

# Schwerpunktbereichsklausur: Ekelskandal bei Burger No. 1

Von Wiss. Mitarbeiter **Tobias von Bressendorf**, Leipzig\*

*Diese anspruchsvolle Klausur wurde im Wintersemester 2015/2016 als Prüfungsaufgabe im Schwerpunktbereich Unternehmensrecht an der Juristenfakultät der Universität Leipzig ausgegeben. Die Bearbeitungszeit betrug vier Stunden. Teil 1 hat Streitfragen rund um Kündigung und nachvertragliche Entschädigungs- sowie Ausgleichsansprüche bei Franchiseverhältnissen zum Gegenstand. In Teil 2 war das Bestehen eines Schadensersatzanspruchs gegen einen GmbH-Geschäftsführer zu prüfen.*

## Sachverhalt

### Teil 1

Die Fastfood-Kette Burger No. 1 GmbH (B-GmbH) wirbt mit folgendem Geschäftsmodell:

„Die Burger No. 1 GmbH sucht motivierte Unternehmer, die sich den Traum eines eigenen Burger-No.-1-Stores erfüllen wollen!

Wir unterstützen Sie bei diesem Vorhaben, indem wir Ihnen das Know-how der Zubereitung unserer Burger, Pommes Frites und anderer Speisen zur Verfügung stellen, bei regionalen Marketingaktionen beratend zur Seite stehen und überregionale Marketingaktionen im Interesse aller Vertragspartner selbst durchführen. Das Markenlogo der Burger No. 1 GmbH darf von Ihnen genutzt werden. Als Gegenleistung verpflichten Sie sich zur Zahlung einer monatlichen Gebühr.

Aktuell wollen wir unsere Präsenz in den neuen Bundesländern abseits der Großstädte ausbauen. Geeignete Standorte haben wir durch aufwendige Marktanalysen aufgefunden gemacht und gesichert.“

Am 9.4.2014 unterzeichnen F, der Geschäftsführer der B-GmbH, und G einen „Partner-Vertrag“, wobei G eine Ausfertigung ausgehändigt wird. Der Vertrag enthält u.a. folgende Vereinbarungen:

### Auszug aus dem Vertrag

#### § 3 Vertragslaufzeit

Die Vertragslaufzeit beträgt fünf Jahre. Ein Recht zur vorzeitigen Kündigung besteht nicht.

#### § 4 Räumlichkeiten

Die Burger No. 1 GmbH stellt dem lokalen Vertragspartner acht voll ausgestattete Restaurants in den Landkreisen Sächsische Schweiz-Osterzgebirge und Erzgebirgskreis zur Verfügung. Die Räumlichkeiten sind bei Vertragsende herauszugeben. Das Erscheinungsbild des Stores darf nur in Absprache mit der Burger No. 1 GmbH verändert werden.

#### § 9 Zutaten

Zutaten dürfen ausschließlich von der Burger No. 1 GmbH oder von mit der Burger No. 1 GmbH kooperierenden Händlern bezogen werden.

#### § 10 Produkte

Produktpalette und Endpreise werden von der Burger No. 1 GmbH festgelegt. Der lokale Vertragspartner bemüht sich um den Absatz der Produkte im Rahmen des Burger-No.-1-Konzepts.

#### § 11 Kontroll- und Weisungsrechte

Die Burger No. 1 GmbH ist berechtigt durch Kontrollen die Einhaltung der Burger-No.-1-Standards zu überprüfen und Weisungen hinsichtlich der Leitung des Stores auszusprechen.

#### § 25 Wettbewerbsverbot

Nach Vertragsende ist es G für zwei Jahre untersagt, Fastfood-Restaurants in den Landkreisen Sächsische Schweiz-Osterzgebirge und Erzgebirgskreis zu betreiben.

Im August 2015 deckt Enthüllungsjournalist W auf, dass in den Restaurants des G massiv gegen Hygiene- und Arbeitsschutzrichtlinien verstoßen wird. Er nimmt mit verdeckter Kamera auf, wie G Mitarbeiter anweist, Lebensmittel, deren Haltbarkeitsdatum bereits deutlich überschritten ist, umzuetikettieren und für die Zubereitung der Speisen zu verwenden. Außerdem ist dokumentiert, dass Frittieröl über Wochen nicht gewechselt wird und die hygienischen Zustände in den Lokalen allgemein desaströs sind. Die B-GmbH hatte bei einer Kontrolle im Juni 2015 bereits Mängel – wenn auch nicht in diesem Ausmaß – festgestellt und G abgemahnt.

Nachdem W seine Erkenntnisse am 11.8.2015 im Fernsehen enthüllt hat, dominiert der „Ekelskandal bei Burger No. 1“ die Schlagzeilen. Die Umsätze in den Stores brechen bundesweit ein. F sieht sich gezwungen zu handeln und teilt G im Namen der B-GmbH am 17.8.2015 schriftlich mit, dass das Vertragsverhältnis mit sofortiger Wirkung gekündigt werde.

G bestreitet, dass die Kündigung wirksam ist. Jedenfalls stehe ihm zumindest ein Ausgleichsanspruch gegen die B-GmbH zu. Schließlich habe er durch zahlreiche Werbeaktionen dazu beigetragen, dass sich im Erzgebirge eine regelrechte Fangemeinde der Marke Burger No. 1 entwickelt habe, die nach einer Wiederöffnung der Stores durch einen neuen lokalen Betreiber rasch wieder für erhebliche Umsätze sorgen werde. Außerdem habe er Anspruch auf eine Entschädigung wegen des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots. Dieses schränke ihn erheblich in seiner beruflichen Freiheit ein. Die B-GmbH weist die Forderungen des G am 26.8.2015 schriftlich zurück und teilt mit, dass sie auf das Wettbewerbsverbot verzichte. G hat an dem Verzicht kein Interesse. Er will lieber eine Entschädigungszahlung, da ihm bewusst ist, dass er infolge des TV-Beitrags des W in näherer Zukunft keinen

---

\* Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht von Prof. Dr. Tim Drygala an der Juristenfakultät der Universität Leipzig.

Fuß mehr auf den Boden der Fastfood-Branche bekommen wird.

### Frage 1

Liegt eine wirksame Kündigung vor?

### Frage 2

Unterstellt die Kündigung ist wirksam, bestehen wegen des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots Entschädigungsansprüche des G gegen die B-GmbH?

### Frage 3

Unterstellt die Kündigung ist wirksam, bestehen Ausgleichsansprüche des G gegen die B-GmbH wegen des von ihm erworbenen Kundenstamms?

### Teil 2

Die Gesellschafterversammlung der B-GmbH beschließt den Neubau einer Vertriebszentrale in Sachsen. Geschäftsführer F besichtigt im September 2015 mehrere geeignete Grundstücke im Leipziger Umland. Anschließend trifft er sich mit seiner alten Studienfreundin S zu einem privaten Abendessen. Beiläufig erwähnt S, dass sie ein Gewerbegrundstück in der Leipziger Peripherie geerbt habe und beabsichtige, dieses zu verkaufen. Das Grundstück ist ideal für das Vorhaben der B-GmbH und deutlich günstiger als die zuvor von F besichtigten. Dennoch sieht F von einem Erwerb für die B-GmbH ab. Stattdessen vermittelt er das Grundstück seinem Bruder X, der nach einem geeigneten Produktionsstandort für sein Tech-Start-up sucht. X erwirbt das Grundstück zu einem Preis von 200.000 €. Die Gesellschafter der B-GmbH macht F auf den Vorgang nicht aufmerksam. Vielmehr leitet er den Erwerb eines anderen Grundstücks zu einem Preis von 300.000 € in die Wege. Im November 2015 erfahren die Gesellschafter zufällig von dem Vorgang. Auf der nächsten planmäßigen Gesellschafterversammlung beschließen sie mögliche Ersatzansprüche gegen F geltend zu machen.

### Frage 4

Bestehen wegen der Vermittlung des Geschäfts an X Ansprüche der B-GmbH gegen F?

### Lösungsvorschlag zu Frage 1

Fraglich ist, ob die B-GmbH den Vertrag mit G wirksam gekündigt hat.

### I. Vertragstyp

Dazu müsste zunächst ein Vertrag zwischen der B-GmbH und G bestanden haben. Die B-GmbH, vertreten durch Geschäftsführer F (§ 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG), hat am 9.4.2014 mit G einen Vertrag geschlossen. Die Rechtsnatur des Vertrags ist durch Auslegung (§§ 133, 157 BGB) zu ermitteln<sup>1</sup>:

Insbesondere § 10 des „Partner-Vertrags“ verpflichtet G, das Fastfood-Restaurant-Konzept der B-GmbH anzuwenden und zu fördern. Dabei handelt es sich um eine selbstständige Tätigkeit wirtschaftlicher Art, für die die B-GmbH grundsätzlich selbst zu sorgen hat. Da G die Stores auf eigene Rechnung betreibt, besteht für ihn im Gegenzug eine Verdienstmöglichkeit. Darin ist ein Entgelt für die Konzeptanwendung und -förderung zu sehen. Der Vertrag hat somit den Charakter eines Geschäftsbesorgungsvertrags dienstrechtlicher Natur (§§ 675, 611 ff. BGB).<sup>2</sup> Daneben tritt noch ein vorvertraglich-kaufrechtliches Element (§§ 433 ff. BGB): § 9 des „Partner-Vertrags“ enthält nämlich nicht nur die Pflicht, Zutaten ausschließlich bei der B-GmbH und deren Kooperationspartnern zu beziehen, sondern begründet im Umkehrschluss auch einen Anspruch auf Abschluss entsprechender Kaufverträge. Darüber hinaus weist der Vertrag auch pachtrechtliche Elemente (§§ 581 ff. BGB) auf. Dies gilt zum einen für die nach § 4 zu überlassenden Räumlichkeiten.<sup>3</sup> Zum anderen entrichtet G eine monatliche Gebühr dafür, dass er das Markenlogo, das Know-how und die Rezepte – mithin also das Unternehmenskonzept – der B-GmbH nutzen und die Früchte daraus ziehen darf.<sup>4</sup> Bei dem Vertrag zwischen der B-GmbH und G handelt es sich somit um einen typengemischten, gesetzlich nicht kodifizierten Vertrag im Sinne des § 311 Abs. 1 BGB mit geschäftsbesorgungs-, kauf- und pachtrechtlichen Elementen. Diese Art von Vertrag wird allgemein als Franchisevertrag bezeichnet.<sup>5</sup> Zwischen der B-

aus Gründen der Übersichtlichkeit anbietet. Verorten ließe sich die Frage insbesondere auch unter Prüfungspunkt II. 1.

<sup>2</sup> Ein Handelsvertretervertrag im Sinne der §§ 84 ff. HGB, bei dem es sich um eine qualifizierte Form des Geschäftsbesorgungsvertrags handelt, scheidet aus, da G die Restaurants in eigenem Namen betreibt und keine Geschäfte an die B-GmbH vermitteln soll. Vgl. *Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 18 Rn. 5; *Schreiber*, Jura 2009, 115 (116).

<sup>3</sup> Die Überlassung von voll ausgestatteten Gaststätten fällt regelmäßig unter § 581 BGB und nicht unter §§ 578 Abs. 2, 535 BGB, vgl. *C. Wagner*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 38, Stand: 1.2.2015, § 581 Rn. 12 m.w.N.

<sup>4</sup> So etwa *Canaris* (Fn. 2), § 18 Rn. 17 f.; *Dickersbach*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 14. Aufl. 2014, Vor § 581 Rn. 20; *Giesler*, in: Giesler/Nauschütt, Franchiserecht, 3. Aufl. 2016, S. 370 ff.; etwas zurückhaltender *K. Schmidt*, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 28 Rn. 33; weitergehend hingegen *Möller*, AcP 203 (2003), 319 (333 f.); *Harke*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 581 Rn. 20; a.A. für eine lizenzrechtliche Einordnung etwa *Emmerich*, JuS 1995, 761 (762 f.). Insbesondere die pachtrechtliche Komponente ist Abgrenzungskriterium zum Vertragshändlervertrag, vgl. etwa *Schreiber*, JURA 2009, 115 (116).

<sup>5</sup> Siehe zu Begriff, Entwicklung und Bedeutung des Franchising *Emmerich*, JuS 1995, 761; *Martinek*, Moderne Vertragstypen II, 1992, S. 5 ff.; *Skaupy*, NJW 1992, 1785. Grundsätzlich gibt es drei Arten von Franchising: Das Vertriebsfranchising, das Dienstleistungsfranchising und das seltenere

<sup>1</sup> Die Rechtsnatur des Vertrags muss nicht notwendigerweise bereits an dieser Stelle geklärt werden, wenngleich sich dies

GmbH und G bestand seit dem 9.4.2014 ein Schuldverhältnis in Form eines Franchisevertrags.

**II. Wirksame Kündigung des Vertrags**

Die B-GmbH müsste den Franchisevertrag wirksam gekündigt haben. Da F im Namen der B-GmbH erklärte, dass der Vertrag „mit sofortiger Wirkung gekündigt sei“, sind zunächst außerordentliche Kündigungsrechte zu prüfen.

*1. Einschlägige Kündigungsvorschrift?*

Mangels eines vertraglichen Kündigungsrechts kommt nur ein gesetzliches Recht zur außerordentlichen Kündigung in Betracht. Bei typengemischten Verträgen sind die einzelnen Vertragsbestandteile hinsichtlich des anzuwendenden Rechts grundsätzlich selbstständig zu beurteilen. Es gelten jeweils die Vorschriften des insoweit einschlägigen Vertragstyps. Soweit es um die Beendigung des Vertrags im Ganzen geht, ist allerdings eine Gesamtbeurteilung vorzunehmen. Es gelten allein die Regeln desjenigen Vertragstyps, der den Vertrag am stärksten prägt.<sup>6</sup>

Der Vertrag zwischen der B-GmbH und G wird vor allem dadurch gekennzeichnet, dass G das Unternehmenskonzept der B-GmbH anwendet und fördert. Im Vordergrund steht daher der geschäftsbesorgungsrechtliche Teil des Vertrags. Die außerordentliche Kündigung eines Geschäftsbesorgungsvertrags mit dienstrechtlichem Charakter richtet sich grundsätzlich nach § 626 BGB. Nach der h.L. ist bei Franchiseverhältnissen aber vorrangig § 89a HGB - der die außerordentliche Kündigung von Handelsvertreterverträgen regelt - heranzuziehen.<sup>7</sup> Sowohl bei Handelsvertreter- als auch bei Franchiseverträgen verfolgten die Beteiligten primär das Ziel, in Arbeitsteilung dauerhaft Produkte zu vertreiben.<sup>8</sup> Dieser Zweck hebe beide Vertragstypen gleichermaßen aus dem Kreis der typengemischten Verträge mit Geschäftsbesorgungscharakter hervor und rechtfertige - trotz der im Übrigen

Produktionsfranchising, siehe dazu *Giesler/Nauschütt*, in: *Giesler/Nauschütt*, Franchiserecht, 3. Aufl. 2016, S. 14 ff.

<sup>6</sup> Vgl. *Emmerich*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 311 Rn. 28 ff. m.w.N.; ausführlich dazu *Oechsler*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 3. Aufl. 2013, Rn. 15 ff.

<sup>7</sup> So etwa *Hopt*, in: *Baumbach/Hopt*, Kommentar zum HGB, 36. Aufl. 2014, § 84 Rn. 11; *K. Schmidt* (Fn. 4), § 28 Rn. 43; v. *Hoyningen-Huene*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 6. Aufl. 2016, § 89a Rn. 9; vgl. für einen Vorrang des § 89 HGB bei ordentlicher Kündigung BGH NJW-RR 2002, 1554. Siehe auch zur außerordentlichen Kündigung eines McDonald's-Franchisevertrags BGH NJW 1985, 1894.

<sup>8</sup> Sowohl das ordentliche Kündigungsrecht gemäß § 89 HGB als auch das außerordentliche gemäß § 89a HGB setzen nicht voraus, dass der Handelsvertreter in concreto schutzwürdig ist. Anders als bei § 90a HGB oder auch § 89b HGB (siehe unten Frage 2 und 3) ist daher für die Analogie nicht entscheidend, dass der Franchisenehmer konkret wegen der engen Verbindung zum Unternehmer besonders schutzwürdig ist. Vgl. *Canaris* (Fn. 2), § 16 Rn. 9.

zum Teil erheblichen Unterschiede - eine einheitliche Behandlung hinsichtlich der Vertragsbeendigung.

Diese Argumentation ist zwar nicht ohne Widerspruch geblieben<sup>9</sup>, überzeugt aber aufgrund ihrer praxisnahen Vertriebsformorientierung. Auch das für die pachtrechtlichen Elemente einschlägige außerordentliche Kündigungsrecht in § 581 Abs. 2 BGB i.V.m. § 543 BGB und das allgemeine Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund in § 314 BGB treten daher zurück. Daher kommt allein § 89a HGB analog als Rechtsgrundlage der Kündigung in Frage.

*2. Ausschluss des Kündigungsrechts gemäß § 3 des Vertrags*

Da gemäß § 89a Abs. 1 S. 2 HGB das Recht zur außerordentlichen Kündigung nicht ausgeschlossen werden kann, steht § 3 des „Partner-Vertrags“ einer Kündigung nicht im Weg.

*3. Kündigungserklärung*

Die B-GmbH hat am 17.8.2015 gegenüber G die Kündigung erklärt. Ein Formerfordernis kennt § 89a HGB nicht.

*4. Kündigungsgrund*

Es müsste ein wichtiger Grund im Sinne des § 89a Abs. 1 S. 1 HGB vorliegen. Ein solcher liegt vor, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur vereinbarten Beendigung oder bis zum Ablauf einer Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann.<sup>10</sup>

G hat sich massive, z.T. vorsätzliche Verstöße gegen Hygiene- und Arbeitsschutzrichtlinien zuschulden kommen lassen. So wurde zum einen Frittieröl über Wochen nicht gewechselt, zum anderen wurden Mitarbeiter angewiesen, Lebensmittel deutlich nach Ablauf des Haltbarkeitsdatums für die Zubereitung von Speisen zu verwenden. Diese Zustände sind durch den TV-Beitrag des Journalisten W öffentlich bekannt geworden. Die Folge waren Imageschäden für die B-GmbH und Umsatzeinbußen bei allen Franchisenehmern.

Angesichts des Gewichts dieser Verstöße erscheint eine Vertragsfortsetzung bis zum Ende des Franchiseverhältnisses für die B-GmbH unzumutbar, zumal eine ordentliche Kündigung gemäß § 3 des „Partner-Vertrags“ zulässigerweise ausgeschlossen ist. Ein wichtiger Grund im Sinne des § 89a Abs. 1 S. 1 HGB liegt daher vor.

<sup>9</sup> A.A. für eine Anwendung von § 314 BGB auf Franchiseverhältnisse *Giesler*, ZIP 2002, 420 (427); *Schreiber*, Jura 2009, 115 (117); für eine Anwendung der pachtrechtlichen Vorschriften *Harke* (Fn. 4), § 581 Rn. 54; *Schaub*, in: *Staudinger*, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2013, § 581 Rn. 106.

<sup>10</sup> Vgl. BGH NJW 1986, 1931; *Hopt* (Fn. 7), § 89a Rn. 6; v. *Hoyningen-Huene* (Fn. 7), § 89a Rn. 12; vgl. §§ 314 Abs. 1 S. 2, 626 Abs. 1 S. 1 BGB.

### 5. Abmahnung

Daneben ergibt sich aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen das Erfordernis einer vorherigen Abmahnung.<sup>11</sup> Die B-GmbH hatte im Juni 2015 bereits Verstöße gegen Hygiene- und Arbeitsschutzrichtlinien festgestellt und abgemahnt, sodass dieses Erfordernis gewahrt ist.

### 6. Rechtzeitigkeit der Kündigung

Die Kündigung muss außerdem rechtzeitig erklärt worden sein. Nach ganz h.M. ist insoweit keine starre Frist anzusetzen, sondern der Zeitpunkt, bis zu dem eine Kündigung zulässig ist, anhand der Umstände des Einzelfalls zu bestimmen.<sup>12</sup> Die Kündigung wurde am 17.8.2015 und damit sechs Tage nach Ausstrahlung der Dokumentation erklärt. Allein schon um der B-GmbH einen angemessenen Zeitraum für Überlegungen und eine rechtliche Prüfung des Falls einzuräumen, ist die Frist zur Ausübung des Kündigungsrechts deutlich länger anzusetzen. Die B-GmbH erklärte die Kündigung daher rechtzeitig.

### 7. Ergebnis

Die B-GmbH hat den Vertrag mit G am 17.8.2015 analog § 89a Abs. 1 S. 1 HGB wirksam außerordentlich gekündigt.

## III. Ergebnis

Die Kündigung ist wirksam.

### Lösungsvorschlag zu Frage 2

Fraglich ist, ob G wegen des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots Entschädigungsansprüche gegen die B-GmbH zustehen.

#### I. Anspruch aus § 90a Abs. 1 S. 3 HGB analog

G könnte einen Anspruch auf Zahlung einer angemessenen Wettbewerbsentschädigung aus § 90a Abs. 1 S. 3 HGB analog gegen die B-GmbH haben.

##### 1. Voraussetzungen für eine Analogie

§ 90a Abs. 1 S. 3 HGB müsste analog anwendbar sein.<sup>13</sup> Das ist dann der Fall, wenn das Fehlen eines entsprechenden Entschädigungsanspruchs bei Franchiseverhältnissen eine planwidrige Regelungslücke darstellt und die Interessenlage des konkreten Falls mit der des gesetzlich geregelten Falls vergleichbar ist.

<sup>11</sup> Hopt (Fn. 7), § 89a Rn. 10; Löwisch, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, Handelsgesetzbuch, 3. Aufl. 2014, § 89a Rn. 25 ff.; Canaris (Fn. 2), § 15 Rn. 91.

<sup>12</sup> So in Anlehnung an § 314 Abs. 3 BGB die ganz h.M.: BGH NJW-RR 1999, 1481 (1484); Hopt (Fn. 7), § 89a Rn. 30; Die allgemeine Vorschrift des § 626 Abs. 2 BGB ist nicht heranzuziehen, da sie dem besonderen Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers dient und daher nicht passt. Vgl. v. Hoyningen-Huene (Fn. 7), § 89a Rn. 5.

<sup>13</sup> Anders als bei § 89a HGB ist hier die Analogie vertieft zu prüfen, vgl. oben Fn. 8.

##### a) Planwidrige Regelungslücke

Ein Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung für wirtschaftliche Nachteile, die sich aus einem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot ergeben, existiert für Franchiseverhältnisse nicht. Bei Schaffung des HGB existierte das Franchising als Vertriebsform noch nicht, später verzichtete der Gesetzgeber auf eine Regelung, allerdings ohne eine analoge Anwendung einzelner Vorschriften ausschließen zu wollen. Eine planwidrige Regelungslücke liegt daher vor.

##### b) Vergleichbare Interessenlage

Im konkreten Fall müsste eine zum gesetzlichen Regelfall vergleichbare Interessenlage bestehen. § 90a HGB soll die nachvertraglichen Interessen von Handelsvertreter und Unternehmer in einen gerechten Ausgleich bringen.<sup>14</sup>

Einerseits hat der Handelsvertreter ein evidenten Interesse daran, sein weiteres berufliches Fortkommen nach Beendigung der Tätigkeit für den Unternehmer autonom planen zu können.<sup>15</sup>

Andererseits hat der Unternehmer ein Interesse daran, dass der Handelsvertreter im Rahmen des Vertragsverhältnisses gewonnene Kenntnisse nicht zu seinen Lasten ausnutzt, indem er eine konkurrierende Tätigkeit aufnimmt.<sup>16</sup> Diesen Interessenkonflikt versucht § 90a HGB dadurch auszugleichen, dass zwar grundsätzlich die Vereinbarung eines Wettbewerbsverbots für zulässig erklärt, der Unternehmer zugleich aber zur Zahlung einer Karenzentschädigung verpflichtet wird.<sup>17</sup> Sonderkenntnisse erlangt der Handelsvertreter im Rahmen des Vertragsverhältnisses, weil er eng in die Absatzorganisation des Unternehmers eingebunden ist. Analogie Voraussetzung ist daher, dass G als Franchisenehmer Aufgaben zu erfüllen hatte, die wirtschaftlich in erheblichem Umfang mit denen eines Handelsvertreters vergleichbar sind.<sup>18</sup>

Typusprägende Aufgabe des Handelsvertreters ist das fremdnützige Vertreiben und Absetzen von Produkten (vgl. § 86 Abs. 1 HGB, sog. Bemühungs- und Interessenwahrnehmungspflicht).<sup>19</sup> G war gegenüber der B-GmbH zur Konzeptanwendung und -förderung verpflichtet (siehe oben Frage 1. I.). Dies beinhaltete insbesondere auch die Pflicht zur Förderung des Produktabsatzes, an dem die B-GmbH durch monatliche Gebührensahlungen und den Verkauf von Zutaten (vgl. § 9 des Franchisevertrags) mittelbar wirtschaftlich partizipierte. Weiterhin ist für die Aufgabenorganisation im Han-

<sup>14</sup> Busche, in: Oetker, Kommentar zum HGB, 4. Aufl. 2015, § 90a Rn. 2; Hopt (Fn. 7), § 90a Rn. 2.

<sup>15</sup> Vgl. v. Hoyningen-Huene (Fn. 7), § 90a Rn. 4; Busche (Fn. 14), § 90a Rn. 1.

<sup>16</sup> Vgl. Roth, in: Koller/Kindler/Roth/Morck, Handelsgesetzbuch, 8. Aufl. 2015, § 90a Rn. 1; Hopt (Fn. 7), § 90a Rn. 2.

<sup>17</sup> Vgl. BGH WM 1987, 512 (513); v. Hoyningen-Huene (Fn. 7), § 90a Rn. 4.

<sup>18</sup> Vgl. BGH WM 1987, 512 (513); Canaris (Fn. 2), § 18 Rn. 26; Martinek (Fn. 5), S. 157 ff.; kritisch hinsichtlich einer Analogie Kroll, in: Giesler/Nauschütt, Franchiserecht, 3. Aufl. 2016, S. 560.

<sup>19</sup> Siehe dazu Canaris (Fn. 2), § 15 Rn. 26 ff.

delsvertreterverhältnis typisch, dass der Unternehmer gegenüber dem Handelsvertreter weisungsbefugt ist.<sup>20</sup> Ein solches Recht ist in § 11 des Franchisevertrags ausdrücklich angeordnet. Da die B-GmbH auch im Übrigen erheblichen Einfluss auf das Unternehmen des G ausübte (vgl. etwa §§ 4 S. 3, 10 des Franchisevertrags), ist in der Gesamtschau von einer Vergleichbarkeit der Aufgaben und damit auch der Interessenlage auszugehen.

*c) Zwischenergebnis*

§ 90a Abs. 1 S. 3 HGB ist analog auf das Franchiseverhältnis zwischen G und der B-GmbH anwendbar.

**2. Beendigung**

Der Anspruch aus § 90a Abs. 1 S. 3 HGB analog setzt voraus, dass der Franchisevertrag wirksam beendet wurde. Dies ist durch die außerordentliche Kündigung der B-GmbH am 17.8.2015 geschehen (siehe oben Frage 1).

**3. Wettbewerbsabrede im Sinne des § 90a Abs. 1 HGB analog**

Die B-GmbH und G müssten eine wirksame Wettbewerbsabrede im Sinne des § 90a Abs. 1 S. 1, 2 HGB getroffen haben. Eine dahingehende Vereinbarung findet sich in § 25 des Franchisevertrags. Dass eine Ausgleichszahlung nach Vertragsende nicht ausdrücklich vereinbart ist, ist für die Wirksamkeit der Abrede irrelevant (arg. e contrario § 74 Abs. 1 S. 2 HGB). Entscheidend ist allein, dass die inhaltlichen Anforderungen in § 90a Abs. 1 S. 2 HGB erfüllt sind. Das ist der Fall: Das Wettbewerbsverbot ist auf die Landkreise Sächsische Schweiz-Osterzgebirge und Erzgebirgskreis und eine Dauer von zwei Jahren beschränkt. Da der Vertrag außerdem schriftlich im Sinne des § 126 BGB geschlossen und G am 9.4.2014 eine Vertragsurkunde ausgehändigt wurde, sind auch die Formerfordernisse des § 90a Abs. 1 S. 2 HGB analog gewahrt. Eine wirksame Wettbewerbsabrede im Sinne des § 90a Abs. 1 S. 1, 2 HGB liegt daher vor.

**4. Lossagung gemäß § 90a Abs. 3 HGB analog**

Die B-GmbH könnte sich aber vom Wettbewerbsverbot analog § 90a Abs. 3 HGB losgesagt haben.<sup>21</sup>

*a) Kündigung aus wichtigem Grund wegen schuldhaften Verhaltens*

Die B-GmbH müsste zunächst das Vertragsverhältnis aus wichtigem Grund wegen schuldhaften Verhaltens des G gekündigt haben. Eine entsprechende außerordentliche Kündigung liegt vor (siehe oben Frage 1). Da G vorsätzlich hinsichtlich der Verstöße handelte, knüpfte sie auch an ein

<sup>20</sup> Vgl. BGHZ 97, 317 (323 f.); BGH NJW 1992, 2818 (2819); ausführlich dazu *Canaris* (Fn. 2), § 15 Rn. 34 ff.

<sup>21</sup> In Frage kommt auch ein Verzicht der B-GmbH auf das Wettbewerbsverbot gemäß § 90a Abs. 2 HGB analog. Da die Rechtsfolgen des § 90a Abs. 3 HGB aber weiterreichen, ist diese Vorschrift im Rahmen eines Gutachten vorrangig zu prüfen.

schuldhaftes Verhalten (vgl. § 276 Abs. 1 S. 1 BGB) des G an.

*b) Frist- und formgerechte Ausübung des Lossagungsrechts*

Außerdem müsste die B-GmbH das Lossagungsrecht form- und fristgerecht ausgeübt haben. Die B-GmbH „verzichtete“ schriftlich auf das Wettbewerbsverbot. Das Formerfordernis des § 90a Abs. 3 HGB i.V.m. § 126 BGB ist daher gewahrt. Fristbeginn war gemäß § 187 Abs. 1 BGB der auf die Kündigung folgende Tag, d.h. der 18.8.2015 um 0.00 Uhr. Fristende war gemäß § 188 Abs. 2 BGB der 17.9.2015 um 24.00 Uhr. Die B-GmbH „verzichtete“ bereits am 23.8.2015.<sup>22</sup> Das Lossagungsrecht wurde damit form- und fristgerecht ausgeübt.

*c) Zwischenergebnis*

Die B-GmbH hat sich vom Wettbewerbsverbot gemäß § 90a Abs. 3 HGB analog losgesagt.

**5. Ergebnis**

G hat keinen Anspruch gegen die B-GmbH aus § 90a Abs. 1 S. 3 HGB analog.

**II. Ergebnis**

G hat keinen Anspruch auf Zahlung eines Ausgleichs oder einer Entschädigung gegen die B-GmbH.

**Lösungsvorschlag zu Frage 3**

Fraglich ist, ob G wegen der Schaffung eines treuen Kundentamms im Erzgebirge einen Ausgleichsanspruch gegen die B-GmbH hat.

**I. Anspruch aus § 89b HGB analog**

Ein solcher Entschädigungsanspruch könnte sich aus § 89b HGB analog ergeben.

*1. Voraussetzungen für eine Analogie*

Wiederum ist im Einzelfall in Bezug auf die konkrete Norm zu ermitteln, ob eine Analogie in Frage kommt.

*a) Planwidrige Regelungslücke*

Ein Ausgleichsanspruch für Vorteile, die der Franchisegeber nach Vertragsende aus den vom Franchisenehmer zu Stande gebrachten Geschäftsbeziehungen zieht, ist gesetzlich nicht geregelt. Eine planwidrige Regelungslücke liegt daher vor.

*b) Vergleichbare Interessenlage*

Fraglich ist, ob die Interessenlage des konkreten Falls mit der des gesetzlich geregelten Falls vergleichbar ist. Dies ist unter Beachtung des Telos des § 89b Abs. 1 HGB zu ermitteln. Zweck der Norm ist es, den Vorteil auszugleichen, den der Unternehmer dadurch erlangt, dass er nach Vertragsbeendigung einen durch den Handelsvertreter geschaffenen Kun-

<sup>22</sup> Der Verzicht lässt sich auch ohne Weiteres als Lossagung auslegen (§§ 133, 157 BGB).

denstamm nunmehr alleine oder gemeinsam mit einem Dritten nutzen kann.<sup>23</sup>

Dieser Vorteil wurzelt zum einen in der engen Absatzorganisation zwischen Handelsvertreter und Unternehmer. Erste Analogievoraussetzung ist daher, dass der Franchisenehmer wirtschaftlich in erheblichem Umfang mit denen des Handelsvertreters vergleichbare Aufgaben zu erfüllen hatte.<sup>24</sup> Das ist der Fall (siehe oben Frage 2. I. 1. b).

Zum anderen wurzelt der Vorteil darin, dass der Handelsvertreter bei Vertragsende gemäß § 675 Abs. 1 BGB i.V.m. § 667 BGB die Kundenkartei und alle anderen gespeicherten kundenbezogenen Daten an den Unternehmer herauszugeben hat.<sup>25</sup> Analogievoraussetzung ist daher, dass der Franchisegeber den Kundenstamm vom Franchisenehmer so übertragen bekommt, dass er diesen bei Vertragsende sofort und ohne weiteres nutzbar machen kann.<sup>26</sup> Eine rechtliche Pflicht, den Kundenstamm zu übertragen, ist nicht ausdrücklich im Vertrag vereinbart worden. Da es sich bei Besuchen von Fast-food-Restaurants um anonyme Massengeschäfte handelt, ist dem Vertrag eine entsprechende Pflicht auch nicht durch Auslegung zu entnehmen. Sie ergibt sich auch nicht mittelbar aus anderen Pflichten. Dennoch profitiert die B-GmbH von den von G geworbenen Kunden. Diese werden nämlich bei der zu erwartenden Fortführung der Stores durch einen neuen Franchisenehmer von Beginn an für erhebliche Umsätze sorgen.

Fraglich ist, ob eine solche bloße faktische Kontinuität des Kundenstamms genügt. Dagegen spricht, dass Franchisenehmer – anders als Handelsvertreter – im eigenen Namen und auf eigene Rechnung handeln. Sie besorgen mit der Werbung eines Kundenstamms daher primär ein eigenes und kein fremdes Geschäft.<sup>27</sup> Dazu kommt, dass der geworbene anonyme Kundenstamm nicht in jedem Fall nach Vertragsbeendigung für den Franchisegeber nutzbar ist. Vor allem dann, wenn der Franchisenehmer am selben Standort unter eigenem Namen oder dem Kennzeichen eines konkurrierenden Franchisesystems weiterhin ein Geschäft betreiben kann, ist die Möglichkeit zur Nutzung des Kundenstamms stark eingeschränkt. Da G gemäß § 4 des Franchisevertrags zur Herausgabe der Restaurants an die B-GmbH verpflichtet ist, droht eine solche Beeinträchtigung der Nutzbarkeit des Kundenstamms aber nicht.

Dies rechtfertigt aber noch keine analoge Anwendung von § 89b HGB. Hinsichtlich der überlassenen Restaurants sind nämlich die gesetzgeberischen Wertungen des Pachtrechts zu berücksichtigen.<sup>28</sup> Nach diesen ist ein etwaiger Wertzuwachs bei Rückgabe des Pachtgegenstands dem Verpächter zuge-

wiesen.<sup>29</sup> Die Pflicht zur Herausgabe der Restaurants in § 4 des Franchisevertrags lässt daher den Schutzbereich des § 89b HGB unberührt.<sup>30</sup> Die bloße faktische Kontinuität des Kundenstamms, den G geschaffen hat, reicht daher nicht aus. Die Interessenlage ist im konkreten Fall mit der des gesetzlichen Regelfalls nicht vergleichbar.

c) *Zwischenergebnis*

§ 89b HGB ist nicht analog anwendbar.

2. *Ergebnis*

G hat keinen Anspruch (auf angemessenen Ausgleich aus § 89b HGB analog) gegen die B-GmbH.

### Lösungsvorschlag zu Frage 4

Fraglich ist, ob der B-GmbH wegen der Vermittlung des Grundstücks an X Ansprüche gegen F zustehen.

#### I. Anspruch aus § 43 Abs. 2 GmbHG

Die B-GmbH könnte gegen F einen Anspruch auf Schadensersatz aus § 43 Abs. 2 GmbHG haben.

1. *Haftungsadressat*

F ist Geschäftsführer der B-GmbH.

2. *Verletzung organschaftlicher Pflichten*

Gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG müsste F eine organschaftliche Pflicht verletzt haben.

a) *Pflichtverstoß*

Der von F zu beachtende Pflichtenmaßstab<sup>31</sup> ist in § 43 Abs. 1 GmbHG normiert: Geschäftsführer haben in Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden. Zu den Pflichten eines „ordentlichen GmbH-Geschäftsführers“ gehört die organschaftliche Treuepflicht, die aus der herausgehobenen Funktion des Geschäftsführers als Verwalter fremden Vermögens und der damit einhergehenden besonderen Vertrauensstellung folgt.<sup>32</sup> Sie verpflichtet den Geschäftsführer über § 242 BGB hinaus zu loyalen Verhalten gegenüber der Gesellschaft.

Aus der Treuepflicht folgt u.a. ein Wettbewerbsverbot: Dem Geschäftsführer ist es untersagt im Geschäftsbereich der

<sup>23</sup> v. *Hoyningen-Huene* (Fn. 7), § 89b Rn. 2 ff.

<sup>24</sup> Vgl. BGHZ 204, 166 (169 f.); *K. Schmidt* (Fn. 4), § 28 Rn. 46; v. *Hoyningen-Huene* (Fn. 7), § 89b Rn. 20, 24.

<sup>25</sup> Siehe dazu *Canaris* (Fn. 2), § 15 Rn. 98 ff.

<sup>26</sup> Vgl. *Canaris* (Fn. 2), § 17 Rn. 25 ff.; *Löwisch* (Fn. 11), § 89b Rn. 216; Seit BGHZ 29, 83 (89 f.) st. Rspr. beim Vertragshändler, siehe zuletzt BGH NJW 2011, 848 sowie BGH NJW-RR 2011, 389.

<sup>27</sup> Vgl. BGHZ 204, 166 (171 m.w.N.).

<sup>28</sup> So ausdrücklich BGHZ 204, 166 (172).

<sup>29</sup> Vgl. BGH NJW 1986, 2306 (2307); BGH NJW-RR 2003, 894.

<sup>30</sup> BGHZ 204, 166 (172); a.A. für einen Ausgleichsanspruch bei faktischer Kontinuität *Busche* (Fn. 14), § 89b Rn. 67; *K. Schmidt* (Fn. 4), § 28 Rn. 46 ff.

<sup>31</sup> Die Diktion des § 43 Abs. 2 GmbHG entspricht nicht dem modernen Verständnis von Obliegenheiten. Gemeint sind in § 43 Abs. 2 GmbHG echte Pflichten.

<sup>32</sup> Vgl. *Drygala/Staake/Szalai*, Kapitalgesellschaftsrecht, 2012, § 11 Rn. 67; *Haas/Ziemons*, in: Beck'scher Online-Kommentar GmbHG, Ed. 26, Stand: 15.1.2016, § 43 Rn. 138 ff.; ausführlich dazu *Fleischer*, WM 2003, 1045 m.w.N.

Gesellschaft auf eigene oder fremde Rechnung Geschäfte zu machen oder sich an Unternehmen zu beteiligen, die mit der Gesellschaft im Wettbewerb stehen.<sup>33</sup> Dieses Verbot ist hier aber nicht einschlägig, da der Erwerb von Grundstücken nicht in den Geschäftszweig der B-GmbH gehört.

Daneben verbietet die Treuepflicht dem Geschäftsführer, Geschäftschancen die dem Geschäftszweig der Gesellschaft zuzuordnen sind oder an denen die Gesellschaft ein konkretes Interesse hat, an sich zu ziehen (sog. Geschäftschancenlehre).<sup>34</sup> Da das Verbot das Interesse der Gesellschaft an ihrer wirtschaftlichen Entwicklung schützt, dürfen die Geschäftschancen auch nicht an Dritte weitergegeben werden.<sup>35</sup> Zwar war der Grundstückserwerb nicht dem Geschäftszweig der B-GmbH zugewiesen, da die Gesellschaft aber konkret auf der Suche nach einem Grundstück für eine neue Vertriebszentrale war, liegt auf den ersten Blick dennoch ein Verstoß vor.

Problematisch ist aber, dass S dem F bei einem privaten Abendessen von ihrer Verkaufsabsicht erzählte. Nach einer im Schrifttum verbreiteten Auffassung soll die Geschäftschancenlehre in Fällen der Kenntniserlangung im privaten Kontext nur eingeschränkt Anwendung finden.<sup>36</sup> Rechtsprechung und Teile der Literatur sehen das anders: Die Treuepflicht sei unteilbar, der Geschäftsführer gewissermaßen „immer im Dienst“.<sup>37</sup> Dies überzeugt nicht. Die Privatsphäre des Geschäftsführers darf angesichts ihres verfassungsrechtlichen Gewichts nicht vollständig zurücktreten. Nach der insoweit überzeugenden, einschränkenden Auffassung liegt dann kein Pflichtverstoß vor, wenn die Chance dem Geschäftsführer höchstpersönlich angetragen wurde, etwa im Familien- oder Freundeskreis.<sup>38</sup> S erwähnte nur beiläufig und ohne konkrete Verkaufsabsicht, dass sie zur Zeit ein Gewerbegrundstück in der Leipziger Peripherie veräußere. Es handelt sich daher nicht um eine dem F höchstpersönlich angetragene Geschäftschance. Anders wäre dies, wenn S ihm – gerade wegen ihrer freundschaftlichen Verbindung – den Erwerb des Grundstücks in Aussicht gestellt hätte. Dass

<sup>33</sup> BGH NJW 1997, 2055; *Haas/Ziemons* (Fn. 32), § 43 Rn. 155 ff.; *Jaeger*, in: Münchener Kommentar zum GmbHG, 2. Aufl. 2015, § 35 Rn. 361.

<sup>34</sup> BGH NJW 1986, 585 (586); *Fleischer*, in: Münchener Kommentar zum GmbHG, 2. Aufl. 2016, § 43 Rn. 175 ff.; *Lutter*, GmbHR 2000, 301 (306). Siehe zum umstrittenen Verhältnis von Wettbewerbsverbot und Geschäftschancenlehre einerseits *Goette*, DStR 1998, 1137 (1139); *Merkt*, ZHR 159 (1995), 423 (434); andererseits BGH NZG 2013, 217 f.; *Fleischer* (a.a.O.), § 43 Rn. 176.

<sup>35</sup> Vgl. BGH NJW 1986, 584; *Haas/Ziemons* (Fn. 32), § 43 Rn. 176 m.w.N.

<sup>36</sup> *Fleischer* (Fn. 33), § 143 Rn. 186 f. m.w.N.; *ders.*, NJW 2006, 3239 (3240), *ders.*, NZG 2013, 361 (365); *U. H. Schneider*, in: Scholz, Kommentar zum GmbHG, 11. Aufl. 2013, § 43 Rn. 205.

<sup>37</sup> BGH NJW 1986, 584 (585); BGH NZG 2013, 216 (218); *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, Kommentar zum GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 43 Rn. 30; *Haas/Ziemons* (Fn. 32), § 43 Rn. 180.

<sup>38</sup> Vgl. *Fleischer* (Fn. 34), § 143 Rn. 186 f. m.w.N.

F von der Geschäftschance privat Kenntnis erlangt hat, rechtfertigt daher im konkreten Fall keine Durchbrechung der Geschäftschancenlehre. F hat gegen eine ihm obliegende Pflicht im Sinne des § 43 Abs. 1 GmbHG verstoßen.

*b) Business Judgment Rule*

Fraglich ist, ob eine Pflichtverletzung infolge analoger Anwendung der Business Judgment Rule (§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG)<sup>39</sup> ausscheidet. Das ist der Fall, wenn der Geschäftsführer bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Zwar handelt es sich bei der Weitergabe der Informationen bzw. dem Unterlassen des Grundstückskaufs um eine unternehmerische Entscheidung. F handelte dabei aber nicht zum Wohle der Gesellschaft.<sup>40</sup> § 93 Abs. 1 S. 2 AktG analog ist daher tatbestandlich nicht einschlägig und schließt eine Pflichtverletzung des F nicht aus.

*c) Kein Pflichtverstoß wegen Weisung oder (nachträglicher) Billigung*

Kein Pflichtverstoß liegt vor, wenn der Geschäftsführer aufgrund einer rechtmäßigen Weisung der Gesellschafterversammlung handelte oder sein Verhalten (nachträglich) durch die Gesellschafter gebilligt wurde.<sup>41</sup> Das ist nicht der Fall.

*d) Zwischenergebnis*

F hat eine organschaftliche Pflicht verletzt, indem er das Grundstück an X vermittelte.

*3. Verschulden*

F handelte vorsätzlich und damit schuldhaft im Sinne des § 276 Abs. 1 BGB.

*4. Kausaler und ersatzfähiger Schaden*

Der Schaden der B-GmbH liegt im Nichterwerb des Grundstücks. Die Mehraufwendungen i.H.v. 100.000 € für den Erwerb des nächstgünstigsten Grundstücks sind gemäß § 249 Abs. 1 BGB ersatzfähig.

*5. Beschluss der Gesellschafterversammlung über Geltendmachung*

Zur Geltendmachung des Anspruchs bedarf es gemäß § 46 Nr. 8 GmbHG eines Gesellschafterbeschlusses.<sup>42</sup> Ein solcher wurde im November 2015 gefasst.

<sup>39</sup> Vgl. BGHZ 152, 280 (282 f.); *Haas/Ziemons* (Fn. 32), § 43 Rn. 105 ff.

<sup>40</sup> Darüber hinaus findet die Business Judgment Rule bei Verstößen gegen Rechtspflichten ohnehin keine Anwendung, vgl. *Drygala/Staake/Szalai* (Fn. 32), § 21 Rn. 85.

<sup>41</sup> Vgl. *Drygala/Staake/Szalai* (Fn. 32), § 11 Rn. 70 ff.

<sup>42</sup> Dabei handelt es sich nach h.M. um eine materielle Anspruchsvoraussetzung vgl. BGHZ 28, 355 (359); BGH NZG 2004, 962 (964); a.A. *Fastrich*, DB 1981, 925.

*6. Ergebnis*

Die B-GmbH hat einen Anspruch auf Zahlung von 100.000 € gegen F aus § 43 Abs. 2 GmbHG.

**II. Anspruch aus § 280 Abs. 1 BGB**

Der sich (möglicherweise) aus §§ 280 Abs. 1, 611 Abs. 1 BGB ergebende Anspruch wegen Verletzung einer Pflicht aus dem Anstellungsvertrag wird durch § 43 Abs. 2 GmbHG verdrängt (lex-specialis-Wirkung).<sup>43</sup>

**III. Ergebnis**

Die B-GmbH hat einen Anspruch auf Zahlung von 100.000 € gegen F aus § 43 Abs. 2 GmbHG.

---

<sup>43</sup> Vgl. *Drygala/Staake/Szalai* (Fn. 32), § 11 Rn. 85.