevertrages an den Kundenstamm des Franchisenehmers interessiert ist. Wird ein solches Interesse bejaht, so ist ein Ausgleichsanspruch analog § 89b HGB bereits bei der Entwicklung des Franchisesystems zu berücksichtigen. Wird diese Notwendigkeit nicht gesehen, etwa weil man meint, dass die Marke des Franchisesystems eine solche überragende Bedeutung hat, dass der Franchisenehmer selbst mit dem ihm überlassenen Kundenstamm nicht erfolgreich sein kann, so muss der Franchisevertrag keine Regelungen dazu enthalten, dass der Franchisenehmer bei Beendigung des Vertrages seinen Kunden-

stamm entweder auf den Franchisegeber oder einen von diesem benannten Dritten, z.B. einen neuen Franchisenehmer, zu übertragen hat.

## 3. Vermeidung eines Ausgleichsanspruchs?

Um einen Ausgleichsanspruch analog § 89b HGB zu vermeiden, kann auch bei der Gestaltung eines Franchisevertrages bzw. der Struktur des Franchisesystems auf die Grundsätze der Toyota-Entscheidung des BGH vom 17. 4. 1996 (NJW 1996, 2159ff.) zurückgegriffen werden, in dem für den Franchisenehmer keine Verpflichtung – auch nicht im Rahmen von Marketingaktionen – zur Übertragung von Kundendaten besteht, sondern diese lediglich einer Marketingagentur überlassen werden, die in keiner Verflechtung zum Franchisegeber steht und die sich bei Androhung einer Vertragsstrafe in dem mit dem Franchisegeber abgeschlossenen Vertrag auch verpflichtet hat, Kundendaten an diesen nicht weiterzugeben. Wird ein solches Modell etwa im Zusammenhang mit Marketing- und Werbekonzepten des Franchisesystems gewählt, so ist sichergestellt, dass der Kundenstamm bei Beendigung des Franchisevertrages nicht dem Franchisegeber zusteht bzw. von diesem genutzt werden kann. Ein Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers analog § 89b HGB ist dann mangels Übertragung des Kundenstamms ausgeschlossen.

## 4. Option für den Franchisenehmer zur Übernahme des Kundenstamms

Die Entscheidung des OLG Celle eröffnet aber noch eine weitere Möglichkeit, die zunehmend für Franchiseverträge interessant werden dürfte: Im Rahmen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die in dem vom OLG Celle zu entscheidenden Fall dem Franchisevertrag beigelegt waren, trat der Franchisegeber in die jeweils vom Franchisenehmer abgeschlossenen Verträge ein, so dass feststand, dass der Franchisegeber auch in den Genuss des vom Franchisenehmer aufgebauten Kundenstamms kam. Wird nun der Inhalt der Allgemeinen Geschäftsbedingungen geändert und dem Franchisenehmer ein Wahlrecht eingeräumt, ob er den Kundenstamm übernehmen möchte, um diesen bei Beendigung des Franchisevertrages selbst zu nutzen oder aber dem Franchisegeber zu überlassen, so sind die Voraussetzungen eines Ausgleichsanspruchs gem. § 89b HGB nicht gegeben. Nimmt der Franchisenehmer den Kundenstamm mit, so hat er keinen Verlust durch die Vertragsbeendigung. Ein Ausgleichsanspruch analog § 89b HGB ist nicht zu gewähren. Verzichtet der Franchisenehmer auf die Übertragung des Kundenstamms, so handelt es sich hierbei um eine Verzichtserklärung nach Beendigung des Franchisevertrages. § 89b Abs. 4 HGB findet keine Anwendung. Ein Ausgleichsanspruch analog § 89b HGB ist dann mangels Übertragung des Kundenstamms ausgeschlossen.

Franchisesystemen ist daher zu raten, sowohl ihre Verträge als auch etwaige den Vertrag ergänzende Allgemeinen Geschäftsbedingungen daraufhin durchzusehen, ob nicht eine solche Klausel eingeführt werden kann, d.h. eine Klausel, durch die dem Franchisenehmer ein Wahlrecht eingeräumt wird, den Kundenstamm mitzunehmen oder darauf zu verzichten, d.h. den Kundenstamm dem Franchisegeber aufgrund einer nach Vertragsbeendigung überlassenen Erklärung zu belassen.

### PROFESSOR DR. ECKHARD FLOHR



ist Senior-Partner von Tigges Rechtsanwälte und leitet das Franchise- und Distribution-Dezernat sowohl im Büro in Düsseldorf als auch in Kitzbühel. Dr. Flohr ist Mitglied des Rechtsausschusses des Deutschen und Österreichischen Franchise-Verbandes sowie der European Franchise Lawyers Association. Er ist Dozent für Wirtschaftsprivatrecht und Internationales Wirtschaftsrecht an der FH Dortmund und FH München.



## Kaufrecht

Die eigentliche Bedeutung der Entscheidung des OLG Celle liegt somit in den Möglichkeiten, die diese bei der Vertragsgestaltung zur Abwendung eines Ausgleichsanspruchs eröffnet. Trotz der Eingliederung des Franchisenehmers in das Franchisesystem entsprechend der eines Handelsvertreters in die Absatzorganisation des Prinzipals, kann ein Ausgleichsanspruch aufgrund des dem Franchisenehmer eingeräumten Wahlrechts zur Übernahme (Mitnahme) des Kundenstamms ausgeschlossen werden, ohne dass in dieser bereits im Rahmen des Franchisevertrages vereinbarten Regelung ein Verstoß gegen § 89 b Abs. 4 HGB liegt.

Die Entscheidung hat damit weitreichende Bedeutung für die Gestaltung von Franchiseverträgen und wird, richtig angewandt, dazu führen, dass das „Gespenst“ eines Ausgleichsanspruchs eines Franchisenehmers analog § 89 b HGB bei Beendigung des Franchisevertragsverhältnisses seinen „Schrecken verliert“.

## KAUFRECHT

## Beweislastumkehr beim Verbrauchsgüterkauf: Käufer muss seine Verbrauchereigenschaft darlegen und beweisen

BGH, Urteil vom 11. 7. 2007 – VIII ZR 110/06

## LEITSÄTZE:

1. Die Vermutung des § 476 BGB ist nicht dann mit der Art des Mangel unvereinbar, wenn der Mangel, falls er schon bei Gefahrübergang vorgelegen hat, für den Verkäufer ebenso wie für den Käufer nicht erkennbar war. Sie setzt nicht voraus, dass der Verkäufer in Bezug auf den betreffenden Mangel bessere Erkenntnismöglichkeiten hat als der Käufer.

2. Der Käufer, der sich auf die ihm günstige Beweislastumkehr gemäß § 476 BGB beruft, muss im Streitfall darlegen und beweisen, dass die für die Anwendung dieser Vorschrift erforderlichen Voraussetzungen eines Verbrauchsgüterkaufs nach § 474 BGB erfüllt sind, er insbesondere beim Abschluss des Kaufvertrages als Verbraucher im Sinne des § 13 BGB gehandelt hat.

§§ 13, 474, 476 BGB

**AUS DEN GRNDRN:** 11 II. ... 2. ... b) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist die Vermutung des § 476 BGB hier aber auch nicht deswegen mit der Art des Mangels unvereinbar, weil der streitige Mangel, die Infektion des Katers mit den Erregern der Mikrosporidien, bei Übergabe des Tieres für die Beklagte ebenso wie für die Klägerin selbst bei einer sorgfältigen Untersuchung – zumindest äußerlich – nicht erkennbar war. Für die Beweislastumkehr nach § 476 BGB ist unerheblich, ob der Verkäufer den Mangel, sofern dieser schon bei Gefahrübergang vorhanden war, hätte erkennen können. Sie setzt nicht voraus, dass der Verkäufer in Bezug auf den betreffenden Mangel bessere Erkenntnismöglichkeiten hat als der Käufer (BeckOK-BGB/Faust, Stand 1. 2. 2007, § 476, Rdnr. 19; Gsell, EWIR 2006, 69, 70; Maultzsch, NJW 2006, 3091, 3094; Reinking/Eggert, Der Autokauf, 9. Aufl. Rdnr. 1305 und 1312; a. A. OLG Stuttgart, ZGS 2005, 36, 38; Grohmann/Gruschinske, ZGS 2005, 452, 454f.; Wietoska, ZGS 2004, 8, 10; Witt, NJW 2005, 3468, 3470; offengelassen im Senatsspruch vom 14. 9. 2005, a. a. O.). Dem Wortlaut der Vorschrift lässt sich dafür nichts entnehmen. Aus dem Gesetzeszweck ergibt sich nichts anderes. Zwar liegt der Be-

weislastumkehr des § 476 BGB ausweislich der Gesetzesbegründung die Erwägung zugrunde, dass ein Verkäufer, der als Unternehmer eine bewegliche Sache an einen Verbraucher verkauft, jedenfalls in engem zeitlichen Zusammenhang mit der Übergabe typischerweise über bessere Erkenntnis- und Beweismöglichkeiten verfügt als der Verbraucher (BT-Drucks. 14/6040 S. 245). Das Eingreifen der Vermutung hängt aber nicht davon ab, ob im Einzelfall ein Wissensvorsprung des Unternehmers hinsichtlich der Mangelfreiheit der Kaufsache besteht. Andernfalls würde die Beweislastumkehr bei verdeckten Mängeln wie etwa beim Verkauf originalverpackter Ware generell nicht eingreifen und der spezifisch Verbraucher schützende Charakter der Vorschrift damit weitgehend leer laufen.

12 3. Obwohl das Berufungsgericht danach eine Beweislastumkehr nach § 476 BGB rechtsfehlerhaft verneint hat, kann nach den bisher getroffenen Feststellungen nicht abschließend beurteilt werden, ob eine solche Beweislastumkehr hier Platz greift. Wie bereits (oben unter II 2) erwähnt, setzt die Anwendbarkeit des § 476 BGB gemäß § 474 Abs. 1 Satz 1 BGB einen Verbrauchsgüterkauf voraus. Ein solcher ist nach der letztgenannten Vorschrift gegeben, wenn ein Verbraucher von einem Unternehmer eine bewegliche Sache kauft. Streitig ist hier insoweit nur noch die Frage, ob die Klägerin [Käuferin] bei dem Abschluss des Kaufvertrages der Parteien vom 11. 8. 2002 als Verbraucherin nach § 13 BGB gehandelt hat. Das hat das Berufungsgericht mit der Begründung angenommen, die Beklagte [Katzenzüchterin] habe nicht ausreichend dargelegt, dass die Klägerin als Unternehmerin nach § 14 BGB gehandelt habe. Das greift zwar die Revision als ihr günstig nicht an. Zu Recht beanstandet aber die Revisionserweiterung, dass die Begründung des Berufungsgerichts rechtsfehlerhaft ist ... Jedenfalls hat das Berufungsgericht verkannt, dass nicht die Beklagte für die Unternehmereigenschaft der Klägerin, sondern die Klägerin für ihre Eigenschaft als Verbraucherin die Darlegungs- und Beweislast trägt.

13 a) Nach allgemeinen Grundsätzen trägt im Streitfall derjenige die Darlegungs- und Beweislast, der sich auf den Tatbestand einer ihm günstigen Rechtsnorm beruft. Deshalb muss nach ganz herrschender Auffassung grundsätzlich der Verbraucher darlegen und beweisen, dass die Verbraucherschutzvorschriften der §§ 474 ff. BGB in seinem Fall eingreifen (OLG Düsseldorf ZGS 2004, 271, 273; OLG Celle NJW-RR 2004, 1645, 1646; Palandt/Heinrichs, BGB, 66. Aufl., § 13 Rdnr. 4; MünchKommBGB/Micklitz, 5. Aufl., § 13 Rdnr. 32; Erman/Saenger, BGB, 11. Aufl., § 13 Rdnr. 20; BeckOK-BGB/Schmidt-Räntsch, Stand 1. 2. 2007, § 13 Rdnr. 15; Staudinger/Weick, BGB (2004), § 13 Rdnr. 67). So liegt es auch hier. Die Klägerin beruft sich auf die ihr günstige Vorschrift des § 476 BGB. Sie muss deshalb darlegen und beweisen, dass sie bei dem Abschluss des Kaufvertrages als Verbraucherin, mithin nicht in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit gehandelt hat. Das hat das Berufungsgericht verkannt, indem es davon ausgegangen ist, die Beklagte habe nicht ausreichend dargelegt, dass die Klägerin als Unternehmerin gehandelt habe. Es ist nicht auszuschließen, dass es hinsichtlich der Verbrauchereigenschaft der Klägerin beim Abschluss des Kaufvertrages zu einem anderen Ergebnis gekommen wäre, wenn es richtigerweise von der Darlegungs- und Beweislast der Klägerin ausgegangen wäre. ...

**Hinweis der Redaktion:** Zur Beweislastumkehr bei Sachmangel eines Gebrauchtwagens vgl. BGH, 18. 7. 2007 – VIII ZR 259/06, BB 2007, 1809.