

Lukas Firsching
Frankengutstraße 10
95447 Bayreuth
Matr.-Nr. 1243400
lukas.firsching@web.de
5. Fachsemester

Universität Bayreuth

**Seminar zum Sportrecht
bei Professor Dr. Peter W. Heermann, LL.M.**

Wintersemester 2013/14

Thema 2:

Agenturverträge

Matching Right-Klauseln; Anwendbarkeit des § 89 b HGB auf Agenturverträge im Sport; Möglichkeiten der Sicherung der nachvertraglichen Ansprüche

INHALTSVERZEICHNIS

A. Einleitung	1
B. Vermarktungsagenturen	2
I. Bedeutung von Agenturen für Vereine und Sportler	2
II. Vermarktungsmodelle	3
1. Vermittlungsmodell	3
2. Kommissionsmodell	3
3. Buy-Out-Modell	3
III. Vermarktungsumfang	4
C. Agenturvertrag	4
I. Typologische Einordnung	4
1. Geschäftsbesorgungsvertrag	4
a) Anwendbarkeit	4
b) Folgen	5
2. Werk-/Maklervertrag	5
3. Handelsvertretervertrag	6
a) Anwendbarkeit	6
b) Folgen	6
II. Matching Right-Klauseln	6
1. Rechtmäßigkeit bei formularmäßiger Verwendung in AGB	7
a) Unternehmereigenschaft von Sportlern und Vereinen	7
b) Unangemessene Benachteiligung i.S.d. § 307 BGB	8
c) Zwischenergebnis	12
2. Sittenwidrigkeit individuell ausgehandelter MOR-Klauseln	12
a) Begriff der Sittenwidrigkeit	12

b) Rspr. zu langfristigen Vertragsbindungen mit Verlängerungsoption	13
c) Übertragbarkeit auf Agenturverträge mit Berufssportlern	13
d) Übertragbarkeit auf Agenturverträge mit Sportvereinen	14
3. Ergebnis	14
D. Situation nach Beendigung des Vertrages	15
I. Anwendbarkeit des § 89 b HGB auf Agenturverträge im Sport	15
1. Problemstellung	15
2. „Vertriebsrechtliche Analogie-Formel“ des BGH	15
3. Unternehmereigenschaft von Agentur und Vermarkteten	16
4. Agentur als Vermittler	16
5. Ständige Betrauung	17
6. Selbständigkeit der Agentur	19
7. Übertragung des Kundenstammes und erheblicher Vorteil	20
a) Kundenstamm	20
b) Übertragung des Kundenstammes	20
c) Erheblicher Vorteil des Vermarkteten	21
8. Zwischenergebnis	21
9. Übereinstimmung mit dem Telos der Norm	22
10. Billigkeit	23
11. Ergebnis	24
II. Sicherung der nachvertraglichen Ansprüche	24
1. Patronatserklärung des Vereins gegenüber der Marketing-GmbH	24
2. Bürgschaft	25
3. Sicherungszession	25
E. Fazit	27

LITERATURVERZEICHNIS

- von Appen, Jörg** Abstandsgeld bei Ende des Agenturvertrags?
in: SPONSORS 3/2013, S. 24f.
- Bamberger, Heinz Georg (Hrsg.)**
Roth, Herbert (Hrsg.) Beck'scher Online-Kommentar zum BGB
Stand: 1.11.2013
zit.: Bearbeiter in BeckOK, BGB, §, Rn.
- Braun, Alban** Voraussetzungen und Gefahren der Sicherungszession
als Mittel der Kreditsicherung
in: DStR, 1995, S. 1592 ff.
- Burghardt, Gabriel** Die Ausgliederungslösung und die 50+1-Regel:
Ein System für die Zukunft?
in: SpuRt 2013, S. 142 ff.
- Canaris, Claus-Wilhelm (Hrsg.)**
Habersack, Mathias (Hrsg.)
Schäfer, Carsten (Hrsg.) Staub, Großkommentar zum HGB
Zweiter Band, 5. Auflage
Berlin 2008
zit.: Bearbeiter in Staub, §, Rn.
- Cording, Sebastian** Managementverträge und Sittenwidrigkeit
in: SPONSORS 2/2010, S. 62f.
- Elter, Vera-Carina** Verwertung medialer Rechte an Fußballunternehmen
Berlin 2003
zit.: Elter, S.
- Emde, Raimond** Der Ausgleichsanspruch des Lizenznehmers analog
§ 89b HGB
in: WRP 2006, S. 449 ff.
- Fahrner, Marcel** Grundlagen des Sportmanagements
München 2012
zit.: Fahrner, S.
- FC Bayern München AG** Konzernabschluss zum Geschäftsjahr 2012/13
Online, verfügbar unter:
http://www.fcbayern.telekom.de/media/native/presse-free/jahresabschluss_konzern_12_13.pdf
[zuletzt aufgerufen am 19.12.2013]
- Fickentscher, Martin** Die Vermarktung von Profifußball
München 2007
zit.: Fickentscher, S

- Fritzweiler, Jochen** (Hrsg.)
Sportmarketing und Recht
München u.a. 2003
zit.: Fritzweiler, S
- Fritzweiler, Jochen** (Hrsg.)
Pfister, Bernhard (Hrsg.)
Summerer, Thomas (Hrsg.)
Praxishandbuch Sportrecht
2. Auflage
München 2006
zit.: Bearbeiter in PHB SportR, S..
- Gogger, Martin**
Insolvenzgläubiger-Handbuch
3. Auflage
München 2011
zit.: Gogger, §, Rn.
- Henrich, Dieter**
Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag
Berlin 1965
zit.: Henrich, S.
- Herzog, Roman** u.a. (Hrsg.)
Maunz/Dürig, Kommentar zum GG
Stand: Mai 2013
zit.: Maunz/Dürig, Art., Rn.
- Höck, Hubertus**
Der Unternehmer und sein Handelsvertreter
1. Auflage
München u.a. 1987
zit.: Höck, S.
- Hopt, Klaus J.**
Handelsvertreterrecht
4. Auflage
München 2009
zit.: Hopt, §, Rn.
- Hopt, Klaus J.** (Hrsg.)
Merkt, Hanno (Hrsg.)
Roth, Markus (Hrsg.)
Baumbach/Hopt, Kommentar zum HGB
35. Auflage
München 2012
zit.: Bearbeiter in Baumbach/Hopt, §, Rn.
- Jauernig, Othmar** (Hrsg.)
Kommentar zum BGB
14. Auflage
München 2011
zit.: Bearbeiter in Jauernig, §, Rn.
- Joost, Detlev** (Hrsg.)
Strohn, Lutz (Hrsg.)
Ebenroth u.a., Kommentar zum HGB
Band 1, 2. Auflage
München 2008
zit.: Bearbeiter in Ebenroth u.a., §, Rn.
- Kiene, Lorenz H.**
Die Beurteilung des Kundenstamms bei einer
Agenturnachfolge
in: VersR 2006, S. 1024 ff.

- Medicus**, Dieter
Lorenz, Stephan
Schuldrecht II – Besonderer Teil
15. Auflage
München 2010
zit.: Medicus/Lorenz, Rn.
- Menke**, Johan-Michel
Schulz, Sebastian Friedrich
Fristlose Kündigung nach § 627 BGB im Sportrecht
in: NJW 2011, S. 1845 ff.
- Meyer**, Peter
von Varel, Hergen
Die Sicherungszession
in: JuS 2004, S. 192 ff.
- Nasse**, Roland F.
Der Sportler und (s)ein Manager
in: SpuRt 1996, S. 113 ff.
- Niebling**, Jürgen
Der Ausgleichsanspruch des Vertragshändlers
in: BB 1997, S. 2388 ff.
- Nobbe**, Gerd (Hrsg.)
Kommentar zum Kreditrecht
Band 2, 2. Auflage
Heidelberg 2012
zit.: Nobbe, S., Rn.
- Nufer**, Gerd
Bühler, André
Marketing im Sport
3. Auflage
Berlin 2013
zit.: Nufer/Bühler, S.
- Oedinger**, Florian
HSV: Mögliche Wende in Sportfive Verhandlungen
Online, verfügbar unter:
http://www.sponsors.de/no_cache/deutsch/startseite/detailansicht/article/moegliche-wende-in-verhandlungen-zwischen-hsv-und-sportfive/
[zuletzt aufgerufen am 9.12.2013]
- Oetker**, Hartmut
Handelsrecht
6. Auflage
Heidelberg u.a. 2010
zit.: Oetker, S.
- Oetker**, Hartmut (Hrsg.)
Kommentar zum HGB
3. Auflage
München 2013
zit.: Bearbeiter in Oetker, §, Rn.
- Palandt**, Otto
Kommentar zum BGB
72. Auflage
München 2013
zit.: Bearbeiter in Palandt, §, Rn.

- Prütting**, Hanns (Hrsg.)
Wegen, Gerhard (Hrsg.)
Weinreich, Gerd (Hrsg.)
 Kommentar zum BGB
 8. Auflage
 Köln 2013
 zit.: Bearbeiter in Prütting/Wegen/Weinreich, §, Rn.
- Säcker**, Jürgen (Hrsg.)
Rixecker, Roland (Hrsg.)
 Münchener Kommentar zum BGB
 Band 1, 6. Auflage, 2012
 Band 2, 6. Auflage, 2012
 Band 4, 6. Auflage, 2012
 München
 zit.: Bearbeiter in MüKo, BGB, §, Rn.
- Scherrer**, Urs (Hrsg.)
 Sportlervermittlung und Sportlermanagement
 2. Auflage
 Bern 2003
 zit.: Bearbeiter in Scherrer, S.
- Schmidt**, Karsten (Hrsg.)
 Münchener Kommentar zum HGB
 Band 1, 3. Auflage
 München 2010
 zit.: Bearbeiter in MüKo, HGB, §, Rn.
- Schulze**, Reiner u.a. (Hrsg.)
 Kommentar zum BGB
 7. Auflage
 Baden-Baden 2012
 zit.: Bearbeiter in Schulze u.a., §, Rn.
- Schwartzmann**, Rolf (Hrsg.)
 Praxishandbuch Medien-, IT- und Urheberrecht
 2. Auflage
 Heidelberg 2011
 zit.: Schwartzmann, S.
- von Staudinger**, Julius
 Kommentar zum BGB
 Erstes Buch
 §§ 1 – 14; 2013
 §§ 134 – 138; 2011
 Zweites Buch
 §§ 305 – 310; 2013
 Berlin
 zit.: Bearbeiter in Staudinger, §, Rn.

A. Einleitung

"Im Begriff Profisport fehlt ein t."

(Dieter Rudolf Knoell, dt. Publizist)

Bewegung, Spaß und sportlicher Wettkampf – auf diese Begriffe kann man in der heutigen Zeit allenfalls noch die Bundesjugendspiele reduzieren. Im Leistungssport hingegen, vor allem im Profisport, kommt noch eine weitere Komponente hinzu: Der Profit.

Viele Bereiche des Sports sind mittlerweile ein knallhartes Geschäft, in dem es um Millionenbeträge geht. Am deutlichsten wird dies beim europäischen Profifußball. Hier erwirtschaftete die FC Bayern München AG im Geschäftsjahr 2012/13 einen Umsatz weit jenseits der 400 Millionen Euro¹ – Tendenz steigend. Hier erhält ein vergleichsweise kleiner englischer Verein wie die Tottenham Hotspurs vom Branchenprimus Real Madrid eine kolportierte Ablösesumme von 100 Millionen Euro für den Transfer des 24-jährigen walisischen Flügelstürmers Gareth Bale.² Und hier existiert eine Marketing-Maschinerie, auf die wohl so manche DAX-Unternehmen neidisch wären.

Um in diesem Geschäft bestehen zu können, muss sich der einzelne Verein oder der einzelne Spitzensportler gut vermarkten, sich auf dem Markt anbieten und so Einnahmen generieren. Da allerdings die wenigsten Profisportler fundierte betriebswirtschaftliche Kenntnisse haben und auch viele Vereine nicht über das nötige Know-how oder die Kapazitäten verfügen, ist ein Bindeglied zwischen Markt und Sport von Nöten. An dieser Stelle kommen die Agenturen ins Spiel, die sich darauf spezialisiert haben, ebendiese Lücke entgeltlich zu schließen.

Ziel der vorliegenden Arbeit soll es daher sein, die rechtliche Grundlage der Zusammenarbeit zwischen Verein und Agentur, den Agenturvertrag, zu beleuchten und schließlich darauf einzugehen, ob aus diesem auch nach seiner Beendigung Rechtsansprüche erwachsen können, sowie Möglichkeiten der Sicherung dieser nachvertraglichen Ansprüche aufzuzeigen.

1 Konzernabschluss zum Geschäftsjahr 2012/13, einsehbar unter http://www.fcbayern.telekom.de/media/native/presse-free/jahresabschluss_konzern_12_13.pdf (zuletzt aufgerufen am 19.12.2013).

2 <http://www.sportschau.de/fussball/international/garethbale102.html> (zuletzt aufgerufen am 11.12.13).

B. Vermarktungsagenturen

I. Bedeutung von Agenturen für Sportvereine und Sportler

Sportvereine und auch so mancher Einzelsportler haben einen enormen Vermarktungswert. Dieses Potential muss optimal ausgenutzt werden, um aus dem theoretischen Wert auch tatsächlich den größtmöglichen Profit ziehen zu können. Das heißt, betriebswirtschaftlich ausgedrückt, muss der anbietende Verein oder Sportler Abnehmer für sein Produkt finden. Dabei ist das Portfolio an vermarktbareren Rechten von Vereinen und Sportlern nicht zu unterschätzen:

So sind einerseits als sog. vereinsgeborene Rechte Transferrechte, die äußerst wichtige Trikotwerbung, exklusive Ausrüsterverträge oder Ähnliches zu nennen.³ Davon zu unterscheiden, aber oft nicht minder lukrativ, sind die stadiongeborenen Rechte wie Namensrechte an Sportarenen, Bandenwerbung oder das Ticketing.⁴ Daneben sind noch zahlreiche weitere Rechte wie beispielsweise Persönlichkeitsrechte⁵ des einzelnen Sportlers, deren Verwertungsbefugnis bei Vereinsspielern meist auf den Arbeitgeber übertragen wird, von Bedeutung für die Vermarktung.⁶

Für diese Rechte gilt es zunächst einen potentiellen Abnehmerkreis zu finden und aus diesem dann diejenigen Sponsoren auszuwählen, die den höchsten Preis zu zahlen bereit sind. Für beides wird in der Regel eine darauf spezialisierte Agentur geeigneter sein als der Vermarktete selbst. Sie besitzen eine bessere Marktkenntnis, sind besser vernetzt und vor allem bei der Vermittlung von internationalen Kontakten auf Grund ihrer Erfahrung auf ausländischen Märkten oft unersetzlich.⁷

Darüber hinaus eröffnen sich durch eine Partnerschaft mit einer Vermarktungsagentur oft noch weitere Vorteile, wie die Entlastung des Managements, das sich auf seine Kernkompetenz, nämlich die sportliche Führung, konzentrieren kann, oder Hilfe bei der Realisierung von Großprojekten durch Bürgschaften der Agentur.⁸ Diese Vorteile machen etwaige Nachteile wie die nicht selten sehr hohe Provision von bis zu 25 % der vermittelten Einnahmen oder die drohende Abhängigkeit von den Agenturen⁹ meistens wett und deshalb sind die Vermarkter für Sportvereine und Einzelsportler so wichtig.

3 Elter, S. 30; Nufer/Bühler, S. 53.

4 Elter, S. 33 ff.

5 Etwa das Recht am eigenen Bild gem. §§ 22 ff. KUG oder das Recht am eigenen Namen gem. § 12 BGB.

6 Elter, S. 38.

7 Fritzweiler/Pfister in PHB SportR, S. 308.

8 Elter, S. 165.

9 Schwartmann, S. 89; Elter, S. 166.

II. Vermarktungsmodelle

Der Vermarktete hat die Wahl, ob er der Agentur vertraut und ihr weitreichende Handlungsspielräume einräumt, oder ob er die Dienste nur kontrolliert und dosiert in Anspruch nehmen möchte.

1. Vermittlungsmodell

Das Vermittlungsmodell ist die klassische Variante des Tätigwerdens einer Vermarktungsagentur.¹⁰ Sie tritt hier in keine Rechtekette ein, sondern schafft selbst nur die Basis für den Vertragsabschluss zwischen ihrem Auftraggeber und dem potentiellen Kunden. Dies geschieht entweder durch rein vorbereitende Tätigkeiten oder durch das Ermöglichen oder das konkrete Herbeiführen von Vertragsabschlüssen.¹¹

Im Gegenzug erhält der Vermarkter eine vertraglich festgelegte anteilige Provision von regelmäßig zwischen 15 und 25 % am Wert der durch ihn vermittelten Rechte.¹²

2. Kommissionsmodell

Im Gegensatz zur erstgenannten Variante büßt der Rechteinhaber beim Kommissionsmodell Kontrollmöglichkeiten ein. Hier handelt der Vermarkter auf fremde Rechnung, aber im eigenen Namen. Wegen § 384 HGB und durch vertraglich festlegbare Informations- und Mitspracherechte kann das Risiko allerdings in einem angemessenen Rahmen gehalten werden.¹³ Als Kehrseite des Kontrollverlustes profitiert der Vermarktete allerdings auch von einem verminderten Managementaufwand. Aus Sicht der Agenturen ist diese Art der Vermarktung aber eher unattraktiv.¹⁴

3. Buy-Out-Modell

Die größte Handlungsfreiheit hat die Agentur, wenn sie die Rechte vom originären Auftraggeber für eine Fixsumme kauft, um sie anschließend als Eigentümer in eigenem Namen auf eigene Rechnung zu vermarkten.¹⁵ Dieses Vermarktungsmodell bietet sowohl für die Agentur als auch für den Vermarkteten hohe Gewinnchancen bei gleichzeitig großem Risikopotential.¹⁶ Für den originären Rechteinhaber stellt sich die Gefahr, dass er die Rechte zu billig verkauft und sie in Zukunft an Wert

10 von Appen/Lanig, KSzW 3/2013, S. 230.

11 Schwartmann, S. 425.

12 Schwartmann, S. 425.

13 Schwartmann, S. 425

14 Fahrner, S. 249.

15 Fahrner, S. 238f.; Elter, S. 311.

16 Schwartmann, S. 426.

gewinnen. Die Agentur hingegen riskiert, dass die teuer erstandenen Rechte sich als weniger profitabel erweisen als gedacht.

III. Vermarktungsumfang

Neben dem vom Vermarkteten gewählten Vermarktungsmodell gilt es schließlich noch zu entscheiden, in welchem Umfang die Agentur den Auftraggeber vertreten soll. Möglich sind hier Einzel-, Teil- oder Gesamtvermarktung aller vermarktbareren Rechte des Vereins oder des Sportlers. Ob die Rechteinhaber nur einzelne Rechte oder einzelne Rechtepakete von einer Agentur vermarkten lassen und sich dadurch eine gewisse Unabhängigkeit und Planungssicherheit sichern, oder ob sie sich komplett vermarkten lassen und dadurch in den Genuss von eventuellen Synergieeffekten und umfassenden Betreuungsleistungen kommen, ist abhängig von der Einzelfallbeurteilung des Vereinsmanagements.¹⁷

C. Agenturvertrag

I. Typologische Einordnung

Die Einordnung eines Vertrages in bestimmte Typologien ist unerlässlich, um erstens anwendbare Vorschriften des zwingenden Rechts im Gesetz zu finden, zweitens um etwaige Vertragslücken durch das dispositiven Recht des jeweiligen Typus zu schließen, und schließlich dient die Einordnung dazu, bei Formularverträgen die Inhaltskontrolle gem. § 307 Abs. 2 BGB vor dem Hintergrund des gesetzlichen Leitbilds durchführen zu können.¹⁸

Der Agenturvertrag ist schon seiner Natur nach nicht einem einzelnen Vertragstypus zuzuordnen und ist weiterhin aufgrund der einzelfallabhängigen jeweiligen Ausgestaltung ein „elementflexibler Typenkombinationsvertrag“.¹⁹ Im Folgenden soll nun dargestellt werden, welche Elemente der in Frage kommenden Vertragstypen in einem typischen Agenturvertrag vorliegen und welche von diesen Elementen möglicherweise dominieren.

1. Geschäftsbesorgungsvertrag

a) Anwendbarkeit

Nasse ordnet den Managementvertrag als Dienstvertrag mit Geschäftsbesorgungscharakter ein.²⁰

17 Fickentscher, S. 23.

18 Pfister in Scherrer, S. 147; Larenz/Canaris, S. 43.

19 Martinek, S. 33.

20 Nasse, SpuRt 1996, 113 (117); so auch die Rspr.: BGH NJW-RR 1993, 505.

Dies lässt sich ohne weiteres auf den Agenturvertrag übertragen, da auch hier, in Abgrenzung zum Werkvertrag, die Agentur ebenso wie der Manager keinen spezifischen Erfolg schuldet, weil sie diesen niemals garantieren könnte. Geschuldet ist hier lediglich das bemühte Tätigwerden. Neben den §§ 611 ff. BGB ist aber auch § 675 BGB anwendbar, da das Aushandeln bzw. Abschließen von Verträgen als Geschäftsbesorgung im Sinne dieser Norm zu sehen ist.²¹

b) Folgen

Besonders wichtig ist die aus dieser Einordnung resultierende mögliche Anwendbarkeit des außerordentlichen Kündigungsrechts bei Vertrauensstellung gem. § 627 BGB. Gerade bei Einzelsportlern ist aufgrund des oftmals vorzufindenden Vertrauensverhältnisses zu ihrem Manager, bzw. zu ihrer Agentur diese Norm anwendbar.²² Aber auch die Vertragsbeziehung zwischen einem Verein und seinem Vermarkter enthält im Regelfall Dienstleistungen „höherer Art“ aufgrund besonderen Vertrauens.²³ Das Kündigungsrecht des § 627 BGB kann jedoch individualvertraglich und unter Umständen sogar stillschweigend ausgeschlossen werden.²⁴

Wegen des Geschäftsbesorgungscharakters ist ferner § 665 BGB anzuwenden, der dem Auftraggeber ein Weisungsrecht zubilligt, welches zumindest dann nicht (vollständig) abbedungen werden kann, wenn es auch um die Vermarktung von Persönlichkeitsrechten des Einzelsportlers geht.²⁵

2. Werk-/Maklervertrag

Aufgrund der Tatsache, dass die Agentur nur eine Vergütung erhält, wenn sie einen Erfolg, nämlich einen Vertragsabschluss, herbeiführt, könnte man auch an eine gewisse Ähnlichkeit zum Werkvertrag gem. §§ 631 ff. BGB denken. Dennoch schuldet die Agentur keinen speziellen Erfolg, sondern nur die Bemühung, denn den Eintritt des Erfolges könnte sie niemals garantieren.²⁶

Einige Parallelen sind schließlich auch zum Maklervertrag zu erkennen. Trotzdem verbietet es sich, auch hier Normen der §§ 652 ff. BGB heranzuziehen. Der grundlegende Unterschied ist schlicht, dass der Makler nicht einmal tätig werden muss, was für eine Vermarktungsagentur undenkbar wäre.²⁷

21 Hans/Schulte-Nölke in Schulze u.a., BGB, § 675, Rn. 4.

22 Pfister in Scherrer, S. 149.

23 Fritzweiler/Pfister in PHB SportR, S. 308.

24 Menke/Schulz, NJW 2011, 1845 (1849) m.w.N.; Henssler in MüKo, BGB, § 627, Rn. 39.

25 Rechtswidrig wegen § 138 BGB und bei Formularverträgen wegen § 307 BGB, Pfister in Scherrer, S. 149, Fn. 31.

26 Pfister in Scherrer, S. 151.

27 Von Appen, SPONSORS 3/2013, S. 24.

3. Handelsvertretervertrag

a) Anwendbarkeit

Offensichtlich ist der Agenturvertrag aufgrund vergleichbarer Interessenlagen jedoch eng mit dem Handelsvertretervertrag i.S.d. §§ 84 ff. HGB verwandt. Die Aufgabe eines Handelsvertreters besteht ebenso wie die der Agentur darin, selbständig Verträge zu vermitteln und ggf. abzuschließen.²⁸

Ein, wenn auch marginaler, Unterschied ist jedenfalls, dass der Handelsvertreter typischerweise gewerbliche Leistungen vermittelt, während die Agentur oftmals mit der Vermarktung von immateriellen Rechten betraut ist.²⁹

b) Folgen

Je nach Vertragsgestaltung und nach der sich daraus ergebenden Ähnlichkeit zu einem Handelsvertreter sollen somit einige Vorschriften zumindest im Wege der Analogie auf den Agenturvertrag angewendet werden können. Dies soll aufgrund der ähnlichen Interessenslage jedenfalls für die §§ 86, 86 a und 87 Abs. 1 S. 2 Fall 2 HGB gelten.³⁰ Ob dies auch auf den nachvertraglichen Ausgleichsanspruch des § 89 b HGB zutrifft, ist fraglich. Dies soll im Folgenden noch ausführlich geklärt werden.

4. Ergebnis

Der Agenturvertrag kann nicht pauschal einem gesetzlich normierten Vertragstyp zugeordnet werden, auch wenn dienstvertragliche Elemente und solche eines Handelsvertretervertrages überwiegen. Er ist vielmehr ein Typenkombinationsvertrag, bei dem wegen der Mannigfaltigkeit der Ausgestaltungsmöglichkeiten im Einzelfall geprüft werden muss, welche Elemente der oben genannten Vertragstypen überwiegen

II. Matching Right-Klauseln

Manche Agenturen werden ein Interesse daran haben, nach Ende der regulären Vertragslaufzeit durch eine vertraglich vereinbarte Option ihren Auftraggeber weiter an sich binden zu können. Dies kann sie sicherstellen, indem sie dafür sorgt, dass in den Vertrag eine sog. Matching (Offer) Right-Klausel (MOR-Klausel) aufgenommen wird.

Ein solcher Vorrechtsvertrag verpflichtet den Vermarkteten, etwaige Angebote Dritter für einen künftigen Agenturvertrag dem Inhaber des Matching Right offen zu legen. Daraufhin hat dieser die

28 Hopt in Baumbach/Hopt, § 84, Rn. 22.

29 Fritzweiler/Pfister in PHB SportR, S. 309.

30 Fritzweiler/Pfister in PHB SportR, S. 309.

Wahl, ob er das Angebot des Dritten „matchen“ will oder nicht. Bietet der bisherige Vermarkter mindestens dieselben Konditionen wie der Dritte, erhält er den Zuschlag. Der Dritte hat dann auch nicht mehr die Möglichkeit, sein Angebot nachzubessern.³¹

Die Ausgestaltung dieses Rechtes ist in vielerlei Variationen möglich. So kann festgelegt werden, ob die bisherige Agentur das Angebot „matchen“ muss oder ob sie lediglich die Option dazu hat.³² Weiterhin kann vereinbart werden, ob der Inhaber des Rechts das Angebot des Dritten überbieten muss oder ob es sogar reicht, dass er es um einen gewissen Prozentsatz unterschreitet.³³

Für die Vermarktungsagenturen stellt dies eine interessante Möglichkeit dar, den Vertragspartner lange an sich zu binden. Fraglich ist jedoch, ob damit nicht dessen schutzwürdige Interessen unverhältnismäßig beeinträchtigt werden und ob solche Klauseln somit eventuell rechtswidrig sind.

1. Rechtmäßigkeit bei formularmäßiger Verwendung in AGB

a) Unternehmereigenschaft von Sportlern und Sportvereinen

Der Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle ist gem. § 310 Abs. 1 S. 1 BGB bei der Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegenüber Unternehmern i.S.d. § 14 Abs. 1 BGB begrenzt.

aa) Fraglich ist somit, ob der Sportverein als Unternehmer zu klassifizieren ist. Ein solcher ist „eine Person, die bei Abschluss des Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt“³⁴.

Eine gewerbliche Tätigkeit wird gemeinhin als eine planvolle, auf gewisse Dauer angelegte, selbstständige und wirtschaftliche Tätigkeit definiert, die außerdem noch nach außen hervortritt.³⁵

Bei Abschluss eines Agenturvertrags will sich der Verein planvoll und dauerhaft um die Verbesserung seiner wirtschaftlichen Situation kümmern, tut dies auch selbständig und mit Außenwirkung. Somit wäre die Unternehmereigenschaft des Vereins dem Grunde nach zu bejahen.

Anders sieht dies allerdings die noch herrschende Meinung, die sogar Bundesligavereine als nicht-wirtschaftlich i.S.d. § 21 BGB betrachtet. Dies wird damit begründet, dass Sport immer noch der Privatsphäre angehöre und somit nicht dem Gewerbe.³⁶ Diese Ansicht ist allerdings überholt.³⁷ Denn nicht wenige Vereine, vor allem diejenigen, die auch Agenturverträge abschließen, erwirtschaften

31 Elter, S. 103f.

32 Unterscheidung zwischen „echten“ und „weichen“ Optionen, LG München I, ZUM 2009, 594 (596).

33 Elter, S. 104.

34 Habermann in Staudinger, § 14, Rn. 35.

35 Micklitz in MüKo, BGB, § 14, Rn. 18.

36 Ellenberger in Palandt, § 13, Rn. 3; von Appen/Lanig, KSzW 3/2013, S. 229 (233).

37 Burghardt, SpuRt 2013, 142 (143).

Umsätze in Millionenhöhe, weisen Strukturen wie ein klassisches Wirtschaftsunternehmen auf und nehmen sehr intensiv am Geschäftsleben teil.³⁸ Ferner wird regelmäßig der Agenturvertrag durch eine ausgegliederte Marketing-GmbH und nicht durch den Verein selbst abgeschlossen. Diese ist gem. § 13 Abs. 3 GmbHG schon kraft Rechtsform Kaufmann und damit jedenfalls auch Gewerbetreibende.³⁹

Regelmäßig wird man also Vereine, die die Dienste von Agenturen in Anspruch nehmen, als Unternehmer i.S.d. § 14 Abs. 1 BGB einordnen können.

bb) Anders könnte sich die Lage allerdings beim einzelnen Sportler darstellen. Hier gilt es zwischen Mannschafts- und Einzelsportlern zu unterscheiden. Zwar sind beide dauerhaft wirtschaftlich und auch nach außen hin tätig, aber professionelle Mannschaftssportler sind in der Regel lediglich Angestellte ihres Vereins und somit keine selbständig gewerbetreibenden Personen. Anderes gilt für Einzelsportler wie z.B. Leichtathleten, die sich selbständig organisieren und somit nicht weisungsgebunden sind.⁴⁰

Diese Unterscheidung bezieht sich allerdings gerade nur auf den Kernbereich der sportlerischen Tätigkeit, also auf die tatsächliche Ausübung der Sportart und auf damit eng verbundene Rechtsgeschäfte, wie etwa der Kauf von Material. Beim Abschluss etwa von Sponsoringverträgen oder Agenturverträgen ist hingegen eine andere Sphäre des Sportlers betroffen, wo eine Unterscheidung zwischen Einzel- und Mannschaftssportlern mangels Weisungsgebundenheit hinfällig ist und beide als Unternehmer eingeordnet werden können.⁴¹

Damit können im Ergebnis sowohl Vereine als auch Sportler beim Abschluss eines Agenturvertrages als Unternehmer i.S.d. § 14 Abs. 1 BGB angesehen werden, sodass bei der Inhaltskontrolle nur auf § 307 BGB abzustellen ist.

b) Unangemessene Benachteiligung i.S.d. § 307 BGB

Fraglich ist also, ob Sportvereine und Spitzensportler durch formularmäßig verwendete Matching Offer Right-Klauseln unangemessen benachteiligt werden. Die Verwendung von MOR-Klauseln könnte zunächst gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht mit wesentlichen Grundgedanken einer gesetzlichen Norm vereinbar sein, von der abgewichen wird.

Durch die fraglichen Klauseln wird allerdings nicht von einer speziellen gesetzlichen Vorschrift abgewichen. Ebenso wenig ist ein evidenten Abweichen von den gesetzlichen Leitbildern der in

38 Vgl. von Appen/Lanig, KSzW 3/2013, 229 (233).

39 Von Appen/Lanig, KSzW 3/2013, 229 (233).

40 Meier, SpuRt 2012, 229 (229f.).

41 Meier, SpuRt 2012, 229.

Frage kommenden §§ 611 ff. BGB, 84 ff. HGB ersichtlich, sodass die Konkretisierung des Abs. 2 Nr. 1 bei der Inhaltskontrolle nicht weiterhilft. Auch wird nicht gegen eine sich aus der Natur des Vertrages ergebende Kardinalspflicht i.S.d. § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB verstoßen, sodass es nur auf die Abwägung i.S.d. Generalklausel des Abs. 1 ankommen kann.

Zur Beurteilung der Unangemessenheit der Benachteiligung des Vertragspartners stellt die Rechtsprechung darauf ab, ob der Klauselverwender missbräuchlich auf Kosten des Vertragspartners eigene Interessen durchsetzt und dies ohne Berücksichtigung der Belange des Benachteiligten erfolgt.⁴²

aa) Prinzipiell ist das Interesse der Agenturen, Sportler oder Vereine, die sie über Jahre gefördert und zu deren wirtschaftlichen Entwicklung sie oftmals entscheidend und mit erheblichem finanziellen Aufwand beigetragen haben, auch über einen längeren Zeitraum an sich zu binden, ein in ökonomischer und moralischer Hinsicht legitimes Interesse. Auf der anderen Seite sind aber auch die berechtigten Belange der Vermarkteten zu berücksichtigen, die sich jedenfalls ein Mindestmaß an wirtschaftlicher Bewegungsfreiheit erhalten wollen und nicht in die Abhängigkeit von Agenturen ableiten sollten. Normiert sind diese Interessen der Vermarkteten in der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG sowie in der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG. Diese Grundrechte entfalten durch die Drittwirkung im Privatrecht auch bei der AGB-Kontrolle eine überragende Bedeutung und sind besonders schützenswert.⁴³

bb) Die Grenze, ab wann in diese Handlungsfreiheit unangemessen eingegriffen wird, ist bei der Inhaltskontrolle von AGB deutlich vor der Sittenwidrigkeit bei Individualverträgen erreicht.⁴⁴ Fraglich ist also, ob die durchaus berechtigten Interessen der Agenturen durch MOR-Klauseln in AGB durch eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners durchgesetzt werden.

(1) Ein solches Mittel müsste unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten zunächst geeignet und erforderlich sein.⁴⁵ Da die fraglichen Klauseln die Interessen des Verwenders fördern, sind sie jedenfalls geeignet. Sie wären allerdings nicht erforderlich, wenn kein milderes, gleich effektives Mittel zur Durchsetzung des Interesses vorhanden wäre.⁴⁶

Um einen erfolgreichen Vermarktungsaufbau für den Sportler und gleichzeitig Planungssicherheit zu gewährleisten, hat der Verwender jedoch schon ein vergleichsweise mildes Mittel gewählt. Als

42 BGH NJW 2005, 1774 (1775); BGH NJW 2000, 1110 (1112).

43 Coester in Staudinger, BGB, § 307, Rn. 18.

44 Coester in Staudinger, BGB, § 307, Rn. 159.

45 Vgl. Menke/Schulz, NJW 2011, 1845 (1849).

46 Grzeszick in Maunz/Dürig, Art. 20, Rn. 113f.

sog. „unechte Optionsabrede“ steht hier etwa verglichen mit der qualifizierten Option weder der Inhalt des Folgevertrags fest, noch kann er durch einseitige Willenserklärung herbeigeführt werden. Es besteht hier lediglich ein Anspruch auf Vertragsabschluss.⁴⁷ Weiterhin bestünde für die Agenturen auch die Möglichkeit, von vorneherein eine längere Vertragslaufzeit festzulegen, was den Vertragspartner noch mehr in seiner Handlungsfreiheit einschränken würde. Es bestehen folglich keine milderen Mittel, mit denen die Agenturen ihr Interesse an einer langfristigen Bindung ihrer Vertragspartner genauso effektiv durchsetzen könnten.

(2) Dennoch wäre eine unangemessene Benachteiligung der Vermarkteten denkbar, wenn die fraglichen Klauseln deren Interessen in unverhältnismäßiger Weise beeinträchtigen würden. Hierbei kann man zunächst fragen, ob der Klauselgegner den Vertrag so auch geschlossen hätte, wenn er individuell ausgehandelt worden wäre. Geht man von einem geschäftserfahrenen Verein mit entsprechender juristischer Kompetenz aus, wird diese Frage wohl zu bejahen sein. Die Klausel würde jedenfalls geprüft, und der Vertrag würde unterzeichnet werden, wenn die sich daraus ergebenden Risiken und Pflichten als hinnehmbar bewertet würden. Dass dies oftmals schlicht aus der starken Verhandlungsposition der Agentur resultiert, kann dabei dahinstehen.

Anders kann sich die Lage allerdings bei Einzelsportlern darstellen. Diese werden nicht selten geschäftlich unerfahren sein. Und gerade wenn es sich um sehr junge Sportler handelt, kann dies einer der ersten weitreichenden Verträge sein, mit denen sie sich in ihrer Karriere auseinandersetzen müssen. Dann besteht schon eher die Möglichkeit, dass diese eine solche Vereinbarung nicht eingegangen wären, wenn sie individuell und persönlich ausgehandelt worden wäre und sich nicht in einem oft sehr umfangreichen Klauselwerk „verbirgt“. Folglich könnte hier die Verwendung von AGB schon eher auf eine Überrumpelung des Vertragspartners schließen lassen. Allerdings ist in diesem Zusammenhang wiederum zu berücksichtigen, dass auch der Berufssportler regelmäßig als Unternehmer zu betrachten ist, sodass solche den Vertragsschluss begleitenden Umstände gem. § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB nicht wie bei einem Verbrauchervertrag berücksichtigt werden können.⁴⁸ Zudem sind gerade minderjährige Sportler durch § 107 BGB und unter Vormundschaft stehende Mündel zusätzlich besonders durch § 1822 Nr. 5 BGB bereits ausreichend geschützt, sodass deren Geschäftsunerfahrenheit sich in der Regel schon deswegen nicht auf die Abwägung auswirken wird. Fakt ist jedoch, dass MOR-Klauseln es dem Vermarkteten deutlich erschweren, sich auf absehbare Zeit von der Agentur zu trennen. Dies kann zunächst finanzielle Nachteile für die Vereine und Sportler haben. Der Klauselinhaber muss zwar (je nach Gestaltung der Klausel) zumeist das

47 Schwartmann, S. 1199 f.

48 Grüneberg in Palandt, § 310, Rn. 19ff.

Angebot des Dritten überbieten. Weder hat dieser Dritte jedoch die Möglichkeit, sein Angebot dann nachzubessern, noch kann der Vermarktete jemals verbindlich Zusagen tätigen, sondern der Klauselverwender hat dann sofort den Anspruch auf Vertragsschluss zu diesen Konditionen.⁴⁹ Dies hat zur Folge, dass der Wettbewerb deutlich zu Lasten des Vermarkteten eingeschränkt wird und dass diesem somit lukrative Angebote entgehen können, da nicht erwartet werden kann, dass der Dritte gleich mit dem ersten Angebot seine volle Zahlungsbereitschaft offen legt. Jedoch liegt es im allgemeinen und zumutbaren Risiko des Geschäftsverkehrs, dass Verträge abgeschlossen werden, die finanziell nicht optimal für eine der Parteien sind, sodass dieser Einwand nicht besonders schwer wiegen kann, zumal auch hier wieder die Unternehmereigenschaft von Verein und Berufssportler beachtet werden muss.

Es werden allerdings nicht nur rein finanzielle Interessen durch MOR-Klauseln beeinträchtigt. Das besondere Vertrauensverhältnis zwischen Vermarkteten und Agenturen macht es notwendig, dass sich beide Seiten in einem zumutbaren Zeitraum von der jeweils anderen Seite trennen können. So stelle man sich nur die Situation vor, dass der vermarktete Verein erfährt, dass seine Agentur plant, in nächster Zeit vermehrt mit einem direkten Konkurrenten zusammenzuarbeiten. Nun könnte der Verein sich um seine Geheimniswahrung und die Einhaltung der aus § 86 Abs. 1 Halbs. 2 HGB folgenden Interessenwahrungspflicht sorgen. Dies wird allerdings oftmals noch nicht ausreichen, um einen wichtigen Grund i.S.d. § 626 BGB zu bejahen und eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen. Dennoch wäre dies ein von einem Unternehmer zu tragendes Risiko und er müsste die restliche Vertragslaufzeit aussitzen und könnte sich dann eine neue Agentur suchen.

Eine MOR-Klausel verschärft diese Situation allerdings deutlich. Auch nach Ende der Vertragslaufzeit kann sich der Vermarktete von seiner Agentur nicht trennen, wenn diese das nicht will und bereit ist, jedwede Angebote Dritter zu „matchen“. Somit wäre der Verein bzw. der einzelne Berufssportler gezwungen, einen weiteren Vertrag mit der Agentur abzuschließen – und dies trotz des Vertrauensverlustes, der in einem Geschäft, in dem sensible und oft vertrauliche Daten ausgetauscht werden, kaum hinnehmbar ist.

Für solche Fälle steht den Vermarkteten zwar immer noch die Kündigungsmöglichkeit des § 627 BGB offen, welche allerdings individualvertraglich abbedungen werden kann.⁵⁰ Ist auch dies der Fall, sind die formularmäßige MOR-Klausel und damit der gesamte Agenturvertrag wegen des Summierungseffekts⁵¹ in einem ganz anderen Licht zu betrachten.

Bei der formularmäßigen Verwendung einer MOR-Klausel und gleichzeitigem Ausschluss des Kündigungsrechts aus § 627 BGB werden unverhältnismäßig die Interessen des Klauselgegners

49 Vgl. Henrich, S. 319.

50 Henssler in MüKo, BGB, § 627, Rn. 39.

51 Grüneberg in Palandt, § 307, Rn. 13.

beeinträchtigt. Auch eine etwaige außergewöhnlich niedrige Provisionsvereinbarung für die Agentur vermag diesen Makel der Sittenwidrigkeit nicht auszugleichen und muss unbeachtlich bleiben.⁵²

c) Zwischenergebnis

Matching Offer Right-Klauseln in AGB können je nach Ausgestaltung § 307 Abs. 1 BGB widersprechen und deswegen unwirksam sein. In Kombination mit einem gleichzeitigen Ausschluss des § 627 BGB werden sie einer Inhaltskontrolle wohl niemals standhalten.⁵³ Da der Vertrag allerdings auch ohne die fragliche Klausel Bestand haben kann, bleibt er gem. § 306 Abs. 1 BGB im Übrigen wirksam.⁵⁴

2. Sittenwidrigkeit individuell ausgehandelter MOR-Klauseln gem. § 138 BGB

Um die oben aufgezeigte eventuelle Unwirksamkeit durch § 307 BGB nicht zu riskieren, sollten die Agenturen eine solche Klausel individuell mit ihrem Vertragspartner aushandeln und so in den Agenturvertrag aufnehmen. Möglicherweise könnte in Einzelfällen jedoch auch hier ein Matching Right unwirksam sein.

a) Begriff der Sittenwidrigkeit

In der deutschen Rechtsordnung hat die Privatautonomie ein hohes Gewicht und ist ein nicht wegzudenkender Grundsatz. Doch auch dieser Grundsatz findet seine Grenzen etwa bei einem Verstoß gegen ein gesetzliches Gebot gem. § 134 BGB oder bei sittenwidrigen Rechtsgeschäften i.S.d. § 138 BGB, wenn also ein Verstoß gegen rechtsethische Gesichtspunkte unerträglich erscheint.⁵⁵

Der Gesetzgeber hat es offen gelassen, was er unter den guten Sitten versteht. Auch die von der Rechtsprechung entwickelte Formel des „Anstandsgefühls aller billig und gerecht Denkenden“⁵⁶ ist keine große Hilfe bei der Auslegung des Begriffs. Praktikabler ist hier eine Analyse unter Heranziehung von anerkannten Fallgruppen. Sittenwidrig soll jedenfalls eine solche Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Vertragspartners sein, die einer „Knebelung“ gleichkommt.⁵⁷

52 Grüneberg in Palandt, § 307, Rn. 13.

53 Vgl. Cording, SPONSORS 2/2010, 62 (63).

54 Basedow in MüKo, BGB, § 306, Rn. 8.

55 Kretschmer/Karakaya, SpuRt 2004, 46.

56 BGHZ 10, 228 (232).

57 Heinrich/Dörner in Schulze u.a., § 138, Rn. 11.

b) Rechtsprechung zu langfristigen Vertragsbindungen mit Verlängerungsoption

In der Rechtsprechung wurde die Sittenwidrigkeit für Fälle bejaht, in denen es dem Klauselgegner praktisch unmöglich ist, sich jemals von seinem Vertragspartner zu trennen. So hielt der BGH in seiner Entscheidung den Belieferungsvertrag einer Tankstelle mit einem Mineralölunternehmen für sittenwidrig, weil dieser über die Grundlaufzeit von 25 Jahren hinaus eine Klausel enthielt, die es dem Lieferanten ermöglichte, in einen Folgevertrag mit einem Dritten an dessen Stelle zu gleichen Konditionen einzutreten.⁵⁸

Begründet wurde dies damit, dass durch die Klausel der Vertrag von vorneherein eine längere Bindung vorsah als 25 Jahre. Diese lange Bindung stelle aber quasi eine Abhängigkeit für die Dauer des kompletten Berufslebens dar und sei damit eine unzumutbare Einschränkung der persönlichen Selbständigkeit, Freiheit und wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit. Dies entspreche auch der ständigen Rechtsprechung zu sog. Bierlieferungsverträgen, bei denen eine im Ergebnis unbegrenzte Laufzeit für unwirksam erachtet wurde.⁵⁹

c) Übertragbarkeit auf Agenturverträge mit Berufssportlern

Im Unterschied zum Urteil des BGH werden die hier interessierenden Agenturverträge nur in seltenen Fällen über eine Laufzeit von erheblich mehr als 5 Jahren abgeschlossen. Ferner ist bei dem Grundtypus einer MOR-Klausel in Agenturverträgen nur von einer einmaligen Verlängerungsoption und nicht wie bei dem der Entscheidung zugrunde liegenden Vertragsverhältnis von einer Kette von Verlängerungen auszugehen.

Dennoch ist die angesprochene Grundproblematik auch bei MOR-Klauseln in Agenturverträgen zu erkennen. Zwar wird hier selten eine Jahrzehnte dauernde Vertragsbindung vorliegen, aber es sind auch andere Maßstäbe anzulegen. Die Lebensarbeitszeit vieler Hochleistungssportler wird in der Regel 10 bis 15 Jahre nicht übersteigen. Damit deckt etwa ein über fünf Jahre geschlossener Agenturvertrag mit Verlängerungsoption einen Großteil dieser Zeitspanne ab und schränkt dadurch den Sportler in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit und insbesondere in seinem Reaktionsvermögen auf Veränderungen in seiner Karriere und der damit notwendig werdenden Umstrukturierung in seiner Vermarktungsstruktur doch ganz erheblich und in vergleichbarer Weise ein. Deswegen werden etwa auch Managementverträge mit Sportlern, die über eine Laufzeit von mehr als fünf Jahren abgeschlossen werden, überwiegend als sittenwidrig i.S.d. § 138 BGB angesehen.⁶⁰ Dies entspricht auch dem gesetzgeberischen Willen, der im unabdingbaren⁶¹ § 624 S. 1

58 BGH NJW 1982, 1692.

59 Vgl. auch BGH GRUR 1970, 195 (196) – Bierbezug II.

60 Cording, SPONSORS 2/2010, 62; OLG Frankfurt, Urt. v. 23. August 2005 – 2/25 O 298/04; Betreffend eines Künstler-Management-Vertrages: LG Köln ZUM-RD 2009, 282 (285).

61 Henssler in MüKo, BGB, § 624, Rn. 11.

BGB durch eine Kündigungsmöglichkeit bei Dienstverträgen mit einer Laufzeit von mehr als fünf Jahren zum Ausdruck gebracht wurde. Wird der Vertrag allerdings nach fünf Jahren faktisch einseitig durch die Agentur verlängert, wird dem Vermarkteten diese Kündigungsmöglichkeit genommen, obwohl er von vorneherein – zwar nicht rechtlich, aber bei lebensnaher Betrachtung – länger als fünf Jahre gebunden ist.

Kommt dann auch hier wieder der Summierungseffekt mit anderen negativen Faktoren, wie dem Ausschluss des § 627 BGB, zum Tragen, wird die Klausel in der Gesamtwürdigung des Vertrages keinen Bestand vor den Gerichten haben.⁶²

d) Übertragbarkeit auf Agenturverträge mit Sportvereinen

Auf Agenturverträge mit Vereinen lässt sich diese Problematik allerdings schwerlich anwenden. Diesen fehlt das Kriterium der begrenzten Lebensarbeitszeit, sodass hier nur die Kombination einer extrem langen Grundlaufzeit des Vertrages mit Kettenverlängerungsoptionen eine unzumutbare Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit zu begründen vermag.

Auch die verschiedenen Gründe, die bei der Inhaltskontrolle der MOR-Klauseln in AGB noch dazu führten, dass diese als unwirksam zu betrachten waren, reichen nicht aus, um alleine daraus auch die Sittenwidrigkeit anzunehmen, denn eine gewisse Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit gehört zur Natur von Wirtschaftsverträgen⁶³. Einzig in Betracht käme eine sittenwidrige Knebelung des Klauselgegners durch das Matching Right. Dazu müsste er in sittlich-rechtlich zu missbilligender Weise von der Agentur abhängig sein.⁶⁴

Wie oben bereits dargelegt, sind die Interessen der Agentur allerdings durchaus berechtigt und nicht zu missbilligen. Ferner ist bei der Kontrolle gem. § 138 BGB eine individuelle und nicht wie bei der AGB Kontrolle abstrakt-generelle Betrachtungsweise anzulegen.⁶⁵ Dies bedeutet u.a. auch, dass hier dann die vom Inhaber des Matching Right zu erbringende Gegenleistung in die Abwägung miteinbezogen werden muss. Bietet die Agentur also ein sehr umfangreiches Leistungspaket und lässt sich gleichzeitig noch im Vertrag eine vergleichsweise geringe Provision zusichern, rechtfertigt dies etwaige Nachteile durch das Matching Right für den Vermarkteten.

3. Ergebnis

Matching Offer Right-Klauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen werden einer Inhaltskontrolle jedenfalls dann nicht standhalten, wenn gleichzeitig noch das Kündigungsrecht des § 627 BGB

62 Cording in SPONSORS 2/2010, 62 (63); Armbrüster in MüKo BGB, § 138, Rn. 27.

63 Sack/Fischinger in Staudinger, § 138, Rn. 302.

64 Sack/Fischinger in Staudinger, § 138, Rn. 302.

65 Ellenberger in Palandt, § 138, Rn. 34b.

ausgeschlossen ist.

Werden sie individuell ausgehandelt, sind sie wegen § 138 BGB nichtig, wenn sie gegenüber einem einzelnen Berufssportler verwendet werden und diesen dadurch faktisch für seine gesamte Lebensarbeitszeit an die Agentur binden.

Gegenüber Sportvereinen sind die fraglichen Klauseln regelmäßig rechtmäßig.

D. Situation nach Beendigung des Vertrages

I. Anwendbarkeit des § 89 b HGB auf Agenturverträge im Sport

1. Problemstellung

Wie oben bereits dargestellt, gibt es so einige rechtliche Unwägbarkeiten, die die Agentur ebenso wie den Vermarkteten während des Vertragsverhältnisses vor Probleme stellen können. Doch aus dem Vertrag können auch nach dieser Zeit noch Pflichten der Parteien erwachsen.

Das prominenteste Beispiel für solche nachvertraglichen Ansprüche war in der jüngeren Vergangenheit der Hamburger Sport-Verein, der bei einer Trennung von seinem Vermarkter Sportfive Ansprüche in Höhe von bis zu 8,5 Millionen wegen des nachvertraglichen Handelsvertreterausgleichs des § 89 b HGB befürchtete. Neben der anderenfalls erwarteten Rückforderung eines fälligen Darlehens durch Sportfive war der drohende nachvertragliche Anspruch dann auch ein Grund dafür, dass sich der HSV schlussendlich für eine weitere Zusammenarbeit mit der Agentur entschied.⁶⁶

Ob die Befürchtungen des Fußball-Bundesligisten begründet waren, liegt allerdings nicht unbedingt auf der Hand. Obwohl Agenturverträge tatsächlich eine starke Ähnlichkeit zum Handelsvertretervertrag aufweisen, ist nicht klar, ob auch gerade dieser Anspruch eröffnet ist, zumal es sich um einen Billigkeitsanspruch handelt.⁶⁷ Im Folgenden soll daher versucht werden, eine Antwort auf diese Frage zu geben.

2. „Vertriebsrechtliche Analogieformel“ des BGH

In ständiger Rechtsprechung wurde jedenfalls bereits entschieden, dass der Handelsvertreterausgleich zumindest analog auch dann eröffnet sein kann, wenn es sich nicht um einen Handelsvertretervertrag i.S.d. §§ 84 ff. HGB per se handelt.⁶⁸ Insbesondere für die Frage, ob

⁶⁶ http://www.sponsors.de/no_cache/deutsch/startseite/detailansicht/article/moegliche-wende-in-verhandlungen-zwischen-hsv-und-sportfive/ (zuletzt aufgerufen am 8.12.13).

⁶⁷ Von Hoyningen-Huene in MüKo, HGB, § 89 b, Rn. 84.

⁶⁸ Niebling, BB 1997, 2388 m.w.N.; BGH NJW 1996, 2159 (2160).

dies auch auf Vertragshändler zutrefte, wurde in der Toyota-Entscheidung des BGH die sog. „vertriebsrechtliche Analogieformel“ geschaffen, nach der zwei Voraussetzungen vorliegen müssen, damit eine analoge Anwendung des § 89 b HGB in Betracht kommt:⁶⁹ Erstens muss das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien so ausgestaltet sein, dass der Vertragshändler Aufgaben ähnlich eines Handelsvertreters übernimmt, und zweitens muss er vertraglich dazu verpflichtet sein, den Kundenstamm nach Vertragsende auf den Hersteller zu übertragen.

An der zweiten Voraussetzung wird jedenfalls eine auf diese Formel gestützte Analogie auch für Agenturverträge scheitern. Ein tatsächlicher Kundenstamm mit Kundendaten, wie er im Verhältnis zwischen Vertragshändler und Hersteller besteht, wird in dieser Form bei der Arbeit einer Agentur nicht entstehen. Gewinnt diese etwa Sponsoren für den Vermarkteten, ist dieser Kundenstamm bereits für den Verein eröffnet, sodass er nicht erst übertragen werden muss, geschweige denn, dass eine Abrede hierüber getroffen werden muss.

Ohnehin unterscheidet sich die Arbeit einer Agentur doch erheblich von der eines Vertragshändlers, sodass eine Herangehensweise nach der vertriebsrechtlichen Analogieformel ausscheidet. Was bleibt, ist jedenfalls die Erkenntnis, dass die Rechtsprechung durchaus den Handelsvertreterausgleich auch anerkennt, wenn es sich um keinen Handelsvertreter im herkömmlichen Sinn handelt, solange eine gewisse Ähnlichkeit besteht. Ob dies bei Vermarktungsagenturen im Sport der Fall ist, soll daher im Einzelnen geprüft werden.

3. Unternehmereigenschaft von Agentur und Vermarkteten

Wie bereits dargestellt, sind sowohl Sportvereine als auch der einzelne Berufssportler als Unternehmer i.S.d. § 14 BGB anzusehen. Der Unternehmensbegriff des § 84 Abs. 1 HGB ist weit auszulegen.⁷⁰ Deswegen müssen die Vermarkteten auch grundsätzlich nicht einmal ein Gewerbe betreiben, sondern die Unternehmereigenschaft reicht völlig aus.⁷¹ Die Agentur ist ohnehin Kaufmann i.S.d. § 1 Abs. 1 HGB, sodass auch für sie diese Voraussetzung erfüllt ist.

4. Agentur als Vermittler

Gem. § 84 Abs. 1 S. 1 HGB müsste es Aufgabe der Agentur sein, Geschäfte zu vermitteln oder in fremdem Namen abzuschließen. Jedenfalls beim Vermittlungs- und beim Kommissionsmodell wird die Agentur auf diese Weise tätig, sodass diese Voraussetzung erfüllt ist.

69 BGH NJW 1996, 2159 (2160).

70 Von Appen/Lanig, KszW3/2013, 229 (233).

71 Höck, S. 38.

5. Ständige Betrauung

Problematischer ist hier schon das Tatbestandsmerkmal der ständigen Betrauung durch den Handelsvertreter.

a) Betrauung indiziert, dass der Handelsvertreter, also die Agentur, beauftragt i.S.d. § 675 Abs. 1 BGB ist, sie also eine Pflicht zum Tätigwerden trifft.⁷² Dies trifft auf Agenturverträge zu, da der Vermarktete die Agentur, in Abgrenzung zum Handelsmakler des § 93 HGB, tatsächlich zum Handeln verpflichten und nicht nur die Gelegenheit dazu bieten will.

Der Begriff der Betrauung erschöpft sich allerdings nicht alleine in der Pflicht tätig zu werden. Ferner muss der Verein der Agentur die Wahrung seiner Interessen anvertrauen.⁷³ Diese Interessenwahrungspflicht wird in § 86 Abs. 1 HGB explizit noch einmal hervorgehoben. Problematisch ist hier jedoch, dass große Sportrechtevermarkter regelmäßig nicht exklusiv für einen Vermarkteten tätig sind, sondern gleichzeitig mehrere Vereine unter Vertrag haben – oft auch direkte Konkurrenten.⁷⁴ Hier könnte man daran denken, dass die Agentur die Interessen der einzelnen Vertragspartner gar nicht mehr genügend wahren kann.

Prinzipiell lässt sich zunächst festhalten, dass aus der Interessenwahrungspflicht folgt, dass sich der Handelsvertreter jedweder Konkurrenzaktivitäten, die geeignet sind, die Interessen des Auftraggebers zu beeinträchtigen, enthalten muss.⁷⁵ Fraglich ist also, ob es die Interessen der vermarkteten Fußballvereine gefährdet, wenn neben ihnen auch Konkurrenten zu den Kunden derselben Agentur gehören. In der Rechtsprechung ist diese Frage weitestgehend ungeklärt. Einzig das OLG Hamburg hat bereits entschieden, dass eine Repräsentantin, die in Form einer Agenturtätigkeit Leistungen mehrerer Fotografen Dritten anbietet, keine Handelsvertreterin sein könne.⁷⁶

Dies lag allerdings weniger daran, dass sie auch für Konkurrenten des Klägers tätig war, sondern daran, dass es sich lediglich um eine neutrale Vermittlertätigkeit handelte.

In diesem Zusammenhang stellte der Senat jedoch auch klar, dass das Wettbewerbsverbot keine wesensbestimmende Voraussetzung für das Vorliegen eines Handelsvertretervertrags sei.⁷⁷ Denn zum einen ist eine allgemeine Interessenwahrungspflicht wegen § 242 Abs. 2 BGB allen privatrechtlichen Rechtsgeschäften inhärent und andererseits spricht etwa § 92 a Abs. 2 HGB

72 Löwisch in Ebenroth u.a., § 84, Rn. 5.

73 Hopt in Baumbach/Hopt, § 84, Rn. 41.

74 S. zur Fußball-Bundesliga die Tabelle in KSzW 3/2013, 229 (230).

75 Vgl. von Hoyningen-Huene in MüKo, HGB, § 86, Rn. 33f.

76 BGH GRUR 2006, 788 (789) – Werbefotograf.

77 BGH GRUR 2006, 788 (789) – Werbefotograf; so auch BGH NJW 1986, 2954 und WRP 1990, 1198.

ausdrücklich von einem Handelsvertreter, der für mehrere Unternehmen tätig ist.⁷⁸ Letzteres macht deutlich, dass der Gesetzgeber nicht von vorneherein die Handelsvertretereigenschaft auf eine exklusive Tätigkeit beschränken wollte.

Des Weiteren kann das Wettbewerbsverbot ohnehin abbedungen werden. Auch wenn dies nicht explizit im Vertrag festgehalten ist, kann davon ausgegangen werden, dass ein Verein, der einen Agenturvertrag abschließt, zumindest konkludent darin einwilligt, dass die Agentur auch für andere Vereine tätig ist. Dem Vermarkteten kann es gar nicht besonders darauf ankommen, dass seine Agentur nur ihn vertritt, wenn er einen Vertrag mit ihr abschließt und gleichzeitig, bei lebensnaher Betrachtung, wissen muss, dass sie nicht exklusiv für ihn tätig sein wird. Ferner kann bezweifelt werden, dass überhaupt eine wirkliche Wettbewerbssituation bei der gleichzeitigen Vermarktung mehrerer Vereine eintritt. Ausschlaggebend zur Beurteilung hierfür soll immer der konkret betroffene Markt sein.⁷⁹

Der Sponsorenmarkt im Sport ist jedoch sehr regional ausgerichtet, sodass unter diesem Gesichtspunkt etwa der 1. FC Nürnberg und der SV Werder Bremen vielfach gar nicht am gleichen Markt konkurrieren würden. Ferner ist die Zahl möglicher Sponsoren so groß, dass es nur sehr selten darum gehen wird, genau einen potentiellen Sponsor an genau den einen Club zu vermitteln.⁸⁰

Dies deckt sich mit der von *Martinek* aufgestellten Abgrenzungsformel: „Ist die Person des Absatzmittlers, der gleichzeitig für mehrere Personen tätig wird, gehalten, die Interessen des *einen* nicht grob hinter die Interessen des *anderen* zurückzustellen, sondern möglichst gleichmäßig, wenn auch unter Berücksichtigung der besonderen Interessen jedes einzelnen, seine Tätigkeit zu verteilen, liegt grundsätzlich die Annahme eines Handelsvertreterverhältnisses nahe.“⁸¹ Aufgrund der oben aufgezeigten Marktverhältnisse wird die Vermarktungsagentur in der Regel nicht in die missliche Lage kommen, die Interessen eines Vereins grob hinter die eines anderen zurückstellen zu müssen. Im Ergebnis kann somit festgehalten werden, dass die Handelsvertretereigenschaft von Agenturen nicht an der Interessenwahrungspflicht scheitern wird.

b) Die Betrauung müsste auch von ständiger Natur sein. Es müsste also ein Vertragsverhältnis von zwar nicht unbestimmter, aber dennoch von einer gewissen Dauer vorliegen.⁸²

Agenturverträge im Profisport werden regelmäßig über mehrere Jahre geschlossen und außerdem sind von vorneherein eine Vielzahl an Tätigkeiten der Agentur vereinbart, sodass es sich nicht um

78 von Appen/Lanig, KSzW 3/2013, 229 (233).

79 Martinek/Bergmann, WRP 2006, 1047 (1056).

80 von Appen/Lanig, KSzW 3/2013, 229 (233).

81 Martinek/Bergmann, WRP 2006, 1047 (1057).

82 Busche in Oetker, § 84, Rn. 40.

wiederkehrende Einzelaufträge, sondern um eine umfassende Betrauung handelt.⁸³ Für den Fall der Vermarktung eines einzelnen Sportereignisses (wie etwa Olympia, eine Weltmeisterschaft etc.) ist die Ständigkeit allerdings nur dann gewahrt, wenn der Vermarkter auch hier für die Vermittlung einer unbestimmten Vielzahl an Geschäften beauftragt ist.⁸⁴

6. Selbständigkeit der Agentur

Essentielles Merkmal des Handelsvertreterers ist seine Selbständigkeit. Gemäß § 84 Abs. 1 S. 1 HGB ist selbständig, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. In Schrifttum und Rechtsprechung wurde diese Definition noch einmal konkretisiert, sodass als Indizien für die Selbständigkeit ein Mindestmaß an unternehmerischer Freiheit, also insbesondere die Freiheit bezüglich der Arbeitszeitgestaltung, sowie eine weitgehende Weisungsfreiheit gefordert werden.⁸⁵

a) Die unternehmerische Freiheit ist u.a. gewahrt, wenn der Handelsvertreter selbstständig über seine unternehmerischen Ressourcen, also etwa Geschäftsräume und Personal, verfügen kann, was bei Agenturen der Fall ist.⁸⁶ Ferner firmieren die Vermarktungsagenturen unter einem eigenen Namen und tragen aufgrund der Vergütung in Provisionsform selbst das Unternehmerrisiko, sodass insgesamt die unternehmerische Freiheit vorliegt.⁸⁷ Unproblematisch ist auch die freie Arbeitszeitgestaltung gegeben.

b) Weniger eindeutig ist allerdings die Frage, ob Agenturen wirklich weisungsfrei in der Ausführung ihrer vertraglichen Tätigkeit sind. Eine völlige Weisungsfreiheit des Handelsvertreterers ist jedenfalls ohnehin nicht denkbar. Dies wird etwa durch die Mitteilungspflicht des § 86 Abs. 2 HGB deutlich oder auch dadurch, dass § 84 Abs. 1 S. 2 HGB lediglich besagt, dass er „im Wesentlichen“ frei sein muss.⁸⁸ Diese Wesentlichkeit sieht das BAG in ständiger Rechtsprechung als erfüllt an, wenn die Selbständigkeit des Handelsvertreterers in ihrem „Kerngehalt“ unbeeinträchtigt bleibt.⁸⁹ Der Kern der Agenturtätigkeit besteht – zumindest im vorherrschenden Vermittlungsmodell – darin, den Sponsorenmarkt zu sondieren und daraufhin geeignete Sponsoren herauszufiltern und Verträge zu vermitteln. In diesen Aufgabenbereich wird der Vermarktete schon

83 von Appen/Lanig, KSzW 3/2013, 229 (233).

84 von Hoyningen-Huene in MüKo, HGB, § 84, Rn. 54.

85 Busche in Oetker, § 84, Rn. 27.

86 Busche in Oetker, § 84, Rn. 28.

87 von Appen/Lanig, KSzW 3/2013, 229 (234).

88 Hopt in Baumbach/Hopt, § 84, Rn. 36.

89 BAG NAZ 1995, 649 (652).

aus eigenem Interesse nicht eingreifen; ihm kommt es gerade auf die Kreativität und die Expertise der Agentur an, welche er durch eigenmächtige Weisungen nur zunichte machen würde. Alle anderen Arten von Weisungen, etwa der Auftrag an die Agentur, sich nur mit Sponsoren aus einer bestimmten Region oder Branche zu beschäftigen, berühren den Kerngehalt der Selbstständigkeit somit nicht, da die Agentur die eigentliche Aufgabe immer noch eigenständig wahrnimmt. Daran ändert dann auch die aus dem Geschäftsbesorgungscharakter des Agenturvertrags folgende Weisungsbefugnis des Vereins aus § 665 BGB nichts, denn es kommt auf die Art des tatsächlichen Vollzugs der Arbeit an und nicht darauf, was vertraglich oder gesetzlich theoretisch möglich wäre.⁹⁰ Im Einzelfall mag dies durchaus anders sein, in den meisten Fällen wird die Selbstständigkeit der Agentur allerdings im Ergebnis zu bejahen sein.

7. Übertragung des Kundenstammes und erheblicher Vorteil

a) Kundenstamm

Durch die Tätigkeit der Agentur müsste zunächst ein neuer Kundenstamm entstanden sein. Dieser wird gemeinhin definiert als Geschäftsverbindungen mit neuen Kunden, die kausal durch die Vermittlungstätigkeit des Handelsvertreters entstanden sind.⁹¹ Eine Geschäftsverbindung liegt vor, wenn der Vermarktete einen Sponsoringvertrag mit einem von der Agentur geworbenen Sponsor eingeht. Ob der so gewonnene Kunde als „neu“ anzusehen ist, bestimmt sich branchenbezogen.⁹² Gewinnt die Agentur einen Sponsor, mit dem der Verein noch nie zuvor zusammengearbeitet hat, ist dieser unstreitig „neu“. Anders stellt sich dies dar, wenn der Vermarkter lediglich bei einer bereits bestehenden Sponsoringverbindung eine Vertragsverlängerung vermittelt. Hier erzeugt die Agentur keinen Goodwill beim Sponsor, der abgegolten werden müsste, denn dieser ist bereits vorhanden. Anders stellte sich die Lage nur dar, wenn sie die Geschäftsverbindung mit dem Altkunden so erheblich verbessert, dass er wirtschaftlich als Neukunde anzusehen ist. Dies dürfte allerdings in der Praxis selten der Fall sein, da die Wesentlichkeitsschwelle der Erweiterung bei 100 % liegen soll.⁹³ In der Regel wird die Agentur jedenfalls einen neuen Kundenstamm für den Verein erschließen und ist dafür dann auch kausal.

b) Übertragung des Kundenstammes

Wie der BGH in seiner vertriebsrechtlichen Analogie-Formel deutlich gemacht hat, ist es von

90 Oetker, S. 150.

91 Kiene, VersR 2006, 1024 (1024f.).

92 Kiene, VersR 2006, 1024 (1025).

93 von Hoyningen-Huene, MüKo, HGB, § 89 b, Rn. 63f.

entscheidender Bedeutung, dass der Kundenstamm nach Vertragsende auf den Unternehmer übergeht. Auch in der Literatur wird dieses Kriterium als maßgeblich für den Ausgleichsanspruch angesehen.⁹⁴

Wie bereits angedeutet, ist eine vertragliche Verpflichtung zur Übertragung des Kundenstammes in Agenturverträgen kaum denkbar. Faktisch geht der Kundenstamm dennoch auf den Verein über, indem im Vermittlungsmodell eben nicht die Agentur, sondern der Verein den Vertrag mit den Sponsoren eingeht. Deswegen ist eine Übertragung auch gar nicht notwendig, weil die Kunden gewissermaßen schon sukzessive über die Vertragslaufzeit dem Vermarkteten zugänglich gemacht werden. Weitergehend eine Übertragung zu verlangen, wäre hier reine Förmerei; das Ergebnis bliebe das gleiche.

c) Erheblicher Vorteil des Vermarkteten

Der Vermarktete müsste aber auch einen erheblichen Vorteil i.S.d. § 89 b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 HGB erfahren. Dies ist der Fall, wenn er die vom Handelsvertreter geschaffenen Geschäftsverbindungen in erheblichem Umfang und erwarteter Beständigkeit weiter nutzen kann.⁹⁵ Die Erheblichkeit ist bei Sponsoringverträgen im Profisport mit Millionenvolumen ohne weiteres zu bejahen. Weiterhin ist es durchaus möglich, dass aus einem einmal geschlossenen Vertrag eine jahrelange Geschäftsbeziehung erwächst. Auf der anderen Seite kann die Art des vermittelten Geschäfts auch die Vermutung nahe legen, dass weitere Verträge nicht folgen werden. Hier ist der jeweilige spezifische Einzelfall genauer zu betrachten.

8. Zwischenergebnis

Agenturverträge im Sport können je nach Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses unter den Wortlaut und die Voraussetzungen der §§ 84 Abs. 1, 89 b HGB subsumiert werden. In einem solchen Grenzbereich ist darüber hinaus allerdings immer zu fragen, ob dies dann auch dem Telos des § 89 b HGB und dem gesetzgeberischen Willen entspricht.⁹⁶ Desweiteren ist der Handelsvertreterausgleich immer noch ein Billigkeitsanspruch, der nur gewährt werden soll, wenn dies auch gerechtfertigt ist.⁹⁷

94 Emde, WRP 2006, 449 (451); Martinek/Wimmer-Leonhardt, WRP 2006, 204 (215).

95 Hopt in Baumbach/Hopt, § 89 b, Rn. 15.

96 von Appen/Lanig, KSzW 3/2013, 229 (234).

97 von Hoyningen-Huene in MüKo, HGB, § 89 b, Rn. 84.

9. Übereinstimmung mit dem Telos der Norm

Erstmals kodifiziert wurde der Handelsvertreterausgleich durch die HGB-Novelle im Jahre 1953.⁹⁸ Zu dieser Zeit hatte die Norm oftmals eine überlebenswichtige Funktion für die Handelsvertreter. Denn diese waren in der Regel nur für einen Unternehmer tätig, was bedeutete, dass sie mit Ende des Vertragsverhältnisses ihre Haupteinnahmequelle verloren und gleichzeitig nicht Arbeitslosengeld oder andere soziale Absicherungen im selben Umfang wie heute in Anspruch nehmen konnten. Der Ausgleichsanspruch sollte somit diese soziale Härte zumindest teilweise kompensieren.⁹⁹

Für große Vermarktungsagenturen kann der Verlust eines lukrativen Vertragspartners durchaus auch schwerwiegende wirtschaftliche Folgen haben, doch wird dies für sie nicht einen so herben Schlag bedeuten wie für den klassischen Handelsvertreter der 50er Jahre. Jedoch hat sich dieses Bild im Laufe der Zeit entscheidend geändert. So ist mittlerweile etwa anerkannt, dass auch juristische Personen oder Personengemeinschaften Handelsvertreter i.S.d. § 84 HGB sein können.¹⁰⁰

Telos der Norm ist nunmehr nicht nur der Sozialgedanke, sondern auch der Ausgleich der Unbill, die dadurch entsteht, dass der Unternehmer nach Vertragsende weiterhin vom sog. Goodwill profitiert, den der Handelsvertreter bei den neuen Kunden zwar geschaffen hat, aber nun keinen finanziellen Nutzen mehr daraus ziehen kann. Der Ausgleichsanspruch ist also kein reiner Versorgungsanspruch, sondern auch Gegenleistung für eine noch nicht abgegoltene Leistung des Handelsvertreters, nämlich den Kundenstamm.¹⁰¹

Dies deckt sich mit der vorliegenden Problematik. Auch die Agentur erwirtschaftet für den Verein einen neuen Kundenstamm, den dieser über die Vertragslaufzeit hinaus nutzen kann, ohne die Agentur daran angemessen zu beteiligen.

Besondere praktische Bedeutung hat hier etwa auch der Fall, dass die Agentur kurz vor Ende der Vertragslaufzeit noch dem Verein Vertragsverhandlungen mit einem Sponsor eröffnet, dieser Vertrag allerdings dann erst abgeschlossen wird, wenn der Agenturvertrag bereits beendet ist und folglich die Agentur auch keine Provision dafür erhält.¹⁰² Diese Konstellation macht das Bedürfnis nach einem Handelsvertreterausgleich für die Agentur und auch die Übereinstimmung mit dem Telos der Norm besonders deutlich.

98 Emde in Staub, § 89 b, Rn. 2.

99 von Appen/Lanig, KSzW 3/2013, 229 (234).

100 von Hoyningen-Huene in MüKo HGB, § 84, Rn. 21f.

101 Hopt, § 89 b, Rn. 1f.

102 von Appen/Lanig, KSzW 3/2013, 229 (235).

10. Billigkeit

Die Aspekte der Billigkeitsprüfung sind immer unter Würdigung der Gesamtumstände des Einzelfalls zu treffen¹⁰³ und können deswegen hier nur angerissen werden. Grundsätzlich spielt es etwa keine Rolle, dass die Agentur parallel auch für andere Vereine tätig war. Dies ist ein vertragsfremder Umstand, der sich nicht auf die Billigkeit auswirkt.¹⁰⁴ Streitig ist, ob besonders hohe Provisionseinnahmen dazu führen, dass ein Ausgleichsanspruch unbillig ist. Diese Einnahmen sollten allerdings nicht zu stark berücksichtigt werden, da mit ihnen zumeist auch ein sehr hohes Unternehmerrisiko des Handelsvertreters einhergeht, oder sie durch entsprechend hohen Kapitaleinsatz, wie etwa Signing Fees, Darlehen oder Bürgschaften für den Verein, bereits gerechtfertigt sind.¹⁰⁵

Der Vertragsdauer als Billigkeitskriterium misst die Rechtsprechung im Ergebnis keine große Bedeutung bei.¹⁰⁶ Ein besonders kurzes Vertragsverhältnis soll sich nicht nachteilig auf die Billigkeit auswirken, da der Handelsvertreter faktisch ohnehin schon benachteiligt sei, weil er in dieser Zeit keinen großen Kundenstamm werben konnte.¹⁰⁷ Umgekehrt sei eine lange Vertragsdauer ebenso wenig beachtlich aufgrund der Tatsache, dass der Handelsvertreter hier zwar hohe Provisionseinnahmen generieren konnte, gleichzeitig aber die Vorteile des Unternehmers entsprechend hoch gewesen seien.¹⁰⁸ Teilweise wird in der Literatur vertreten, dass eine langjährige, erfolgreiche Tätigkeit des Handelsvertreters sich sogar positiv auf den Ausgleichsanspruch auswirken könne.¹⁰⁹

Gegen die Billigkeit des Ausgleichsanspruch können hingegen etwa die Umstände der Vertragsbeendigung oder gar vertragswidriges Verhalten des Handelsvertreters sprechen.¹¹⁰

Anzumerken ist schließlich, dass Vereinbarungen, die sich auf die Billigkeitsprüfung auswirken, grundsätzlich zulässig und auch empfehlenswert sind. So sind etwa eine Auflistung der bereits vorhandenen Sponsoren des Vereins, ein Hinweis auf die Sogwirkung seiner Marke oder die Klarstellung der nicht-exklusiven Zurverfügungstellung des Kundenstamms der Agentur für den Club hilfreich, um spätere Rechtsunsicherheiten zu vermeiden, da dadurch der Ermessensspielraum des Richters bezüglich der Billigkeitsprüfung deutlich eingeschränkt wird.¹¹¹

103Hopt in Baumbach/Hopt, § 89 b HGB, Rn. 25.

104Küstner/Thume, Band II, S. 404, Rn. 42.

105Küstner/Thume, Band II, S. 404, Rn. 52.

106Küstner/Thume, Band II, S. 410, Rn. 57.

107BGH NJW 1997, 655 (656);

108Küstner/Thume, Band II, S. 409, Rn. 56.

109 Hopt in Baumbach/Hopt, § 89, Rn. 36.

110Roth in Koller/Roth/Morck, § 89 b, Rn. 11a; Küstner/Thume, Band II, S. 404, Rn. 45.

111von Appen, SPONSORS 03/2013, 24; von Appen/Lanig, KSzW 3/2013, 229 (236).

11. Ergebnis

Aufgrund der Vielzahl an möglichen Vertragsgestaltungen und der divergierenden Einzelfälle ist es unmöglich, eine pauschale Antwort darauf zu geben, ob einer Vermarktungsagentur der Handelsvertreterausgleich zusteht oder nicht. In der Mehrzahl der Fälle wird dies allerdings durchaus der Fall sein.

II. Sicherung der nachvertraglichen Ansprüche

Vorausgesetzt, die Agentur hat nun wirklich einen Anspruch nach § 89 b HGB auf Ausgleichszahlungen nach Ende des Vertragsverhältnisses, ist für sie trotzdem noch nichts gewonnen. Der Vermarktete muss schließlich dieser Forderung auch nachkommen. Aus diversen Gründen wird er dies allerdings möglicherweise nicht tun.

Dieses Delkredererisiko ist für die Agentur nach Ende der Vertragslaufzeit deutlich präsenter als vorher: In der Praxis werden während der Zusammenarbeit zumeist die Verbindlichkeiten der Sponsoren auf einem sog. Vermarktungskonto beglichen, das von der Agentur geführt wird.¹¹² Aus diesem kann sich der Vermarkter aufgrund seiner Provisionsforderungen notfalls befriedigen, oder zumindest die Zahlungen der Sponsoren an den Verein so lange zurückhalten, bis er seine Vergütung erhält, also von seinem Recht aus § 273 Abs. 1 BGB Gebrauch machen.

Dieses Konto wird allerdings mit Ende des Agenturvertrags aufgelöst werden oder zumindest wird die Verfügungsbefugnis nicht mehr bei der Agentur liegen. Befürchtet diese also Zahlungsausfälle bezüglich des Handelsvertreterausgleichs – und dies ist aufgrund der oftmals angespannten finanziellen Lage einiger Clubs gar nicht so unwahrscheinlich –, sollte sie über Sicherungsmöglichkeiten nachdenken, welche im Folgenden dargestellt werden sollen.

1. Patronatserklärung des Vereins gegenüber der Marketing-GmbH

Zumeist wird der Agenturvertrag nicht mit dem Verein, sondern mit einer ausgegliederten Marketing-GmbH geschlossen.¹¹³ Gerät diese allerdings in finanzielle Notlage, wird das gesetzliche Mindeststammkapital von 25.000 € nicht annähernd zur Befriedigung der Forderungen der Agentur reichen und auch der Verein kann wegen § 13 Abs. 2 GmbHG nicht belangt werden.

Zumindest dieses Risiko sollte in einem ersten Schritt eingegrenzt werden, indem beim Abschluss des Agenturvertrags auf einer harten Patronatserklärung des Vereins gegenüber der Tochtergesellschaft bestanden wird. Gemeint ist hiermit nicht die rechtlich unverbindliche

¹¹²Kupfer/Neuß, KSzW 3/2013, 293 (298).

¹¹³von Appen/Lanig, KSzW 3/2013, 229 (233).

„weiche“, sondern die mit Rechtsbindungswillen abgegebene „harte“ Patronatserklärung, die garantiert, dass der Verein dafür sorgt, dass die Marketing-GmbH immer mit ausreichenden Zahlungsmitteln ausgestattet ist.¹¹⁴

2. Bürgschaft

Der Klassiker unter den Sicherungsmitteln ist die Bürgschaft gem. §§ 765 ff. BGB. Je liquider und zuverlässiger der Bürge, desto stärker ist die Agentur abgesichert. Am wenigsten Risiko birgt hier die Bankbürgschaft, aber z.B. auch Sponsoren des Vereins können bei Zahlungsausfall des Primärschuldners eine verlässliche Sicherheit darstellen.

Wenn allerdings die Unzuverlässigkeit des Vereins, seinen Verpflichtungen nachzukommen zu befürchten ist, wird es auch schwierig sein, Bürgen zu finden, die dieses Risiko bereit sind, zu tragen. Ist der Verein allerdings umgekehrt solvent und verlässlich, besteht die Gefahr, dass die Forderung nach einer Bürgschaft den Verein brüskiert und dadurch der Abschluss des Agenturvertrages unnötig gefährdet wird. Hier muss die Agentur abwägen, welche Risiken sie bereit ist einzugehen, wobei etwa eine im Vorfeld durchgeführte Due Dilligence, also eine umfassende rechtliche und wirtschaftliche Offenlegung der Vermögensverhältnisse des Vereins, hilfreich und empfehlenswert ist. Die Due Dilligence hat neben der Offenlegung aus wirtschaftlich-strategischen Gründen auch eine Garantiefunktion für Haftungsfragen.¹¹⁵

Großes Risikopotential bietet allerdings auch die Frage nach der Höhe des durch die Bürgschaft abzusichernden Betrages. Da der Ausgleichsanspruch je nach Unternehmervorteilen und je nach Billigkeit stark divergieren kann, ist es nahezu unmöglich, bereits bei Abschluss des Bürgschaftsvertrages eine Summe festzulegen, für die der Bürge einzustehen hat. Deswegen werden sich wahrscheinlich allenfalls Bürgen für eine Höchstbetragsbürgschaft finden lassen, wodurch für die Agentur letztlich doch ein Restrisiko verbleibt.

3. Sicherungszession

Auch wenn eine Bürgschaft nicht zu erlangen ist, bieten sich der Agentur noch andere Sicherungsmöglichkeiten; so etwa die Sicherungszession. Gegenüber der gesetzlich geregelten Forderungsverpfändung hat sie den großen Vorteil, dass sie nicht wegen § 1280 BGB dem Forderungsschuldner angezeigt werden muss, sodass die Bonität des Sicherungsgebers nicht leidet.¹¹⁶ Zu unterscheiden sind hier die Sicherungsabrede als Rechtsgrund und die Übertragung der

¹¹⁴Medicus/Lorenz, Rn. 1029.

¹¹⁵Kupfer/Neuß, KSzW 3/2013, 293 (297).

¹¹⁶Krüger, S. 111.

Forderung als Verfügung.¹¹⁷

a) In der Abrede sollte auf jeden Fall geregelt sein, dass der Zessionar nur im Sicherungsfall die Forderung einziehen darf. Ferner sind Regelungen zur Rückübertragung empfehlenswert.¹¹⁸ Da der Verein für seinen laufenden Finanzierungsbedarf die Sponsorenzahlungen benötigt, ist in der Sicherungsabrede eine Einziehungsermächtigung des Zedenten bis zum Eintritt des Sicherungsfalls zu treffen, sodass er gem. § 185 Abs. 1 BGB in rechtmäßiger Weise die abgetretenen Forderungen geltend machen kann.¹¹⁹

b) Möglicher Sicherungsgegenstand sind etwa Forderungen gegen einen Sponsor. Jedoch sollten diese nur maßvoll abgetreten werden, da anderenfalls eine Übersicherung droht. Eine anfängliche Übersicherung, die vorliegt, wenn die zu sichernde Forderung mit über 150 % des Wertes gesichert ist, wäre jedenfalls gem. § 138 BGB sittenwidrig und damit nichtig.¹²⁰ Eine solche liegt allerdings auch nur dann vor, wenn bereits bei Vertragsschluss von diesem Missverhältnis ausgegangen werden muss. Dies wird vorliegend aber so gut wie nie der Fall sein, da die Höhe des zu sichernden Anspruchs eben noch nicht feststeht.

Folglich käme allenfalls eine nachträgliche Übersicherung in Betracht, die allerdings nicht zur Nichtigkeit des Vertrags führt, sondern dem Sicherungsgeber nur einen Freigabeanspruch für diejenigen Forderungen gibt, die die Deckungsgrenze überschreiten. Dieser Anspruch muss auch nicht ausdrücklich in der Sicherungsabrede festgeschrieben sein, sondern ist ohnehin jedem fiduziarischen Sicherungsgeschäft immanent.¹²¹

Folglich hätte die Agentur für den Fall, dass der Ausgleichsanspruch niedriger ausfällt als gedacht, die Pflicht, alle abgetretenen Forderungen, die den Ausgleichsanspruch um mehr als 110 % übersteigen, herauszugeben.¹²² Sind die Forderungen schwer zu bewerten, kann die Deckungsgrenze auch auf 150 % ansteigen.¹²³

Der geschätzte zu sichernde Betrag kann des Weiteren auch relativ variabel durch Forderungen gesichert werden, indem einerseits nur eine Teilabtretung einer sehr umfangreichen und teilbaren Forderung geschehen kann und andererseits der Betrag auch kumulativ durch mehrere Forderungen gesichert werden kann.

117Braun, DStR 1995, 1592.

118Meyer/von Varel, JuS 2004, 192.

119Krüger, S. 113f.

120Gogger, § 3, Rn. 311f.

121BGH NJW 1998, 671 (672).

122Gogger, § 3, Rn. 310.

123Nobbe, S. 204, Rn. 57.

Schließlich ist noch das Gebot der Bestimmtheit der Forderungen zu beachten. Hierbei ist notwendig, dass die Forderungen nach Volumen sowie nach dem Gegenstand bestimmbar sind, was insbesondere bei der Abtretung künftiger, noch nicht entstandener Ansprüche problematisch werden kann.¹²⁴ Zu unbestimmt wäre es somit, lediglich Forderungen bis zu einer bestimmte Höhe zu erfassen, aber nicht klarzustellen, mit welchen Forderungen genau dieser Betrag gedeckt werden soll.¹²⁵

c) Die Sicherungszession ist somit ein geeignetes Mittel, um nachvertragliche, noch unbestimmte Ansprüche abzusichern. Dennoch trägt der Sicherungsnehmer auch hier immer noch das Risiko eines Forderungsausfalls – diesmal das Risiko der Zahlungsunwilligkeit des Drittschuldners. Dies begründet aber keine weiteren Ansprüche gegen den Zedenten, denn dieser hat nur für den rechtlichen Bestand der Forderung und nicht für die Bonität einzustehen.¹²⁶

Problematisch ist schließlich noch § 407 Abs. 1 BGB, wonach der Zessionar es gegen sich gelten lassen muss, falls der Drittschuldner an den Zedenten leistet. Der Sicherungsnehmer könnte dann zwar aus § 816 Abs. 2 BGB gegen den Zedenten vorgehen, dies wird ihm allerdings nichts bringen, da dieser schließlich nicht zahlungsfähig/-willig sein wird, wenn der Sicherungsfall bereits eingetreten ist. Deswegen sollte spätestens bei Bekanntwerden des Sicherungsfalls dem Forderungsschuldner die Zession offengelegt werden, was dann schlussendlich allerdings doch zu einem Bonitätsverlust des Zessionars führen würde.

E. Fazit

Die angesprochenen Problematiken der Rechtmäßigkeit der Matching Right-Klauseln und der Frage nach dem Handelsvertreterausgleich für Vermarktungsagenturen werden so lange nicht mit Sicherheit gelöst werden können, bis hierzu höchstrichterliche Rechtsprechung ergangen ist.

In Anlehnung an die vorhandene Rechtsprechung zu Optionsverträgen ist hier zumindest die Tendenz zu erkennen, dass die Gerichte Matching-Right Klauseln im Wesentlichen für wirksam erachten werden. Dennoch ist gerade bei formularmäßigen Regelungen besondere Vorsicht angebracht, da hier die Schwelle, ab wann die Interessen des Vermarkteten in unverhältnismäßiger Weise beeinträchtigt werden, relativ schnell überschritten ist, aber auch dies wird immer eine nur im Einzelfall beantwortbare Frage bleiben.

¹²⁴Rohe in BeckOK, BGB, § 398, Rn. 40.

¹²⁵Nobbe, S. 184, Rn. 18.

¹²⁶Kohlhaas, S. 43.

Was den Ausgleichsanspruch angeht, ist eine solche Tendenz in der Rechtsprechung mangels richtungsweisender Entscheidungen nicht ersichtlich und auch die Causa HSV und Sportfive wird dazu nicht beitragen. Der Club hat schließlich doch mit der Vermarktungsagentur einen neuen Vertrag abgeschlossen, sodass es nicht zu einem Rechtsstreit über das Bestehen oder Nichtbestehen des Anspruchs kommen wird.

Trotz doch einiger Unwägbarkeiten sollten sich nach den obigen Darstellungen sowohl Vermarktete als auch die Agenturen dennoch darauf einstellen, dass ein solcher Ausgleichsanspruch zumindest bei klassischen Agenturverträgen entstehen wird und deswegen die aufgezeigten Handlungsempfehlungen, insbesondere unter dem Aspekt der Billigkeitsprüfung, berücksichtigen.

Eine Sicherung der so entstandenen nachvertraglichen Ansprüche, etwa durch eine Bürgschaft oder eine Sicherungszession, kann im Einzelfall dann durchaus sinnvoll sein. Hier muss die Agentur abwägen, ob ein solches Mittel erforderlich ist oder ob der Vertragspartner vertrauenswürdig genug ist.