



universität
wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation

„Der Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers in
Europa – Ein Phänomen des deutschsprachigen Raums?“

Verfasser

Mag. Hubertus Thum

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, Mai 2011

Studienkennzahl lt.
Studienblatt:

A 083 101

Dissertationsgebiet lt.
Studienblatt:

Rechtswissenschaften

Betreuer:

o. Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher

Danksagung

Ein großer Dank gilt meinen Eltern. Sie haben mich in jeder Lebenslage uneingeschränkt unterstützt und boten damit das notwendige Fundament, um eine solche Arbeit – mit all ihren Höhen und Tiefen – fertig stellen zu können.

In Bezug auf die vorliegende Arbeit möchte ich auch einen besonderen Dank an Herrn *Dr. Benedikt Spiegelfeld* aussprechen. Dieser gab nicht nur den ausschlaggebenden Impuls für das konkrete Thema, sondern unterstützte mich auch tatkräftig bei der europaweiten Recherche.

Ausgesprochen dankbar bin ich auch meinem Doktorvater Herrn *Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher*, welcher mir wichtige Anregungen geben konnte und sich überaus rasch mit der erstmaligen Lektüre dieser Arbeit befasste. Ebenso danke ich Frau *Univ.-Prof. Mag. Dr. Maria Lengauer* für die Übernahme der Zweitbegutachtung.

Herzlich danken möchte ich auch meinem langjährigen Freund und Kollegen *Dr. Michael Taufner*, welcher mir bei zahlreichen Diskussionen wertvolle Denkanstöße lieferte und sicherlich einen gewichtigen Teil zum positiven Verlauf meines Diplomstudiums beitrug.

Ebenso danke ich meiner Freundin *Agatha Wojtowicz* für das von ihr aufgebrachte Verständnis und dafür, stets eine wertvolle persönliche Stütze zu sein.

Last but not least danke ich allen Freunden und Verwandten, welche mich bei der Verfassung dieser Arbeit unterstützt haben.

Wien, im Mai 2011

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis.....	V
Literaturverzeichnis.....	IX
Judikaturverzeichnis.....	XVI
I. Einleitung	1
II. Die verschiedenen Vertriebsarten.....	3
A. Der Handelsvertreter	3
B. Franchising	5
1. Definition.....	5
2. Formen des Franchisings	7
a) Martineks Einteilung	8
b) Martineks Einteilung iVm der analogen Anwendung des Ausgleichsanspruchs.....	9
C. Vertragshandel	10
D. Die Stellung des Franchisenehmers im Vergleich	11
E. Die Auswirkungen des Vergleichs auf die analoge Anwendung	14
III. Europarechtlicher Hintergrund.....	16
A. Wahlrecht.....	16
B. Ausgleichsanspruch gemäß Art 17 Abs 2 HV-RL.....	17
1. Entschädigungsrechtlicher Ansatz.....	18
2. Vergütungsrechtlicher Ansatz	19
3. Ergebnis: Ausrichtung der Richtlinie.....	19
C. Schadenersatzanspruch gemäß Art 17 Abs 3 HV-RL	22
IV. § 24 HVertrG als Analogiebasis	23
A. Allgemein.....	23
B. Die formellen Anspruchsvoraussetzungen.....	24
1. Ausgleichsbegründende Vertragsbeendigung.....	24
a) Einvernehmliche Auflösung.....	25
b) Befristete Verträge	25
c) Tod des Handelsvertreters.....	26
d) Tod des Unternehmers	26
e) Auflösung seitens des Handelsvertreters aus wichtigem Grund: Dem Unternehmer zurechenbare Umstände	27
f) Fortsetzung der Tätigkeit unzumutbar	28
g) Auflösung seitens des Unternehmers ohne wichtigen Grund.....	29
h) Auflösung aufgrund Insolvenz des Unternehmers.....	29
2. Ausgleichsvernichtende Vertragsbeendigung.....	30
a) Auflösung seitens des Handelsvertreters ohne wichtigen Grund.....	30
b) Auflösung seitens des Unternehmers aufgrund von § 22 HVertrG	31
c) Exkurs: Insolvenz des Franchisenehmers	33
d) Überbindung auf einen Dritten	35
3. Die Geltendmachung	36
4. Beweislast	38
5. Unabdingbarkeit	38
C. Die materiellen Anspruchsvoraussetzungen	39
1. Kundenwerbung	41
a) Neukunden.....	41
b) Altkunden	43
aa. Reaktivierung von Altkunden.....	45

bb.	Gleichzeitige Alt- und Neukunden	46
c)	Ursächlichkeit der Kundenwerbung	46
d)	Exkurs: Spezialproblem der gesetzlich „zugeordneten“ Kunden.....	47
e)	Exkurs: Spezialproblem der Monopolstellung	48
2.	Unternehmervorteile	48
a)	Abgrenzung der Stammkundschaft von der Laufkundschaft.....	49
b)	Nutzung der Geschäftsverbindungen.....	52
aa.	Potentielle Nutzung & Betriebseinstellung, -einschränkung, -umstellung, -veräußerung	52
bb.	Exkurs: Ist das Abstellen auf die potentielle Nutzung richtlinienkonform?.....	55
cc.	Fortbestandsprognose der Unternehmervorteile.....	56
dd.	Prognosezeitraum	57
c)	Erheblichkeit der Vorteile	59
3.	Billigkeit.....	60
a)	Provisionsverluste	62
aa.	Art der Provisionsverluste.....	62
bb.	Provisionsverluste des Franchisenehmers und Vertragshändlers.....	64
cc.	Fehlende Provisionsverluste.....	65
b)	Andere Billigkeitsgründe.....	70
aa.	Umstände bei der Vertragsbeendigung.....	71
bb.	Vertragswidriges Verhalten des Vertreters, insbesondere Konkurrenztätigkeit	72
cc.	Dauer der Vertretertätigkeit	73
dd.	Ausgeprägte Werbetätigkeit des Unternehmers.....	74
ee.	Sogwirkung der Marke	75
ff.	Abspringen alter Kunden & Konjunkturschwankungen	79
D.	Grundsätzliches zur Höhe	80
V.	Analoge Anwendung von § 24 HVertrG.....	83
A.	Die analoge Anwendung aus rechtsdogmatischer Sicht.....	83
1.	Direkte Anwendung von § 24 HVertrG	83
2.	Analoge Anwendung von § 24 HVertrG	84
a)	Die Regelungslücke als Voraussetzung der Analogie	84
b)	Der „vergleichbare“ Tatbestand	85
B.	Der analoge Ausgleichsanspruch aus europarechtlicher Sicht	87
1.	Die Streichung der Angehörigen „anderer Berufe“	88
2.	Die „entsprechende“ Anwendung.....	91
3.	Exkurs: Die richtlinienkonforme Auslegung im Rahmen der Analogie	93
C.	Zwischenfazit.....	95
D.	Entwicklung der Analogie	96
E.	Aktueller Stand	98
1.	Pflicht zur Überlassung des Kundenstamms.....	100
2.	Die Einbindung in die Absatzorganisation als Hauptkriterium der Analogie.....	102
3.	Die einzelnen Kriterien der Einbindung in die Absatzorganisation.....	103
a)	Produkt- und vertriebsbezogene Verpflichtungen.....	103
aa.	Verpflichtung zur Absatzförderung und Warenabnahme.....	103
bb.	Mindestabnahmeverpflichtung; Pflicht zur Unterhaltung einer leistungsfähigen Verkaufs- und Serviceorganisation sowie eines (Mindest-)Lagers	105
cc.	Pflicht zur Beteiligung an der Einführung neuer Modelle	106
dd.	Pflicht zur Beteiligung an der Werbung.....	107
b)	Kontrollrechte des Franchisegebers.....	109
aa.	Benachrichtigungs- und Mitteilungspflicht	109
bb.	Kontroll- und Bucheinsichtsrecht	110
cc.	Zutrittsrecht zu den Geschäftsräumlichkeiten	112
dd.	Weisungsrecht.....	114
c)	Wettbewerbsverbot – Keine Führung von Konkurrenzprodukten	118
d)	Zuweisung eines Vertragsgebiets, wenn auch ohne Gebietsschutz	123
F.	Zwischenfazit.....	125
G.	Grundsätzliches zur Höhe.....	126

VI. Der Ausgleichsanspruch in ausgewählten europäischen Ländern	128
A. Einführung	128
B. Schweiz	129
1. Der Kundschaftsentschädigungsanspruch gemäß Art 418u OR	129
a) Rechtsnatur	129
b) Formelle Voraussetzungen	130
c) Materielle Voraussetzungen	131
aa. Kundenwerbung	131
bb. Mitursächlichkeit	132
cc. Unternehmervorteile	133
dd. Billigkeit	134
d) Grundsätzliches zur Höhe	135
2. Schweizerische Definition von Franchising und Vertragshandel	137
3. Analoge Anwendung auf andere Vertriebsmittler	138
a) Entwicklung der Rechtsprechung	138
b) Aktueller Stand der Rechtsprechung	140
c) Meinungen in der Literatur	141
d) Übertragung der Kundschaft	143
e) Beweislast	144
f) Unabdingbarkeit	144
g) Grundsätzliches zur Höhe	146
4. Fazit	146
C. Spanien	149
1. Der Ausgleichsanspruch gemäß Art 28 LCA	149
a) Anspruchsvoraussetzungen	149
b) Beweislast und Unabdingbarkeit	150
c) Grundsätzliches zur Höhe	150
d) Exkurs: Schadenersatz wegen rechtsmissbräuchlicher Kündigung	151
e) Exkurs: Schadenersatz wegen nicht amortisierter Investitionen (Art 29 LCA)	151
2. Analoge Anwendung auf andere Vertriebsmittler	152
a) Entwicklung und aktueller Stand der Rsp	154
b) Meinungen in der Literatur	156
c) Anspruchsvoraussetzungen	158
d) Beweislast	159
e) Unabdingbarkeit	159
f) Grundsätzliches zur Höhe	160
3. Fazit	160
D. Frankreich	162
1. In Frankreich übliche Vertretertypen	162
a) V.R.P. (Voyageur-Représentant-Placier)	162
b) Agent Commercial	164
c) Abgrenzung des Agent Commercial vom V.R.P.	164
2. Die Rechtslage in Frankreich vor der HV-RL	165
a) Die Rechtslage vor dem décret vom 23.12.1958	165
b) Die Rechtslage nach dem décret vom 23.12.1958	166
c) Die Umsetzung von Art 17 Abs 3 HV-RL in das französische Recht	167
3. Der Ausgleichsanspruch des V.R.P. gemäß Art L 751-9 Code du Travail	169
4. Die Kundschaftsentschädigung des Agent Commercial gemäß Article L 134-12 Code de Commerce	171
a) Formelle Voraussetzungen	171
b) Materielle Voraussetzungen	173
c) Billigkeit	173
d) Übertragung der Kundschaft	173
e) Beweislast	174
f) Unabdingbarkeit	174
g) Grundsätzliches zur Höhe	175
5. Analoge Anwendung auf andere Vertriebsmittler	176
a) Analoge Anwendung der Regelungen des V.R.P.	177

b)	Analoge Anwendung der Regelungen des Agent Commercial	178
c)	Alternative Anspruchsgrundlagen für eine Kundschaftsentschädigung des französischen Franchisenehmers	181
aa.	Kundschaftsentschädigung aufgrund des Mandat d'intérêt commun.....	181
bb.	Kundschaftsentschädigung bei irregulärer Vertragsbeendigung.....	183
(i)	„Indemnité de Rupture Brusque“	183
(ii)	„Indemnité de Rupture Abusive“	186
(iii)	Exkurs: Die verschiedenen Tatbestände der Vertragsbeendigung	187
cc.	Kundschaftsentschädigung aufgrund ungerechtfertigter Bereicherung	188
dd.	Kundschaftsentschädigung als Gegenleistung für den „fonds de commerce“	189
ee.	Kundschaftsentschädigung nach Billigkeitsgesichtspunkten.....	189
ff.	Kundschaftsentschädigung nach französischem Geschäftsraummietrecht.....	190
6.	Fazit	194
VII. Ergebnisse		196
Zusammenfassung.....		202
Abstract.....		203
Curriculum Vitae.....		204

Abkürzungsverzeichnis

aA	andere, -r Ansicht
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch JGS 946
ABl	Amtsblatt (der EU)
Abs	Absatz
aF	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AngG	Angestelltengesetz BGBl 292/1921
Anm	Anmerkung
AnwBl	(dt) Anwaltsblatt
Arb	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz (dt)
ARD	Aktuelles Recht zum Diensverhältnis (Zeitschrift)
arg	argumento (folgt aus)
Art	Artikel
ASGG	Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz
AWD-BB	Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters
BAG	(dt) Bundesarbeitsgericht
BB	Der Betriebsberater (dt)
BeckRS	Beck Rechtsprechung
BG	Bundesgesetz
BGB	(dt) Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH	(dt) Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BlgNR	Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrats
bzgl	bezüglich
bzw	beziehungsweise
ca	circa
CC	Code Civil (franz bürgerliches Gesetzbuch)
CCiv	Código Civil (span bürgerliches Gesetzbuch)
CCom	Code de Commerce (franz Unternehmensgesetzbuch)
CTrav	Code du Travail (franz Arbeitsgesetzbuch)
d	deutsche, -r (insb vor Abkürzungen)
DB	Der Betrieb (Zeitschrift, dt)
dBGBI	dt Bundesgesetzblatt
ders	derselbe
dies	dieselbe
dh	das heißt
DHG	Dienstnehmerhaftpflichtgesetz
dt	deutsche, -r
EB	Erläuternde Bemerkungen

EBLR	European Business Law Review
EG	Europäische Gemeinschaft
Erl	Erläuterung
Erläut	Erläuterung
Erw	Erwägung
etc	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
eur	europäisch, -e, es, -em, -en
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen in der Österreichischen Juristenzeitung
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (dt)
f	folgende
ff	fortfolgende
FN	Fußnote
FS	Festschrift
franz	französisch, -e, -en, -es, -r
G	Gesetz
gem	gemäß
GesZR	Der Gesellschafter (Zeitschrift, dt)
GFVO	Gruppenfreistellungsverordnung
GH	Geschäftsherr, -n
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GP	Gesetzgebungsperiode
grds	grundsätzlich
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (dt)
h	herrschend, -e, -en
HGB	Handelsgesetzbuch RGBI 1897/219
hA	herrschende Ansicht
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
HV	Handelsvertreter, -s
HVertrG	Handelsvertretergesetz BGBl 88/1993
HVG	Handelsvertretergesetz BGBl 348/1921 (aufgehoben durch BGBl 262/1996)
HV-RL	Handelsvertreter-Richtlinie (86/653/EWG)
HVR	Handelsvertreterrecht, Entscheidungen und Gutachten, herausgegeben vom Forschungsverband für den Handelsvertreter- und Handelsmaklerberuf (dt)
HVuHM	Der Handelsvertreter und Handelsmakler (Zeitschrift, dt)
idR	in der Regel
ieS	im engeren Sinn, im eigentlichen Sinn
IHR	Internationales Handelsrecht, Zeitschrift für das Recht des internationalen Warenkaufs und -vertriebs, München
iHv	in der Höhe von

insb	insbesondere
iS	im Sinne
iSd	im Sinne des (der)
iVm	in Verbindung mit
JBl	Juristische Blätter
Jud	Judikatur
KautSchG	Kautionsschutzgesetz
KG	Kommanditgesellschaft
LCA	Ley del Contrato de Agencia (span HVertrG)
lit	litera, Buchstabe
Lit	Literatur
lt	laut
MaklerG	Maklergesetz BGBI 262/1996
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
mE	meines Erachtens
mwN	mit weiteren Nachweisen
No	Number
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr	Nummer
NR	Nationalrat
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (Deutschland)
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (Deutschland)
oÄ	oder Ähnliches
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
öL	österreichische Lehre
österr	österreichisch, -e, -en, - es
OGH	Oberster Gerichtshof
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OR	(schweizerisches) Obligationenrecht
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft
RIS	Rechtsinformationssystem des Bundeskanzleramtes (www.ris.bka.gv.at)
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft (dt)
RL	Richtlinie
RS	Rechtssatz
Rsp	Rechtsprechung
RV	Regierungsvorlage
Rz	Randzahl / Randziffer
SemJud	La Semaine Judiciaire (Genève 1879, Schweiz)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung

sog	sogenannte, -r, -s
span	spanisch, -e, -es, -em, -en
st	ständige
str	strittig
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht
ua	unter anderem
unveröff	unveröffentlicht
USt	Umsatzsteuer
usw	und so weiter
uU	unter Umständen
VersR	Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht (dt)
VersVerm	Versicherungsvermittlung (Zeitschrift, dt)
vgl	vergleiche
V-GVO	Verordnung Nr 330/2010 der Kommission vom 20.04.2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl EG 23.04.2010, L 102/1
V.R.P.	Voyageur-Représentant-Placier
WBl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (dt)
Z	Ziffer, Zahl
zB	zum Beispiel
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung

Literaturverzeichnis

Aufsätze

Aicher, Anm zu OGH 29.11.1989, 1 Ob 692/89, WBl 1990, 152

Baudenbacher, Anspruch auf Kundschaftsentschädigung bei gesetzlich nicht geregelten Absatzmittlungsverträgen?, in *Innominatverträge*, Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schluep, Zürich 1988

–, Zum Kundschaftsentschädigungsanspruch des Agenten im schweizerischen Recht – Rechtsvergleichende Betrachtungen unter Berücksichtigung des deutschen Rechts, JZ 1989, 919

Bauder, Zur Selbständigkeit des Franchise-Nehmers, NJW 1989, 78

Bechtold, Ausgleichsansprüche für Eigenhändler dargestellt am Beispiel des Automobilvertriebs, NJW 1983, 1393

Bechtold, Rechtstatsachen zum Ausgleichsanspruch des Automobil-Händlers, BB 1984, 1262

Beltz, Der brutale Abbruch einer bestehenden Handelsbeziehung im französischen Recht, RIW 2010, 209

Benedick/Bottini, Die Kundschaftsentschädigung beim Alleinvertriebsvertrag, Jusletter vom 03.11.2008 (jusletter.weblaw.ch)

Brémont, Compensating a Commercial Agent in the UK: Have Equitable Principles Been Displaced by Political Pragmatism?, EBLR 1995, 123

Canaris, Die richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung, 47, in *Koziol/Rummel* (Hrsg), FS Bydlinski – Im Dienste der Gerechtigkeit (2002), Wien

Ebner, Die Berechnung des Ausgleichsanspruchs der Tankstellenpächter, RdW 2008, 385

Eckert, Die analoge Anwendung des Ausgleichsanspruchs nach § 89b HGB auf Vertragshändler und Franchisenehmer, WM 1991, 1237

Emde, Handelsvertreterrecht – (Buchbesprechung von Hopt, Handelsvertreterrecht⁴), NJW 2010, 667

Flohr, Sicherstellung der Selbständigkeit des Franchise-Nehmers – Überlegungen zur Vertragsgestaltung, Bulletin des Direktvertriebs 1999 (Bulletin 01/April), 17

Fountoulakis, Zur Kundschaftsentschädigung bei Beendigung eines Alleinvertriebsvertrags (Vertragshändlervertrags), Anmerkungen zu BGE 4A_61/2008 vom 22.5.2008, recht 2008, 221

Gebauer, Umsetzungsprobleme von EG-Richtlinien und ihre Lösung, AnwBl 2007, 314

Genzow/Huhtamäki/Knöbl, Neue Wege im Vertragshändlerrecht, RdW 2009, 73

Von Gamm, Die neuere Rechtsprechung des BGH zum Handelsvertreterrecht, NJW 1979, 2489

Giesler, Der Franchisegeber als Vermieter des Franchisenehmers, NZM 2001, 658

Haager, Die Entwicklung des Franchiserechts in den Jahren 1997 und 1998, NJW 1999, 2081

–, Die Entwicklung des Franchiserechts seit dem Jahre 2002, NJW 2005, 3394

- Habscheid*, Das Ausgleichsrecht des Handelsvertreters, FS zum 70. Geburtstag von Walter Schmidt-Rimpler (Karlsruhe 1957), 335
- Hiestand*, Die international-privatrechtliche Beurteilung von Franchiseverträgen ohne Rechtswahlklausel, RIW 1993, 173
- Hirtzberger*, Der Prognosezeitraum bei Berechnung des Ausgleichsanspruchs des Handelsvertreters, RdW 2003, 243
- Hohenecker*, § 454 HGB: Investitionersatz in Vertriebssystemen, RdW 2004, 8
- Jahn*, Lizenz-Franchising, GesZR 1983, 86
- Jud*, Die Grenzen der richtlinienkonformen Interpretation, ÖJZ 2003, 521
- Kessel*, Neues Handelsvertreterrecht in Großbritannien, RIW 1994, 562
- Kiene*, Der Verkauf einer Handelsvertretung, NJW 2006, 2007
- , Vertriebsrecht in Frankreich, RIW 2007, 287
- Klima*, Die Umsetzung der Richtlinie des Rats der EG über das Recht der Handelsvertreter in das nationale französische Recht, RIW 1991, 712
- Knöbl*, Ausgleichsanspruch des Kfz-Händlers: HVertrG oder ABGB?, ÖJZ 2006/11, 148
- Kocher*, Analoge Anwendung des Handelsvertreterrechts auf Vertragshändler in Europa – Rechtsvergleich und internationales Privatrecht, RIW 2003, 512
- Köhler*, Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers: Bestehen, Bemessung, Abwälzung, NJW 1990, 1689
- Küstner*, Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters und Altersversorgungsleistungen, BB 1994, 1590
- , Die Statusproblematik im Handelsvertreterrecht, Bulletin des Direktvertriebs 1999 (Bulletin 01/April), 5
- , Neues Handelsvertreterrecht in Österreich, RdW 1994, 390
- Liebscher*, Die analoge Anwendung von § 25 HVG auf Franchiseverträge, WBl 1992, 105
- Lindner/ Palau*, Beendigungsansprüche des Vertragshändlers aus der Kündigung eines Vertragshändlervertrags nach spanischem Recht, RIW 2006, 418
- Meyer/Koesling*, Die neuere Rechtsprechung des Spanischen Tribunal Supremo zur Beendigung von Vertragshändlerverträgen, RIW 1998, 22
- Meyer-Marsilius*, Kein Ausgleichsanspruch für Eigenhändler nach schweizerischem Recht (Anm zu BGE 15.05.1962, 88 II 169), AWD-BB 1962, 261
- Müller*, Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters nach § 89b I 2 HGB wegen erweiterter Altkundenbeziehung auch bei Umsatzrückgang?, NJW 1997, 3423
- Müller-Feldhammer*, Der Ausgleichsanspruch des Vertragshändlers im deutsch-schweizerischen Handelsverkehr, RIW 1994, 926
- Naderhirn*, Probleme im Zusammenhang mit der Höchstgrenze des Ausgleichsanspruchs des Handelsvertreters, RdW 2002, 226
- Nocker*, Ausgleichsanspruch des Kfz-Vertragshändlers – Warum Original-Ersatzteile bei der Berechnung des Ausgleichs des Kfz-Vertragshändlers doch zu berücksichtigen sind, ÖJZ 2003, 701
- , Das Handelsvertreterrecht in Österreich, IHR 2007, 45
- , Die „Provisionsverluste“ des (Kfz-)Vertragshändlers nach § 24 HVertrG, ecolex 2003, 828
- , Zur Höchstgrenze des Ausgleichsanspruchs nach § 24 HVertrG – Replik zu Naderhirn, RdW 2002/217, ecolex 2002, 656

Ostendorf, Grenzen der analogen Anwendung von § 89b HGB auf Händler außerhalb des Kfz-Vertriebs, MDR 2008, 1377

Petsche, Investitionersatz in vertikalen Vertriebsbindungen, ecolex 2004, 95 ff
Prasse, Der Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers, MDR 2008, 122

Rittner, Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters und die jüngste BGH-Rechtsprechung, DB 1998, 457
Rühl, Der nachvertragliche Entschädigungsanspruch des französischen Handelsvertreters, RIW 2007, 742

Sánchez, Emilio J. Lázaro, El Contrato de Franquicia (Aspectos Basicos), Anales de Derecho (Universidad de Murcia), 18/2000
Sánchez, María Rosa Tapia, Aportación de nuevos clientes o incremento sensible de las operaciones como presupuesto de la indemnización por clientela en los contratos de distribución (ohne Jahr; zu finden unter <http://institutomercadoycompetencia.com/publicaciones/indemnizacionrosa.pdf>)
Schacherreiter, Judith, Bellt der Hund, um vor dem Einbrecher zu warnen? – Funktionalität in Rechtsvergleichung und –angleichung am Beispiel des Ausgleichsanspruchs des Handelsvertreters, juridikum 2004, 92
Skaupy, Das „Franchising“ als zeitgerechte Vertriebskonzepetion, DB 1982, 2447
Schlemmer, Der Franchisevertrag, RdW 1984, 298
Schmitz, Handelsvertreterausgleichsansprüche bei Asset Deals, ZIP 2003, 59
Schreiter, Zur Ausgleichsentschädigung des Handelsvertreters nach französischem Recht, AWD-BB 1962, 176

Thouvenin, Das Agenturvertragsrecht in der Schweiz, IHR 2007, 191
Thume, Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters gem. § 89b HGB im Lichte der Europäischen Union, BB 2004, 2473 (2474 f)
–, Der neue § 89b Abs. 1 HGB und seine Folgen, BB 2009, 2490
–, Die Bedeutung des Kundenstamms im Vertriebsrecht, BB 2009, 1026

Urlus, Commercial Agents: Opting Out - The UK Approach, EBLR 1996, 87

Veltins, Zur analogen Anwendung von § 89b HGB auf den Ausgleichsanspruch des Eigenhändlers, NJW 1984, 2063
Vetsch/Caspar, Die Kundschaftsentschädigung in Vertriebssystemen – Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4A_61/2008 (BGE 134 III 497) vom 22. Mai 2008 i.S. X und Y (Beschwerdeführer) gegen Z SA (Beschwerdegegnerin), SZW 2009, 79
Viehböck, Der Ausgleichsanspruch nach dem neuen Handelsvertretergesetz, ecolex 1993, 221
Vogel/Vogel, Ein neues Risiko für den Vertrieb in Frankreich: Unlösbare Vertragsbeziehungen, RIW 1992, 795
–, Neue Verpflichtungen für deutsche Vertriebsfirmen in Frankreich – Das Gesetz „Doubin“ vom 31.12.1989, RIW 1991, 801

Wank, Die „neue Selbstständigkeit“, DB 1992, 90
Wauschkuhn/Teichmann, Der Investitionersatz des Vertragshändlers im europäischen Vergleich, RIW 2009, 614

Weltrich, Zur Abgrenzung von Franchise- und Arbeitsvertrag (Zugleich Besprechung von LAG Düsseldorf, Beschluß vom 20. 10. 1987, DB 1988 S. 293 ff.), DB 1988, 806
Westphalen, Graf von, Die analoge Anwendbarkeit von § 89b HGB auf Vertragshändler unter besondere Berücksichtigung spezifischer Gestaltungen der Kfz-Branche, DB 1984, Beilage Nr 24/84 zu Heft Nr 47
Wilhelm, Ulrich B., Britisches Handelsvertreterrecht nach der Umsetzung der Handelsvertreter-Richtlinie, EuZW 1994, 178
Wollmann, Zur Bemessungsgrundlage für den Ausgleichsanspruch des Kfz-Vertragshändlers, ecolex 2004, 596

Zilles, Auflösung von Konzessionsverträgen auf unbestimmte Zeit in Frankreich, RIW 1993, 716

Sonstiges Schrifttum

Adamovic, Handbuch zum ASG-Verfahren (2010), Wien

Baumbach/Hopt, Handelsgesetzbuch³³ (2008), München (zitiert: *Hopt* in *Baumbach/Hopt*, HGB³³)
 –, Handelsgesetzbuch³⁴ (2010), München (zitiert: *Hopt* in *Baumbach/Hopt*, HGB³⁴)
Bogaert/Lohmann, Commercial Agency and Distribution Agreements – Law and Practice in the Member States of the European Union³ (2000), London
Breiter, Praxisleitfaden Handelsvertreterrecht und Vertragshändlerrecht² (2006), Wien
Bühler, Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht (2004), Zürich
Bydlinski, Franz, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991), Wien (zitiert: *F. Bydlinski*, Methodenlehre²)

Canaris, Handelsrecht²⁴ (2006), München

Detzer/Zwernemann, Ausländisches Recht der Handelsvertreter und Vertragshändler – Das Recht von über 180 Staaten und Territorien (1997), Heidelberg
 Deutscher Franchise-Verband e.V., Jahrbuch Franchising 2002/2003, Frankfurt
Dittrich/Tades, Arbeitsrecht – Kommentar online (Stand März 2011), Wien

Ebenroth/Boujong/Joost, Handelsgesetzbuch¹ (2001), München (zitiert: *Löwisch* in *E/B/J*, HGB¹ (2010))
Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, Handelsgesetzbuch² (2008), München (zitiert: *Bearbeiter* in *E/B/J/S*, HGB²)
Ebneter, Der Franchise-Vertrag - Unter besonderer Berücksichtigung der Inhaltskontrolle vorformulierter Verträge (1997), Zürich
Ekkenga, Inhaltskontrolle von Franchise-Verträgen (1990), Heidelberg
Ensthaller, Gemeinschaftskommentar zum Handelsgesetzbuch mit UN-Kaufrecht⁷ (2007), Neuwied (zitiert: *Bearbeiter* in *Ensthaller*, KommHGB⁷ (2007))

Feil, Handelsvertretergesetz 1993 (1993), Eisenstadt
Flohr/Gramlich, Aktuelle Aspekte des Franchising im In- und Ausland (2009), Chemnitz
Flohr/Petsche, Franchiserecht² – Deutschland und Österreich (2008), Münster
Fock, Die europäische Handelsvertreter-Richtlinie (2001), Baden-Baden (zitiert: *Fock*, Die europäische HV-RL)

- Foth*, Der Ausgleichsanspruch des Vertragshändlers (1985), Berlin
- Grohmann*, Die Praxis des Franchising² (1999), Wien (zitiert: *Grohmann*, Franchising²)
- Hartmann, J.E.*, Vertriebsverträge im internationalen Kontext (2007), Zürich
- Herrfeld*, Die Abhängigkeit des Franchisenehmers (1998), Wiesbaden
- Herrmann, C.*, Richtlinienumsetzung durch die Rechtsprechung (2003), Berlin
- Hesselink/Rutgers/Díaz/Scotton/Veldman*, Principles of European Law (Study Group on a European Civil Code) – Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts (2006), Bern
- Hörtl*, Die Lückenfüllung der klassisch-europäischen Kodifikationen – Zur Analogie im ALR, Code Civil und ABGB (2005), Wien
- Hoffer*, Kartellgesetz – Kommentar (2007), Wien
- Hopt*, Handelsvertreterrecht³ (2003), München
- , Handelsvertreterrecht⁴ (2009), München
- Huber*, Der Ausgleichsanspruch des Vertragshändlers nach österreichischem Recht (1988), Wien
- Hümmerich/Boecken/Düwell*, Anwaltskommentar - Arbeitsrecht (2008), Bonn
- Immenga/Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht (1997-2001), München
- Jabornegg*, Handelsvertreterrecht und Maklerrecht (1987), Wien (zitiert: *Jabornegg*, HVG (1987))
- Klamert*, Die richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts (2001), Wien
- Koller/Roth/Morck*, Handelsgesetzbuch⁶ (2007), München (zitiert: *Bearbeiter in K/R/M*, HGB⁶ (2007))
- Kramer, Ernst A.*, Neue Vertragsformen der Wirtschaft²: Leasing, Factoring, Franchising (1992), Bern/Wien
- Krejci*, Handelsrecht³ (2005), Wien
- Kucsko*, Österreichisches und europäisches Wettbewerbs-, Marken-, Muster- und Patentrecht⁴ (1995), Wien
- Küstner/Thume*, Handbuch des gesamten Außendienstrechts II⁸ (2008) – Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters, Frankfurt a.M. (zitiert: *Bearbeiter in Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸)
- , Handbuch des gesamten Außendienstrechts III³ (2009) – Vertriebsrecht, Frankfurt a.M. (zitiert: *Bearbeiter in Küstner/Thume*, Außendienstrecht III³)
- Kull/Wildhaber*, Schweizer Vertriebsrecht – Ein Handbuch für Praktiker – Unter besonderer Berücksichtigung des Agentur-, Alleinvertriebs- und Franchisevertrags (2008), Zürich
- Langer*, Aktuelles Wirtschaftsrecht in Frankreich (1994), Bielefeld
- Leiss*, Der Anspruch des Agenten auf Entschädigung für die Kundschaft in rechtsvergleichender Darstellung (1965), Zürich
- Liebscher/Heinrich/Petsche*, Vertriebsverträge² (2001), Wien
- Liebscher/Petsche*, Franchising in Österreich² (2002), Wien
- Martinek*, Aktuelle Fragen des Vertriebsrechts³ (1991), Köln
- , Franchising (1987), Heidelberg

- , *Moderne Vertragstypen, Band II: Franchising, Know-how-Verträge, Management- und Consultingverträge* (1999), München
- Martinek/Semler*, *Handbuch des Vertriebsrechts* (1996), München
- Mesnooh*, *Law and Business in France – A Guide to French Commercial and Corporate Law* (1994), Dordrecht (NL)
- Meyer, Christian Alexander*, *Der Alleinvertrieb*² (1992), St. Gallen (CH)
- M. Mohr*, *Der Franchisevertrag* (1999), Wien
- Möller*, *Recht und Wirklichkeit der Versicherungsvermittlung* (ohne Jahr, ca. 1945), Hamburg.
- Münchener Kommentar zum HGB, 1. Buch, §§ 1-104, 2. Auflage (2005), München (zitiert: *Bearbeiter* in Münch-KommHGB²)
- Münchener Kommentar zum HGB, 1. Buch, §§ 1-104a, 3. Auflage (2010), München (zitiert: *Bearbeiter* in Münch-KommHGB³)
- Nocker*, *Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters, Vertragshändlers und Franchisenehmers* (2001), Wien (zitiert: *Nocker*, *Ausgleichsanspruch*)
- , *Der Ausgleichsanspruch des Kfz-Vertragshändlers* (2003), Wien
- , *Der Handelsvertretervertrag* (2000), Wien
- , *Kommentar zum HVertrG* (2008), (zitiert: *Nocker*, *HVertrG*), Wien
- Paetzold*, *Ausgleichsanspruch des Vertragshändlers nach deutschem und schweizerischem Recht*² (2006), Zürich
- Petsche/Petsche-Demmel*, *Handelsvertretergesetz – Praxiskommentar* (2008), Wien (zitiert: *Petsche/Petsche-Demmel*, *HVertrG*)
- Petsche/Urlesberger/Vartian*, *Kartellgesetz 2005 - Kurzkomentar* (2007), Wien (zitiert: *Petsche/Urlesberger/Vartian*, *KartG 2005* (2007))
- Rafsendjani*, *Der Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers – Ein Vergleich des deutschen, französischen und US-amerikanischen Franchiserechts* (1999), Frankfurt
- Reidlinger/Hartung*, *Das österreichische Kartellrecht*² (2008), Wien
- Riesenhuber*, *Europäische Methodenlehre*² – *Handbuch für Ausbildung und Praxis* (2010), Berlin/New York
- Saenger*, *Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters bei Eigenkündigung* (1997), Stuttgart
- Saenger/Aderhold/Lenkaitis/Speckmann*, *Handels- und Gesellschaftsrecht – Praxishandbuch* (2008), Baden-Baden (zitiert: *Bearbeiter* in *S/A/L/S*)
- Saenger/Schulze*, *Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters – Beispiel für die Fortentwicklung angeglichenen europäischen Rechts* (2000), Baden-Baden
- Schacherreiter, Judith*, *Das Franchise-Paradox - Hybride Arrangements zwischen Markt und Hierarchie im materiellen und im Kollisionsrecht* (2006), Tübingen
- Schmidt, Ingo*, *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht*⁸ (2005), Stuttgart
- Schmidt, Karsten*, *Handelsrecht*⁴ (1994), Köln
- , *Handelsrecht*⁵ (1999), Köln
- Schön, Hans Gerhart*, *Die Vertragshändlerabrede* (1968), Münster
- Schönherr, Fritz*, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Grundriß Allgemeiner Teil* (1982), Wien
- Schweitzer/Hummer/Obwexer*, *Europarecht – Das Recht der Europäischen Union* (2007), Wien

- Sonnenberger/Dammann*, Französisches Handels- und Wirtschaftsrecht³ (2008), Heidelberg.
- Staub*, Großkommentar zum HGB I⁴ (2004), Band 1 §§ 1-104, Berlin (zitiert: *Bearbeiter in Staub*, Großkomm HGB I⁴)
- , Großkommentar zum HGB II⁵ (2008), Band 2 §§ 48-104, Berlin (zitiert *Bearbeiter in Staub*, Großkomm HGB II⁵)
- Stein-Wigger*, Die Beendigung des Franchisevertrages – Eine rechtsvergleichende Studie unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen, deutschen und amerikanischen Rechts (1999), Basel
- Straube*, Kommentar zum Handelsgesetzbuch³ online (Stand 2003), Wien
- De Theux*, Le statut européen de l’agent commercial – Approche critique de droit comparé (1992), Bruxelles
- Tomandl*, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages in rechtsvergleichender und rechtspolitischer Sicht (1971), Wien
- Tschuk*, Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters (1994), Wien
- Ulmer*, Der Vertragshändler – Tatsachen und Rechtsfragen kaufmännischer Geschäftsbesorgung beim Absatz von Markenwaren (1969), München
- Vogel, Bernhard*, Der Franchise-Vertrag – Wettbewerbliche Behandlung typischer Bindungen nach Schweizer Kartellrecht (2006), Zürich
- Wachter*, Wesensmerkmale der arbeitnehmerähnlichen Person (1980), Berlin
- Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ (2007), Wien
- Weilinger/Weilinger*, Handelsvertretergesetz 1993 (1993), Wien
- Westphal*, Vertriebsrecht I – Handelsvertreter (1998), Düsseldorf
- Westphalen, Graf von*, Handbuch des Handelsvertreterrechts in EU-Staaten und der Schweiz (1995), Köln (zitiert: *Bearbeiter in Graf von Westphalen*, Handbuch des Handelsvertreterrechts)
- Wyniger*, Vom Alleinverkaufsvertrag, insbesondere im internationalen Privatrecht der Schweiz (1963), Winterthur

Judikaturverzeichnis

Judikatur Österreich

Österreichische Judikatur ohne angegebene Fundstellen finden Sie im RIS:
www.ris.bka.gv.at

Oberster Gerichtshof – Urteile

OGH 08.11.1927, 3 Ob 1051/27, SZ 9/202
OGH 24.10.1973, 5 Ob 157/73
OGH 16.09.1975, 3 Ob 134/75
OGH 21.04.1982, 1 Ob 778/81
OGH 16.09.1985, 1 Ob 659/85
OGH 13.05.1986, 14 Ob 64/86
OGH 09.10.1986, 6 Ob 506/85
OGH 09.11.1989, 7 Ob 696/89
OGH 29.11.1989, 1 Ob 692/89, WBl 1990, 152 (Anm Aicher)
OGH 11.10.1990, 6 Ob 644/90
OGH 10.04.1991, 9 ObA 8/91 (9 ObA 9/91)
OGH 27.04.1994, 7 Ob 550/94
OGH 13.07.1994, 9 ObA 103/94
OGH 30.09.1996, 6 Ob 2072/96s
OGH 17.08.1997, 9 ObA 207/97z
OGH 14.10.1997, 1 Ob 210/97g
OGH 17.12.1997, 9 Ob 2065/96h
OGH 30.06.1998, 1 Ob 342/97v
OGH 29.10.1998, 2 Ob 275/98z
OGH 11.11.1998, 3 Ob 244/98y
OGH 24.11.1998, 1 Ob 251/98p
OGH 30.03.1999, 10 Ob 61/99
OGH 27.04.1999, 4 Ob 79/99t
OGH 25.08.1999, 3 Ob 10/98m
OGH 09.09.1999, 8 Ob 183/99s
OGH 25.01.2000, 1 Ob 359/99x
OGH 26.07.2000, 7 Ob 161/00b („Citroen II“)
OGH 15.09.2000, 7 Ob 328/99g
OGH 23.10.2000, 8 Ob 74/00s
OGH 14.12.2000, 6 Ob 260/00d
OGH 07.12.2001, 7 Ob 265/01y
OGH 28.03.2002, 8 ObA 290/01g
OGH 28.03.2002, 8 ObA 299/01f
OGH 09.04.2002, 4 Ob 54/02y („Ford“)
OGH 09.10.2002, 7 Ob 256/01z
OGH 26.11.2002, 1 Ob 238/02k
OGH 18.12.2002, 3 Ob 85/02z
OGH 20.02.2003, 6 Ob 170/02x
OGH 10.07.2003, 6 Ob 83/03d
OGH 10.07.2003, 6 Ob 104/03t
OGH 12.03.2004, 8 ObA 5/04z
OGH 26.05.2004, 9 ObA 2/04s
OGH 20.10.2005, 3 Ob 13/05s
OGH 03.11.2005, 6 Ob 204/05a
OGH 26.01.2006, 8 ObA 83/05x
OGH 09.08.2006, 4 Ob 65/06x
OGH 30.08.2006, 7 Ob 122/06a
OGH 31.01.2007, 8 Ob 4/07g
OGH 26.06.2007, 1 Ob 118/07w
OGH 01.04.2009, 9 ObA 24/08g
OGH 22.04.2009, 3 Ob 44/09f

OGH 05.05.2009, 1 Ob 10/09s
OGH 10.06.2009, 2 Ob 252/08k
OGH 27.01.2010, 7 Ob 255/09i (7 Ob 256/09m)
OGH 24.02.2010, 3 Ob 212/09m

Zweitinstanzliche Urteile

OLG Wien 08.09.1995, 10 Ra 65/95v, ARD 4727/20/96
OLG Wien 10.09.1998, 8 Ra 214/98v, ARD 5015/19/99
OLG Graz 12.06.2003, 2 R 78/03p

Rechtssätze

RIS-Justiz RG 0000034
RIS-Justiz RS 0018335
RIS-Justiz RS 0018368
RIS-Justiz RS 0018377
RIS-Justiz RS 0020919
RIS-Justiz RS 0037797
RIS-Justiz RS 0039930
RIS-Justiz RS 0050815
RIS-Justiz RS 0050842
RIS-Justiz RS 0050883
RIS-Justiz RS 0050886
RIS-Justiz RS 0062415
RIS-Justiz RS 0062511
RIS-Justiz RS 0062580
RIS-Justiz RS 0062612
RIS-Justiz RS 0062645
RIS-Justiz RS 0063252
RIS-Justiz RS 0063564
RIS-Justiz RS 0071381
RIS-Justiz RS 0071387
RIS-Justiz RS 0077392
RIS-Justiz RS 0085501
RIS-Justiz RS 0085762
RIS-Justiz RS 0108280
RIS-Justiz RS 0109281
RIS-Justiz RS 0109283
RIS-Justiz RS 0109607
RIS-Justiz RS 0109832
RIS-Justiz RS 0110369
RIS-Justiz RS 0111006
RIS-Justiz RS 0111007
RIS-Justiz RS 0112590
RIS-Justiz RS 0114266
RIS-Justiz RS 0116277
RIS-Justiz RS 0117310
RIS-Justiz RS 0118823
RIS-Justiz RS 0118824
RIS-Justiz RS 0121281
RIS-Justiz RS 0124101

Judikatur Deutschland

Bundesgerichtshof und Bundesarbeitsgericht - Urteile und Beschlüsse

BGH 13.05.1957, II ZR 318/56, NJW 1957, 1020 = BGHZ 24, 214 = BB 1957, 527 = NJW 1957, 1020 = VersR 1957, 358.
BGH 13.05.1957, II ZR 19/57, NJW 1957, 1028 = BGHZ 24, 223 = BB 1957, 528 = VersR 1957, 360.
BGH 02.10.1958, II ZR 113/57, NJW 1958, 1966 = BB 1958, 1108 = MDR 1958, 906 = VersR 1958, 761 = HVR Nr 183
BGH 11.12.1958, II ZR 73/57, NJW 1959, 144 = BGHZ 29, 83 = MDR 1959, 103 = VersR 1959, 558
BGH 05.02.1959, II ZR 107/57, NJW 1959, 878 = DB 1959, 317 = BB 1959, 317 = DB 1959, 345
BGH 04.05.1959, II ZR 81/57, NJW 1959, 1430 = BGHZ 30, 98, 100 = BB 1959, 574 = MDR 1959, 638 = VersR 1959, 427 = HVR Nr 218
BGH 29.06.1959, II ZR 99/58, NJW 1959, 1964 = DB 1959, 940 = BB 1959, 864 = VersR 1959, 692
BGH 25.04.1960, II ZR 130/58, NJW 1960, 1292
BGH 16.02.1961, VII ZR 239/59, BGHZ 34, 282 = NJW 1961, 662 = BB 1961, 265 = DB 1961, 335 = VersR 1961, 629 = MDR 1961, 405
BGH 23.02.1961, VII ZR 237/59, NJW 1961, 1059 = BB 1961, 381 = BGHZ 34, 310 = VersR 1961, 341
BGH 21.03.1963, VII ZR 95/61, VersR 1963, 556 = BeckRS 2010, 04764
BGH 12.06.1963, VII ZR 272/61, NJW 1963, 2068 = BGHZ 40, 13 = BB 1963, 917 = DB 1963, 1149 = VersR 1964, 61 = MDR 1963, 755 = LSK 1963, 849087
BGH 06.02.1964, VII ZR 100/62, NJW 1964, 915 = BGHZ 41, 129 = BB 1964, 328 = VersR 1964, 378 = HVR Nr 312 = HVuHM 1964, 644 = DB 1964, 400
BGH 18.06.1964, VII ZR 254/62, NJW 1964, 1621 = BGHZ 42, 59 = MDR 1964, 745 = BB 1964, 823 = DB 1964, 1022 = VersR 1964, 768
BGH 15.10.1964, VII ZR 150/62, NJW 1965, 248 = BB 1964, 1399 = DB 1964, 1733 = BGHZ 42, 244 = VersR 1964, 1267
BGH 15.02.1965, VII ZR 194/63, NJW 1965, 1134 = BB 1965, 395 = DB 1965, 509 = VersR 1965, 509 = BGHZ 43, 154
BGH 13.01.1966, VII ZR 9/64, NJW 1966, 882 = DB 1966, 375 = MDR 1966 495
BGH 30.06.1966, VII ZR 124/65, VersR 1966, 773 = BB 1966, 876 = DB 1966, 1231
BGH 14.11.1966, VII ZR 112/64, NJW 1967, 248 = BB 1966, 1410 = VersR 1966, 1182 = HVR Nr 356
BGH 09.11.1967, VII ZR 40/65, NJW 1968, 394 = BGHZ 49, 39 = DB 1968, 35 = BB 1968, 11
BGH 13.03.1969, VII ZR 174/66, NJW 1969, 1021 = BGHZ 52, 5 = BB 1969, 510 = DB 1969, 701 = VersR 1969, 463
BGH 13.03.1969, VII ZR 48/67, NJW 1969, 1023 = DB 1969, 700 = BB 1969, 460 = WM 1969, 600 = VersR 1969, 465
BGH 19.11.1970, VII ZR 47/69, NJW 1971, 462 = BB 1971, 105 = DB 1971, 185 = BGHZ 55, 45 = VersR 1971, 265
BGH 03.06.1971, VII ZR 23/70, NJW 1971, 1611 = DB 1971, 1298 = BB 1971, 843 = BGHZ 56, 242 = MDR 1971, 747 = WM 1971, 1000 = VersR 1971, 737
BGH 11.02.1977, I ZR 185/75, NJW 1977, 896 = BB 1977, 511 = DB 1977, 860 = WM 1977, 485 = MDR 1977, 554 = BGHZ 68, 341
BGH 15.12.1978, I ZR 59/77, NJW 1979, 651 = BB 1979, 288 = DB 1979, 544 = EBE 1979, 83 = HVuHM 1979, 470 = WM 1979, 329 = BGHZ 73, 99
BGH 27.02.1981, I ZR 39/79, DB 1981, 1772 = BeckRS 1981, 30386716
BGH 25.03.1982, I ZR 146/80, NJW 1982, 2819 = BB 1982, 2067 = DB 1982, 2293 = EBE 1982, 318 = MDR 1983, 109 = WPM 1982, 1125
BGH 14.04.1983, I ZR 20/81, NJW 1983, 2877 = DB 1983, 2412
BGH 01.12.1983, I ZR 181/81, NJW 1984, 2695 = LSK 1984, 470026
BGH 17.10.1984, I ZR 95/82, VersR 1985, 264 = HVR Nr 594 = VW 1985, 713 = BeckRS 1984, 30372660
BGH 25.10.1984, I ZR 104/82, NJW 1985, 859
BGH 26.11.1984, VIII ZR 214/83 („Opel“), NJW 1985, 623 = BB 1985, 218 = BGHZ 93, 23
BGH 06.02.1985, I ZR 175/82, NJW 1985, 3076 = BB 1985, 1084
BGH 20.06.1985, IX ZR 173/84, NJW 1985, 2528 = BGHZ 95, 94 = WM 1985, 1172
BGH 30.01.1986, I ZR 185/83, NJW 1986, 1931 = NJW-RR 1986, 1971
BGH 12.11.1986, I ZR 209/84, NJW-RR 1987, 612 = MDR 1987, 556 = DB 1987, 1039
BGH 02.07.1987, I ZR 188/85, NJW 1988, 261 = NJW-RR 1988, 42 = WM 1987, 1462
BGH 14.04.1988, I ZR 122/86, NJW 1989, 35 = NJW-RR 1989, 249
BGH 29.03.1990, I ZR 2/89, NJW 1990, 2889 = BB 1990, 1366 = DB 1990, 2264 = HVR Nr 693 = NJW-RR 1991, 105 = VersR 1993, 472 = WM 1990, 1496

BGH 11.10.1990, I ZR 32/89, NJW-RR 1991, 156 = DB 1990, 2592 = HVR Nr 691 = MDR 1991, 319 = WM 1991, 196
 BGH 31.01.1991, I ZR 142/89, NJW-RR 1991, 1050 = WM 1991, 1513 = BB 1991, 1210
 BGH 07.11.1991, I ZR 51/90, NJW-RR 1992, 421 = BB 1992, 596
 BGH 12.03.1992, I ZR 117/90, NJW-RR 1992, 1059 = BB 1992, 1162
 BGH 01.04.1992, IV ZR 154/91, NJW 1992, 2818 = BB 1992, 2178
 BGH 15.10.1992, I ZR 173/91, NJW-RR 1993, 221 = BB 1992, 2385 = MDR 1993, 224 = WM 1993, 392
 BGH 10.02.1993, VIII ZR 47/92, NJW-RR 1993, 678 = BB 1993, 2399
 BGH 29.04.1993, I ZR 150/91, NJW-RR 1993, 996 = BB 1993, 1213
 BGH 06.10.1993, VIII ZR 172/92, NJW 1994, 724 = WM 1994, 243 = DB 1993, 2526 = ZIP 1993, 1788 = NJW-RR 1994, 99 = BB 1993, 2401
 BGH 01.12.1993, VIII ZR 41/93, NJW 1994, 657 = BB 1994, 241
 BGH 27.03.1996, VIII ZR 116/95, NJW 1996, 1752 = BB 1996, 1026
 BGH 03.04.1996, VIII ZR 3/95, NJW 1996, 2097 = BB 1996, 1188
 BGH 17.04.1996, VIII ZR 5/95, NJW 1996, 2159 = BB 1996, 1458
 BGH 05.06.1996, VIII ZR 7/95, NJW 1996, 2302 = BB 1996, 2265
 BGH 11.12.1996, VIII ZR 22/96, NJW 1997, 655 = BB 1997, 222
 BGH 26.02.1997, VIII ZR 272/95, NJW 1997, 1503 = ZIP 1997, 841 = BGHZ 135, 14 = BB 1997, 852 = WM 1997, 1485 = DB 1997, 871 = VersR 1997, 741
 BAG Beschluss vom 16.07.1997, 5 AZB 29/96, NJW 1997, 2973 = BB 1997, 2220 und 2116 und 1591 = ZIP 1997, 1714 = NZA 1997, 1126 = DB 1997, 1524 = MDR 1997, 1127 = BAGE 86, 178
 BGH 23.07.1997, VIII ZR 130/96 („Benetton I“), NJW 1997, 3304 = BB 1997, 1860
 BGH 23.07.1997, VIII ZR 134/96 („Benetton II“), NJW 1997, 3309)
 BGH 06.08.1997, VIII ZR 92/96, NJW 1998, 71 = BB 1997, 2609 = HVR Nr 796 = ZIP 1998, 1839
 BGH 06.08.1997, VIII ZR 150/96, NJW 1998, 66 = BB 1997, 2607
 BGH Beschluss vom 04.11.1998, VIII ZB 12/98 („Eismann“), NJW 1999, 218 = BB 1999, 11
 BGH 15.09.1999, VII ZR 137/98, EWiR 2000, 237 (Anm *Emde*) = NJW-RR 2000, 109 = HVR Nr 922
 BGH 12.01.2000, VIII ZR 19/99, NJW 2000, 1413 = ZIP 2000, 540 = HVR 924 = DB 2000, 967
 BGH 10.07.2002, VIII ZR 58/00, NJW-RR 2002, 1548 = BB 2002, 2151 = VersR 2003, 242 = HVR Nr 1031
 BGH 10.07.2002, VIII ZR 158/01, WM 2003, 499 = VersR 2003, 767 = BeckRS 2002, 07283 = MDR 2002, 1379 = NJOZ 2002, 2481
 BGH 17.07.2002, VIII ZR 59/01, NJW-RR 2002, 1554 = BB 2002, 2036 = BeckRS 2002, 07084
 BGH 24.09.2002, KZR 10/01, NJW 2003, 347 = DB 2003, 500 = ZIP 2003, 126 = WM 2003, 211 = BB 2003, 175 = EWiR 2003, 311
 BGH 20.11.2002, VIII ZR 146/01, NJW 2003, 1241 = BB 2003, 330
 BGH 20.11.2002, VIII ZR 211/01, NJW-RR 2003, 1244 = BeckRS 2003, 00087
 BGH 12.02.2003, VIII ZR 130/01, NJW-RR 2003, 821 = WM 2003, 2095
 BGH 07.05.2003, VIII ZR 263/02, NJW-RR 2003, 1340 = WM 2003, 2107
 BGH 22.10.2003, VIII ZR 6/03, NJW-RR 2004, 898 = BB 2004, 461
 BGH 01.06.2005, VIII ZR 335/04, EWiR 2005, 799 (Anm *Küstner*) = NJW-RR 2005, 1274 = BeckRS 2005, 08603
 BGH 22.03.2006, VIII ZR 173/04, NJW-RR 2006 1328 = WM 2006, 1403
 BGH 28.06.2006, VIII ZR 350/04, NJW-RR 2006, 1692 = BB 2006, 1648 = WM 2006, 1919
 BGH 18.04.2007, VIII ZR 117/06, NJW-RR 2007, 1286
 BGH 13.06.2007, VIII ZR 352/04, NJW-RR 2007, 1327 = BGHR 2007, 930 = BB 2007, 1586
 BGH 12.09.2007, VIII ZR 194/06, BB 2007, 2475 = BeckRS 2007, 16956
 BGH 21.04.2010, VIII ZR 108/09, NJW-RR 2010, 1550 = BB 2010, 1685 = BeckRS 2010, 13559
 BGH 29.04.2010, I ZR 3/09 („JOOP“), GRUR 2010, 1107 (Anm *Imhof*) = DB 2010, 2331 = BeckRS 2010, 24778
 BGH 06.10.2010, VIII ZR 209/07, GWR 2010, 547 (Anm *Zanier-Link*) = ZIP 2010, 2350 = DB 2010, 2667 = MDR 2010, 1402
 BGH 06.10.2010, VIII ZR 210/07, GWR 2010, 573 (Anm *Eckhoff*) = DB 2010, 2496 = MDR 2010, 1402

Zweitinstanzliche Urteile

OLG Nürnberg 19.09.1957, 3 U 94/57, NJW 1957, 1720 = BB 1959, 317
OLG Hamburg 25.03.1958, 2 U 259/57, VersR 1958, 688
OLG Düsseldorf 30.10.1958, 8 U 57/58, NJW 1959, 104 = BB 1959, 8 = HVR Nr 192
OLG Karlsruhe 13.01.1960, IV ZR 235/59, BB 1960, 381 = DB 1960, 321
OLG Nürnberg, 22.09.1961, 1 U 103/60, BB 1962, 155
OLG Nürnberg 26.04.1963, BB 1963, 1313
OLG Celle 25.01.1968, 7 U 146/67, NJW 1968, 1141 = OLGZ 1968, 419 = BB 1969, 558 = HVR Nr 382
OLG Frankfurt 19.06.1972, BB 1973, 212 = HVR Nr. 458 = HVuHM 1972, 1264 = RVR 1973, 16
OLG München 05.08.1988, 23 U 2392/88, NJW-RR 1989, 163
LG Frankfurt 22.03.1989, 3/13 U 93/88, NJW-RR 1990, 1181
OLG München 10.02.1993, 7 U 3781/92, BB 1994, 533
OLG München, 22.09.1993, DB 1993, 2280
LG Frankfurt 19.11.1999, 3-8 O 28/99, EWIR 2004, 69
OLG Hamm 13.03.2000, 8 U 113/99, BeckRS 2000, 30100631 = NZG 2000, 1169
OLG Köln 26.01.2001, 19 U 113/00, NJW-RR 2002, 101 = BB 2001, 1601
OLG Dresden 27.09.2001, 19 U 881/01, BeckRS 2001, 30208730 = OLGR 2003, 298
OLG Celle 18.04.2002, 11 U 210/01, OLGR 2002, 262 = BeckRS 2002, 30254511
OLG München 26.06.2002, 7 U 5730/01, BB 2002, 2521 = BeckRS 2002, 30268497
OLG Saarbrücken 05.02.2003, 1 U 924/01-211, NJW-RR 2003, 900
OLG Frankfurt a.M. 09.02.2004, 5 U 284/03 = NJW-RR 2004, 1174
OLG Düsseldorf 12.03.2004, I-16 U 44/03, BeckRS 2004, 30340443 = OLGR 2004, 275
OLG Hamm 09.06.2004, 35 W 5/04, NJW-RR 2004, 154
OLG Celle 19.04.2007, 11 U 279/06, BB 2007, 1862 (Anm *Flohr*)
OLG Celle, Beschluss vom 04.06.2007, 11 U 293/06, BeckRS 2008, 06705 = OLGR 2008, 177
OLG Hamm 29.05.2008, 18 U 164/07, BeckRS 2008, 12192
OLG Bremen, Beschluss vom 01.07.2008, 2 W 21/08, BeckRS 2008, 17143 = OLGR 2008, 834
OLG Düsseldorf Beschluss vom 07.09.2009, I-16 U 62/08, GWR 2010, 57 (Anm *Eckhoff*) = BeckRS 2009, 89466

Judikatur EuGH

Die Judikatur des EuGH finden Sie in der Rechtsdatenbank der EU: <http://eur-lex.europa.eu/de/index.htm>

EuGH 28.01.1986, Rs 161/84 (*Pronuptia*)
EuGH 13.11.1990, Rs C-106/89 (*Marleasing*)
EuGH 26.03.2009, Rs C-348/07 (*Turgay Semen/Deutsche Tamoil GmbH*)

Judikatur Schweiz

Die entsprechenden Urteile des schweizerischen Bundesgerichts finden Sie zB unter http://www.servat.unibe.ch/dfr/dfr_bgec.html

HG Zürich 21.06.1957, (ohne Geschäftszahl), SJZ 53 (1957), 289

BGE 17.01.1952, 78 II 32
BGE 03.03.1958, 85 II 118
BGE 01.04.1958, 84 II 164
BGE 25.11.1958, 84 II 529
BGE 15.05.1962, 88 II 169
BGE 29.11.1977, 103 II 277
BGE 29.05.1984, 110 II 280
BGE 09.10.1984, 110 II 476
BGE 22.05.2008, 134 III 497

Judikatur Spanien

Die Judikatur des Tribunal Supremo finden Sie in der span Rechtsdatenbank:
<http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>

Tribunal Supremo 21.01.2009, 28/2009, (RJ 2009/552)

Judikatur Frankreich

Cour d'appel de Paris 06.02.1996 (*Sté Paris Sud location c/Mme Agopyan*), Dalloz Affaires 1996, Nr 15, 446 ff, behandelt bei *Rafsendjani*, Der Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (1999), 414 ff

Cour d'appel de Paris 01.03.2006, 5ème chambre, section A, n° 03/16268, behandelt in der Urteilsbesprechung von *Ferré* (siehe www.fidal.fr/_fileup/publication/E51-3.pdf)

I. Einleitung

Aufbau der Arbeit

Die vorliegende Arbeit befasst sich primär mit der Frage, ob es sich bei der analogen Anwendung des in der HV-RL formulierten Ausgleichsanspruchs insb auf Franchisenehmer um ein Phänomen des deutschsprachigen Raums handelt oder ob diese Analogie (mittlerweile) auch in anderen europäischen Rechtsordnungen Einzug gefunden hat.¹

So wird im ersten Teil der Arbeit ein kurzer Überblick über jene Vertriebsformen gegeben, welche für die hier behandelte Frage relevant sind.

Im zweiten Teil sollen die grundsätzlichen europarechtlichen Hintergründe des derzeit geltenden Handelsvertreterrechts umrissen werden.

Der dritte Teil behandelt die Ausgangsnorm der Analogie in Österreich (§ 24 HVertrG), gilt aber – wenn nicht anders erwähnt - aufgrund der vergleichbaren bzw sogar identen Rechtslage prinzipiell auch für die dt Regelung des § 89b dHGB. Die Ausführungen haben grds auch Geltung für Franchisenehmer und Vertragshändler, sofern nicht auf eventuelle Unterschiede ausdrücklich eingegangen wird.

Im vierten Teil finden sich sodann die Bedingungen und Voraussetzungen der Analogie. Nach einer rechtsdogmatischen Behandlung der analogen Anwendung nach österr Recht, werden die europarechtlichen Hintergründe der Analogie beleuchtet. Es wird versucht anhand der verfügbaren Materialien zur HV-RL (insb rechtsdogmatische), Argumente für oder gegen eine analoge Anwendung auf Franchisenehmer und Vertragshändler zu finden. Nach einem groben Überblick über die bisherige Entwicklung der Analogie in der Rsp und Lit werden die derzeit herangezogenen Kriterien der Analogie in Deutschland und Österreich behandelt.

Der fünfte Teil gibt einen Überblick über die schweizerische, spanische und französische Rechtslage. So wird für alle drei Rechtsordnungen untersucht, inwiefern und unter welchen Voraussetzungen nach der jeweiligen Rsp und Lit eine analoge Anwendung des handelsvertreterrechtlichen Ausgleichsanspruchs auf Franchisenehmer oder Vertragshändler stattfindet oder eben nicht. Speziell bei der Behandlung der franz Rechtsordnung wird auf mögliche Alternativen zur Analogie zum Handelsvertreterrecht eingegangen.

¹ Die verwendeten personenbezogenen Bezeichnungen umfassen Männer und Frauen gleichermaßen.

Prämissen der Arbeit:

- Aufgrund der nicht nur vergleichbaren, sondern meist identen Rechtslage und der Tatsache, dass die österr Rsp und Lit regelmäßig und meist uneingeschränkt Bezug nimmt auf die dt Rsp und Lit (selten umgekehrt), war es mE nicht sinnvoll die dt und österr Rechtslage getrennt voneinander darzustellen. Es gelten deshalb die folgenden Ausführungen für beide Rechtsordnungen grds gleichermaßen. Wo relevante Unterschiede (vor allem in der Rsp) vorliegen, wurde dies ausdrücklich angemerkt.
- Alle Ausführungen in Bezug auf Franchisenehmer beziehen sich prinzipiell auf die (für den Ausgleichsanspruch relevante) Sonderform des Subordinationsfranchisenehmers², sollte nicht auf eine andere Form des Franchisings verwiesen werden.

² Vgl dazu unten Seite 8.

II. Die verschiedenen Vertriebsarten

A. Der Handelsvertreter

Im Gegensatz zum Franchisenehmer und Vertragshändler gibt es eine gesetzliche Definition des Handelsvertreters. So ist Handelsvertreter, „wer von einem anderen [...] mit der Vermittlung oder dem Abschluß von Geschäften, ausgenommen über unbewegliche Sachen, in dessen Namen und für dessen Rechnung ständig betraut ist und diese Tätigkeit selbstständig und gewerbsmäßig ausübt“.³

Die Definition des Handelsvertreters entspricht im Wesentlichen jener des § 84 Abs 1 dHGB.⁴ Lediglich wer Geschäfte über unbewegliche Sachen vermittelt oder abschließt, wird nicht als Handelsvertreter angesehen. Die Rechtsverhältnisse der Makler iSd MaklerG fallen ebenso nicht unter das HVertrG, wie jene Rechtsverhältnisse, die unter das Angestelltengesetz fallen.⁵ Für Versicherungsvermittler gilt das HVertrG eingeschränkt.⁶

Art 1 Abs 2 HV-RL⁷ definiert den Handelsvertreter als jemand, der als selbständiger Gewerbetreibender ständig damit betraut ist, für eine andere Person den Verkauf oder Ankauf von Waren zu vermitteln oder diese Geschäfte im Namen und für Rechnung dieses Unternehmers abzuschließen.

Obwohl die HV-RL vom Verkauf oder Ankauf von „Waren“ spricht, wird der Oberbegriff „Geschäfte“ als zulässig erachtet, um „alle mit einer Vermittlungstätigkeit befaßten Personen zu erfassen“.⁸ Das Abstellen auf die Vermittlung oder den Abschluss von Geschäften ist mit der HV-RL jedenfalls zu vereinbaren. Wie aus der Präambel zur HV-RL ersichtlich, ist mE – zumindest in diesem Bereich – Ziel der Richtlinie keine Vollharmonisierung, sondern eine Mindestharmonisierung des Rechts der einzelnen Mitgliedstaaten.⁹ Daraus ergibt sich, dass ein weiterer Anwendungsbereich, über bloße Geschäfte mit Waren hinaus, jedenfalls eine richtlinienkonforme Umsetzung darstellt, solange eben diese Warengeschäfte mitumfasst sind.

³ § 1 Abs 1 HVertrG.

⁴ *Küstner*, Neues Handelsvertreterrecht in Österreich, RdW 1994, 390.

⁵ Vgl § 28 HVertrG.

⁶ Vgl §§ 26a bis 26d HVertrG.

⁷ Richtlinie 86/653/EWG zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbstständigen Handelsvertreter.

⁸ EB RV 578 BlgNR 18. GP, 9.

⁹ Allgemein zur Mindest- und Vollharmonisierung im Europarecht vgl *Köndgen in Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre² (2010), § 7 Rz 34 ff.

Aus § 1 HVertrG und Art 1 Abs 2 HV-RL ergeben sich weiters folgende wesentliche Merkmale für den Handelsvertreter:

- Selbstständigkeit
- Gewerbsmäßigkeit
- Vermittlung oder Abschluss im fremden Namen und für fremde Rechnung
- Ständige Betrauung

Das Hauptmerkmal der Selbstständigkeit ist die persönliche Freiheit, welche wiederum von der wirtschaftlichen Freiheit unterschieden wird.¹⁰ Im Rahmen der Selbstständigkeit wird eine Abgrenzung zum angestellten Provisionsvertreter und zum „freien Handelsvertreter“ gezogen.¹¹ Die Frage der Selbstständigkeit spielt jedoch grds nur bei natürlichen Personen eine Rolle, da bei Handelsvertreterverträgen mit einer juristischen Person oder einer Personengesellschaft die von dieser Gesellschaft ausgeübte Tätigkeit wohl immer als selbstständig beurteilt werden muss.¹²

Unter der „ständigen Betrauung“ wird allgemein eine den Handelsvertreter auf Dauer treffende „echte Rechtspflicht“ zur Vermittlungs- und Abschlusstätigkeit gegenüber dem Unternehmer verstanden.¹³ Das Handelsvertreterverhältnis muss „nicht langfristig oder auf unbestimmte Zeit eingegangen worden sein.“¹⁴ Entscheidend ist vielmehr, dass es auf eine unbestimmte Vielzahl von Vertragsabschlüssen für oder durch den Unternehmer ausgelegt sein muss, es sich daher um ein Dauerschuldverhältnis handelt.“¹⁵

Im Gegensatz zu Deutschland, wo nur der hauptberuflich tätige Handelsvertreter einen Ausgleichsanspruch hat¹⁶, kann in Österreich auch der nebenberuflich tätige Handelsvertreter in den Genuss von § 24 HVertrG kommen.¹⁷

Unter der Gewerbsmäßigkeit iSd Handelsrechts wird allgemein eine selbstständige, planmäßige, auf Dauer angelegte, nach außen in Erscheinung tretende, berufsmäßig

¹⁰ Vgl dazu ausführlich unten Seite 114.

¹¹ Nocker, Handelsvertretervertrag (2000), Rz 13 ff mwN zu Lit und Rsp.

¹² Nocker, Handelsvertretervertrag (2000), Rz 22; Flohr in Martinek/Semler, Handbuch des Vertriebsrechts (1996), § 8 Rz 2.

¹³ RIS-Justiz RS 0062415; vgl auch Hopt in Baumbach/Hopt, HGB³⁴ (2010), § 84 Rz 41 f mwN; Löwisch in E/B/J/S, HGB² (2008), § 84 Rz 43 mwN; Jabornegg, HVG (1987), 13 f; Roth in K/R/M, HGB⁶ (2007), § 84 Rz 6; Feil, Handelsvertretergesetz 1993 (1993), 11; vgl auch § 5 HVertrG.

¹⁴ ZB BGH 01.04.1992, IV ZR 154/91, NJW 1992, 2818.

¹⁵ Nocker, HVertrG, § 1 Rz 112 mwN; so auch von Hoyningen-Huene, MünchKommHGB³ (2010), § 84 Rz 54 mwN OLG Nürnberg 19.09.1957, 3 U 94/57, NJW 1957, 1720.

¹⁶ § 92b iVm § 89b dHGB.

¹⁷ Nocker, Ausgleichsanspruch (2001), 5 Rz 20.

erlaubte, auf Gewinnerzielung gerichtete, wirtschaftliche Tätigkeit verstanden.¹⁸ Insofern sind die von § 1 HVertrG geforderte Selbstständigkeit und ständige Betrauung vom Begriff der Gewerbsmäßigkeit bereits umfasst.¹⁹

B. Franchising

1. Definition

Allein schon aufgrund einer fehlenden gesetzlichen Regelung des Franchisings sowohl in Deutschland als auch Österreich, gibt es keine allgemein gültige Definition dieser Vertriebsform.

Unter Bezugnahme auf den Ethikkodex für Franchising der European Franchise Federation (EFF), wird das Franchising sowohl vom Österreichischen als auch Deutschen Franchise-Verband wie folgt definiert²⁰:

Franchising ist ein Vertriebssystem, durch das Waren und/oder Dienstleistungen und/oder Technologien vermarktet werden. Es gründet sich auf eine enge und fortlaufende Zusammenarbeit rechtlich und finanziell selbstständiger und unabhängiger Unternehmen, den Franchise-Geber und seine Franchise-Nehmer. Der Franchise-Geber gewährt seinen Franchise-Nehmern das Recht und legt ihnen gleichzeitig die Verpflichtung auf, ein Geschäft entsprechend seinem Konzept zu betreiben. Dieses Recht berechtigt und verpflichtet den Franchise-Nehmer, gegen ein direktes oder indirektes Entgelt im Rahmen und für die Dauer eines schriftlichen, zu diesem Zweck zwischen den Parteien abgeschlossenen Franchise-Vertrags bei laufender technischer und betriebswirtschaftlicher Unterstützung durch den Franchise-Geber, den Systemnamen und/oder das Warenzeichen und/oder die Dienstleistungsmarke und/oder andere gewerbliche Schutz- oder Urheberrechte sowie das Know-how, die wirtschaftlichen und technischen Methoden und das Geschäftssystem des Franchise-Gebers zu nutzen.

Die österr Rsp definiert den Franchisevertrag folgendermaßen:²¹

Durch den Franchisevertrag wird ein Dauerschuldverhältnis begründet, durch das der Franchisegeber dem Franchisenehmer gegen Entgelt das Recht einräumt, bestimmte Waren und/oder Dienstleistungen unter Verwendung von Name, Marke, Ausstattung usw. sowie der gewerblichen und technischen Erfahrungen des Franchisegebers und unter Beachtung des von diesem entwickelten Organisationssystems und Werbesystems zu vertreiben, wobei der Franchisegeber dem Franchisenehmer Beistand, Rat und Schulung in technischer und verkaufstechnischer Hinsicht gewährt und eine Kontrolle über die Geschäftstätigkeit des Franchisenehmers ausübt.

¹⁸ Straube in Straube, HGB I³ online (Stand 2003), § 1 Rz 4 mwN.

¹⁹ Vgl auch Nocker, HVertrG, § 1 Rz 170.

²⁰ Abgedruckt zB in Deutscher Franchise-Verband e.V., Jahrbuch Franchising 2002/2003, 171; ebenfalls zu finden im Ethikkodex des Österreichischen Franchise-Verbands (www.franchise.at, zuletzt aufgerufen am 21.05.2011), inkl der Begriffserklärungen für „know-how“, „geheim“, „wesentlich“ und „identifiziert“.

²¹ RIS-Justiz RS 0071387.

Weiters stellt der OGH fest, es sei zwar eine straffe Organisation für jedes Franchisesystem „charakteristisch“, die Franchisenehmer blieben jedoch selbstständige Unternehmer, welche im eigenen Namen und für eigene Rechnung handeln würden.²²

In der Lit wird die Rechtsnatur des Franchisevertrags unterschiedlich beurteilt.²³ Einige Autoren sehen das Element des Lizenz- und Know-How Vertrags im Vordergrund²⁴. Besonders *Martinek*²⁵ kritisiert diese Ansicht und meint, „die Lizenzvertragstheorie verkürzt [...] das Franchising auf einen im Gesamtzusammenhang letztlich akzidentellen und recht unbedeutenden Aspekt“. Außerdem entferne sich die lizenzvertragliche Franchisetheorie zu weit vom absatzwirtschaftlichen Kooperationsgegenstand der Franchiseverträge und werde den weit verbreiteten Franchisesystemen mit einem ausgeprägten Über-/Unterordnungsverhältnis zwischen Franchisegeber und -nehmer „nicht hinreichend gerecht“. Die lizenzvertragliche Franchisetheorie sei somit bloß ein „gescheiterter vertragstypologischer Qualifizierungsversuch“.

Für *Liebscher*²⁶ entspricht jene Definition, welche sich aus dem Ehrenkodex für die Mitglieder des Franchise-Verbandes ableiten lässt, am ehesten dem in Europa herrschenden Verständnis von Franchising.

*Jabornegg*²⁷ sieht in Franchiseverträgen überhaupt nur besonders ausgestaltete Vertragshändlerverträge, die sich vor allem dadurch auszeichnen, „daß eine noch stärkere Einbindung in das System einer Gesamtmarke erfolgt“. Außerdem werden nach *Jabornegg* durch das Dienstleistungs-Franchising lediglich die Vertragshändlersysteme auf den Dienstleistungssektor ausgeweitet.

²² RIS-Justiz RS 0071381.

²³ Vgl dazu zB die Auflistung der unterschiedlichen Meinungen in der dt Lit bei *Liebscher/Petsche*, Franchising in Österreich (2002), 14 ff.

²⁴ So zB *F. Schönherr*, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (1982), Rz 446.1; *Kucsko*, Wettbewerbs-, Marken-, Muster- und Patentrecht⁴ (1995), 106; *Jahn*, Lizenz-Franchising, GesZR 1983, 86 ff; *Krejci*, Handelsrecht³ (2005), 367; vgl in diesem Zusammenhang BGH 29.04.2010, I ZR 3/09 („JOOP“), GRUR 2010, 1107 (Anm *Imhof*), wonach auch einem Lizenznehmer eines Markenlizenzvertrags ein Ausgleich analog zu § 89b dHGB zustehen kann.

²⁵ *Martinek*, Moderne Vertragstypen II (1992), 46, 49, 50; ablehnend zu der Unterstellung des Franchisevertrags unter das Recht des Lizenzvertrags auch *Baudenbacher* in *Kramer*, Neue Vertragsformen², 375.

²⁶ *Liebscher/Petsche*, Franchising in Österreich² (2002), 18; Bezug nehmend auf eine ähnliche Definition des deutschen Bundesarbeitsgerichts: *Schlemmer*, Der Franchisevertrag, RdW 1984, 298, welcher jedoch den Franchisevertrag als einen Vertrag „sui generis“ bezeichnet.

²⁷ *Jabornegg*, HVG (1987), 70.

2. Formen des Franchisings

Es gibt zahlreiche Varianten, Franchisesysteme voneinander zu unterscheiden.²⁸

Eine Möglichkeit bezieht sich auf das - vor allem in den USA - übliche Abgrenzungsmerkmal der Kooperationsintensität.²⁹ So umfasst das „Produkt-Franchising“ teilweise sehr lockere Formen der Absatzkooperation, welche vom eur Franchisebegriff wohl nicht umfasst wären. Das „Betriebs-Franchising“ hingegen weist eine besonders intensive, mehrere Sektoren der Betriebsführung umfassende Kooperationsintensität auf. Gerade im europäischen Raum ist unter Franchising üblicherweise das Betriebs-Franchising zu verstehen.³⁰

Als weiteres Abgrenzungsmerkmal wird oftmals der Hauptleistungsgegenstand des Franchisevertrags herangezogen. Daraus ergeben sich die Kategorien des Waren- und Dienstleistungsfranchisings, wobei das Warenfranchising – anlehnend an die *Pronuptia*-Entscheidung³¹ - weiter in Vertriebs- und Produktionsfranchising untergliedert werden kann.

In der Praxis treten häufig Mischformen auf, da manche Dienstleistungen nur im Zusammenhang mit einem Warenverkauf erbracht werden können (zB Speisenzubereitung) und gänzlich ohne Dienstleistungen (zB Serviceleistungen, Kundendienst) viele Waren kaum absetzbar wären.³² Die Unterscheidung zwischen Waren- und Dienstleistungsfranchising muss deshalb grds danach geschehen, ob materielle Sachgüter oder immaterielle Dienstleistungen im Mittelpunkt des Marketing-Konzepts des Franchisesystems stehen. Entscheidend für die Abgrenzung ist, „ob der Sachgüter-Beitrag (Waren-Franchising) oder der Serviceanteil (Dienstleistungsfranchising) in der Marketingkonzeption und in der Leistung gegenüber den Endverbrauchern/Kunden vorherrscht“.³³

Bei der Unterscheidung zwischen Produktions- und Vertriebsfranchising wird nicht auf den Gegenstand, dessen Absatz gefördert werden soll, sondern auf das Innenverhältnis

²⁸ Vgl dazu zB B. Vogel, Der Franchise-Vertrag (2006), 37 ff.

²⁹ Ausführlich dazu im Rahmen der betriebswirtschaftlichen Abgrenzung des Alleinvertriebs vom Franchising C. A. Meyer, Der Alleinvertrieb² (1992), 67 ff.

³⁰ Vgl M. Mohr, Der Franchisevertrag (1999), 9; vgl auch Martinek, Moderne Vertragstypen II (1992), 78 ff, der gerade auch lockere Formen des Franchisings („Partnerschafts-Franchising“) unter den Begriff des „Franchisings“ subsumiert.

³¹ EuGH 28.01.1986, Rs 161/84 (*Pronuptia*).

³² M. Mohr, Der Franchisevertrag (1999), 6.

³³ Martinek, Moderne Vertragstypen II (1992), 33; so auch M. Mohr, Der Franchisevertrag (1999), 6.

zwischen Franchisegeber und -nehmer abgestellt.³⁴ So zählt man zum Produktionsfranchising solche Systeme, in welchen der Franchisenehmer das Produkt nach den Anweisungen des Franchisegebers selbst herstellt (zB sogenannte „Bottler Agreements“ zwischen international bekannten Getränkeherstellern und regional tätigen Getränke-Produzenten). Beim Vertriebsfranchising beschränkt sich der Franchisenehmer auf den Verkauf der von seinem Vertragspartner bezogenen Waren unter der Geschäftsbezeichnung des Franchisegebers. Diesem Typ des Franchisings kommt wohl der Vertragshandel sehr nahe.³⁵

Ebenso wie bei der Unterscheidung zwischen Produkt- und Dienstleistungs-Franchising muss man auch hier bei Mischformen auf das überwiegende Element abstellen müssen.³⁶

a) Martineks Einteilung

Nach *Martinek*³⁷ ist für die „juristische Würdigung“ nicht die oben angesprochene Unterscheidung nach dem Vertragsgegenstand, sondern diejenige nach der Macht- und Interessenkonstellation innerhalb des Franchisesystems von besonderer Bedeutung. Es sei „schwerlich ein Grund dafür ersichtlich, Absatzkooperationsverträge danach zu differenzieren, ob sie den Vertrieb von Waren oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben“.

Prinzipiell unterscheidet *Martinek* zwischen dem Subordinations-Franchising, welches durch ein ausgeprägtes Über- und Unterordnungsverhältnis gekennzeichnet ist, und dem Partnerschafts-Franchising, welches auf einem gleichberechtigten Zusammenwirken der Vertragspartner beruht. Das Partnerschafts-Franchising wird weiter in die Untertypen des Koordinations-, Koalitions- und Konföderations-Franchisings unterteilt.

Martinek fasst diese einzelnen Franchisetypen so zusammen, dass beim Subordinations-Franchising ein Verhältnis der geschäftsbesorgungsvertraglichen Interessenwahrung

³⁴ M. Mohr, Der Franchisevertrag (1999), 7 f.

³⁵ So auch M. Mohr, Der Franchisevertrag (1999), 7; vgl auch Jabornegg, HVG (1987), 70, welcher in Franchiseverträgen – im Vergleich zu Vertragshändlerverträgen - überhaupt nur besonders ausgestaltete Vertragshändlerverträge sieht, die sich dadurch auszeichnen, „daß eine noch stärkere Einbindung in das System einer Gesamtmarke erfolgt“.

³⁶ M. Mohr, Der Franchisevertrag (1999), 7.

³⁷ Vgl dazu ausführlich *Martinek*, Moderne Vertragstypen II (1992), 30 ff, 65 ff, 78 ff; vgl auch C. A. Meyer, Der Alleinvertrieb² (1992), 72 ff.

und –unterordnung begründet wird. Das Koordinations-Franchising dagegen schafft ein Verhältnis des austauschvertraglichen Interessenausgleichs, während das Koalitions-Franchising zu einem gesellschaftsvertraglichen Verhältnis führt.

Diese Einteilung wird in der Lehre³⁸ teilweise deshalb kritisiert, weil die in Europa gängige Franchisedefinition grds ohnehin nur Franchisesysteme mit einem mehr oder weniger ausgeprägten Subordinationsverhältnis erfasse und gerade *Martineks* Partnerschafts-Franchising demnach nicht unter den Begriff des „Franchisings“ falle.

b) *Martineks* Einteilung iVm der analogen Anwendung des Ausgleichsanspruchs

Das von *Martinek*³⁹ angesprochene Subordinationsfranchising trifft in vielen Bereichen der Franchise-Vertragsgestaltung bzw tatsächlichen Franchise-Führung diejenigen Kriterien, welche der OGH als ausgleichsrelevant iS einer handelsvertreterähnlichen Einbindung in die Absatzorganisation bezeichnen würde. Demnach herrscht beim Subordinations-Franchising ein derartiges Über-/Unterordnungsverhältnis zwischen Franchisegeber und –nehmer, dass aufgrund dieser asymmetrischen Macht- und Interessenkonstellation der Franchisenehmer für die Marketingstrategie des Franchisegebers „instrumentalisiert“ wird. Das System ist „praktisch rein vertikal“.

Diese „Instrumentalisierung“ zeigt sich besonders in der allgemeinen Absatzförderungspflicht des Franchisenehmers, zu der dieser lt *Martinek* „ausdrücklich verpflichtet ist und die von einer weitreichenden Weisungsgebundenheit sowie von einzelnen Berichts- und Informationspflichten flankiert ist“.⁴⁰

Auch bei den vom OGH so genannten Indizien für eine „dem Handelsvertreter ähnliche Einbindung in die Absatzorganisation“⁴¹ finden sich solche Pflichten, wie etwa ein ausgeprägtes Weisungsrecht des Franchisegebers und weitreichende Berichts- und Informationspflichten des Franchisenehmers.⁴²

Diese ausgeprägt vertikale Struktur zeigt sich lt *Martinek* auch in der Tatsache, dass in Subordinations-Franchisesystemen horizontale Komponenten wie Franchisenehmer-

³⁸ Vgl etwa *M. Mohr*, Der Franchisevertrag (1999), 8 f mwN.

³⁹ *Martinek*, Moderne Vertragstypen II (1992), 66.

⁴⁰ *Martinek*, Moderne Vertragstypen II (1992), 69.

⁴¹ Vgl dazu unten Seite 102 ff.

⁴² Vgl zB OGH 25.08.1999, 3 Ob 10/98m.

Beiräte mit konsultativen (wenn nicht gar Alibi-) Funktionen außerhalb des rechtlich relevanten Bereichs bleiben.⁴³

Dieses Kriterium der Franchisenehmer-Beiräte wurde bisher noch in keiner Entscheidung des OGH angeführt. Es wird aber mE insofern schwierig in eine Gesamtbetrachtung der ausgleichsrelevanten Eingliederung in die Absatzorganisation einzubeziehen sein, als dass dafür eine eingehende und wohl sehr aufwendige Untersuchung bzgl der Entscheidungsfindung und wirtschaftlichen Vorgehensweise in dem jeweiligen Franchisesystem notwendig wäre. Das bloße Vorhandensein von einem Beirat sagt ja für sich genommen noch nichts über den tatsächlichen Einfluss und die demokratische Entscheidungsfindung in dem jeweiligen Franchisesystem aus.

Nichtsdestotrotz stellt das von *Martinek* beschriebene Subordinationsfranchising wohl nicht nur den „Regelfall“⁴⁴, sondern mE auch den „Paradefall eines analogiefähigen Franchisenehmers“ dar. Dementsprechend beziehen sich die folgenden Ausführungen im Zweifel auf Subordinationsfranchisenehmer.

C. Vertragshandel

Die Rsp⁴⁵ und ein Großteil der Lehre⁴⁶ definieren den Vertragshändler - *Ulmer*⁴⁷ folgend - als Kaufmann, welcher in die Vertriebsorganisation eines Herstellers von Markenwaren in der Weise eingegliedert ist, dass er es durch Vertrag mit dem Hersteller (oder einem von diesem eingeschalteten Zwischenhändler) ständig übernimmt, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung die Vertragswaren im Vertragsgebiet zu vertreiben und deren Absatz zu fördern, die Funktionen und Risiken seiner Handelstätigkeit daran auszurichten und im Geschäftsverkehr das Herstellerzeichen neben der eigenen Firma herauszustellen. Vertragswaren sind dabei jene vom Hersteller erzeugten oder zugekauften und mit seinen Zeichen versehenen Waren, deren Vertrieb Gegenstand des Händlervertrags ist.

⁴³ *Martinek*, Moderne Vertragstypen II (1992), 66.

⁴⁴ *Hiestand*, Franchiseverträge ohne Rechtswahlklausel, RIW 1993, 173 (174).

⁴⁵ Vgl OGH 10.04.1991, 9 ObA 8/91 (9 ObA 9/91); OGH 11.10.1990, 6 Ob 644/90.

⁴⁶ So zB *Jabornegg*, HVG (1987) 67 f; *Schlemmer*, Der Franchisevertrag, RdW 1984, 302; *Grohmann*, Franchising² (1999), 35; *Martinek*, Moderne Vertragstypen II (1992), 55.

⁴⁷ *Ulmer*, Der Vertragshändler (1969), 206.

Lt OGH⁴⁸ unterscheidet sich zwar die Rechtsstellung des Vertragshändlers von jener des Handelsvertreters durch die Handelstätigkeit im eigenen Namen und für eigene Rechnung vorerst deutlich.⁴⁹ Es weise jedoch der Vertragshändlervertrag durchaus auch Dienstleistungselemente auf, die ihn „dem Agenturverhältnis ähnlich erscheinen lassen“. Der Vertragshändler habe auch aus wirtschaftlicher Sicht „in erheblichem Umfang dem Handelsvertreter vergleichbare Aufgaben zu erfüllen“.⁵⁰

D. Die Stellung des Franchisenehmers im Vergleich

Der offensichtlichste Unterschied zwischen dem Handelsvertreter auf der einen und dem Franchisenehmer bzw Vertragshändler auf der anderen Seite ist natürlich die formale Form der unternehmerischen Tätigkeit. Der Handelsvertreter handelt in fremden Namen und für fremde Rechnung, während Franchisenehmer und Vertragshändler eigenständige Unternehmer sind und einen eigenen Betrieb führen. Dieses Abgrenzungsmerkmal ist aber zunächst nur *formaler* Natur. Entscheidend für die weiteren Überlegungen zur analogen Anwendung ist nämlich der *materielle* Unterschied der jeweiligen Absatzformen.⁵¹

Nach *Jabornegg*⁵² entsteht – *Ulmers* Definition des Vertragshändlers folgend⁵³ – unter dem Aspekt der wirtschaftlichen Funktion eine gewisse Verwandtschaft des Vertragshändlers zum Handelsvertreter. *Jabornegg*⁵⁴ sieht diese Verwandtschaft ebenso beim Franchisenehmer. Seiner Ansicht nach sind Franchiseverträge bloß „besonders ausgestaltete Vertragshändlerverträge“, die vor allem dadurch gekennzeichnet sind, dass eine noch stärkere Einbindung in das System einer Gesamtmarke erfolgt.

⁴⁸ OGH 11.10.1990, 6 Ob 644/90.

⁴⁹ *Jabornegg*, HVG (1987), 68.

⁵⁰ OGH 29.11.1989, 1 Ob 692/89 mwN; zur wirtschaftlich gleichgelagerten Tätigkeit und Schutzbedürftigkeit von Vertragshändler und Handelsvertreter vgl auch *Genzow/Huhtamäki/Knöbl*, Neue Wege im Vertragshändlerrecht, RdW 2009, 73 (75).

⁵¹ *Ulmer*, Der Vertragshändler (1969), 207 f.

⁵² *Jabornegg*, HVG (1987), 68.

⁵³ Vgl dazu oben Seite 10.

⁵⁴ *Jabornegg*, HVG (1987), 70, Bezug nehmend auf *Schlemmer*, Der Franchisevertrag, RdW 1984, 298 ff; für *C. A. Meyer*, Der Alleinvertrieb² (1992), 73, ist das Subordinationsfranchising dem Alleinvertrieb „sehr ähnlich“; krit *Baudenbacher in Kramer*, Neue Vertragsformen² (1992), 374, welcher zwar der im Vergleich zum Vertragshandel stärkeren Eingliederung des Franchisenehmers in das Vertriebsnetz zustimmt, eine Gleichsetzung von Warenfranchising und Vertragshandel aber dezidiert ablehnt.

Auch der OGH schließt sich *Jabornegg* an und hält die Rechtsstellung eines Franchisenehmers mit jener eines Vertragshändlers für „durchaus vergleichbar“.⁵⁵

In der Lehre wird vereinzelt die Meinung vertreten, dem Vertragshändler fehle es im Vergleich zum Franchisenehmer an einem „Paket von umfassenden Problemlösungen, dem einheitlichen Gruppenimage sowie der intensiven Zusammenarbeit“.⁵⁶ Nach *Herrfeld*⁵⁷ fehle dem Vertragshändler „die völlige Identifizierung mit dem Unternehmen“.

*Nocker*⁵⁸ und *Petsche/Zekely*⁵⁹ kritisieren die analoge Anwendung des Ausgleichsanspruchs speziell für Franchisenehmer. Handelsvertreter als auch Vertragshändler würden es nämlich idR übernehmen, die Produkte ihres Unternehmers bzw Herstellers zu vertreiben. Im Gegensatz dazu nütze der Franchisenehmer vielmehr „ein Organisations- und/oder Absatzkonzept, das sog „Franchisepaket“, um eigene Waren bzw Dienstleistungen herzustellen und abzusetzen.“⁶⁰ Die Leistung des Franchisegebers liege deshalb nur in der Entwicklung und Vermarktung seines Vertriebskonzepts und nicht im Absatz der eigenen Waren.

*Liebscher*⁶¹ lehnte noch zur Vorgängerbestimmung (§ 25 HVG aF) eine Analogie zugunsten von Franchisenehmern ab. Insb „das spezifische Schutzgut des § 25 HVG, die volks- und betriebswirtschaftlich wesentliche, unabhängige Zentralisierungsfunktion des Handelsvertreters“ liege beim Franchisenehmer nicht vor.

Nach *Martinek*⁶² liege schon beim Vertragshändler ein „relativ hoher Integrationsgrad“ vor. Das Franchising sei wohl die vergleichsweise intensivste Form der Vertriebskooperation zwischen selbstständigen Unternehmen verschiedener Wirtschaftsstufen. Der Vertragshandel sei weiters eine Art „Vorform des Waren-Subordinations-Franchising“.⁶³ Im Außenverhältnis unterscheide sich der Franchisenehmer-Betrieb vom Vertragshändler-Betrieb gegenüber dem Kunden durch

⁵⁵ OGH 10.04.1991, 9 ObA 8/91 (9 ObA 9/91); vgl auch *M. Mohr*, Franchisevertrag (1999), 30, welche es kaum für möglich hält, eine eindeutige Abgrenzung zwischen Vertragshändlern und (vor allem Vertriebs-) Franchisenehmern vorzunehmen.

⁵⁶ So etwa *M. Mohr*, Franchising² (1999), 35; vgl auch *Schlemmer*, Der Franchisevertrag, RdW 1984, 302.

⁵⁷ *Herrfeld*, Die Abhängigkeit des Franchisenehmers (1998), 23.

⁵⁸ *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 195.

⁵⁹ *Petsche/Zekely* in *Flohr/Petsche*, Franchiserecht² (2008), Rz 509.

⁶⁰ *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 195.

⁶¹ *Liebscher*, Die analoge Anwendung von § 25 HVG auf Franchiseverträge, WBl 1992, 105 (110).

⁶² *Martinek*, Aktuelle Fragen des Vertriebsrechts³ (1991), Rz 29, Rz 31: „Das Franchising steht an der Spitze der Intensitätsskala der Verhaltensabstimmungen in Vertriebssystemen“.

⁶³ *Martinek*, Moderne Vertragstypen II (1992), 65.

die franchise-spezifische Aufmachung des Unternehmens „nach Art einer Filiale des Franchisegebers“.

Dies stimmt auch mit der von *Schmidt*⁶⁴ gemachten Beobachtung überein, dass die Firma des Franchisenehmers gegenüber den Kunden – auch bedingt durch das Konzept des Franchisings an sich - von der Marke des Franchisegebers zumeist überschattet wird.

Ein weiteres Unterscheidungsmerkmal kann die beim Vertragshändler (und beim Handelsvertreter ohnehin) fehlende (Gebühren-)Zahlungspflicht sein.⁶⁵ So kritisiert zB *Nocker*⁶⁶ ein Urteil des OGH⁶⁷, in welchem die analoge Anwendung von § 25 HVG auf Franchiseverträge untersucht wurde. Nach *Nocker* habe im konkreten Fall gar kein Franchisevertrag, sondern ein Vertragshändlervertrag vorgelegen, da es gerade an dem für das Vorliegen eines Franchiseverhältnisses „typischen Merkmal, nämlich der Verpflichtung des Franchisenehmers zur Zahlung einer (laufenden) Franchisegebühr“ gefehlt habe.

*Schlemmer*⁶⁸ hingegen hält die Zahlung einer Franchise- oder Eintrittsgebühr anscheinend nicht für eine zwingende Voraussetzung für die Einordnung als „Franchisevertrag“. Er sieht das entscheidende Merkmal – im Vergleich zum Vertragshändlervertrag – vielmehr im Vorliegen von umfassenden Weisungs- und Kontrollrechten im Rahmen eines verpflichtenden Marketingkonzepts.

Insgesamt liegt mE der größte Unterschied zwischen dem Vertragshandel und dem Franchising darin, dass in letzterem der Franchisenehmer ein noch umfassenderes Geschäftskonzept übertragen bekommt. Hierbei stellt mit Sicherheit das Know-How des Franchisegebers in Form des Franchisehandbuchs⁶⁹ einen wichtigen Bestandteil dieser Vertriebsform dar. Eine Franchisegebühr wird zwar üblicherweise vereinbart, um die Nutzung und Weiterentwicklung des Geschäftskonzepts durch den Franchisegeber entsprechend abzugelten. Sie wird aber nicht zwingend notwendig sein, um von Franchising zu sprechen. Die genannten Unterschiede mögen zwar wirtschaftlich von

⁶⁴ K. Schmidt, Handelsrecht⁴ (1994), 773: „Die eigene Firma des Franchisenehmers tritt beim Auftreten am Markt als Identitätsmerkmal hinter der allen Franchisenehmern gemeinsamen Marke zurück.“; so auch *Mohr*, Der Franchisevertrag (1999), 27 f.

⁶⁵ So etwa *M. Mohr*, Franchisevertrag (1999), 30.

⁶⁶ *Nocker*, Ausgleichsanspruch (2001), 20 Rz 82.

⁶⁷ OGH 10.04.1991, 9 ObA 8/91 (9 ObA 9/91).

⁶⁸ *Schlemmer*, Der Franchisevertrag, RdW 1984, 302.

⁶⁹ Im Franchisehandbuch „werden die notwendigen Informationen, Angaben und Weisungen, mithin die detaillierte Systembeschreibung, niedergelegt, die für die systemkonforme Führung des Betriebs innerhalb des Franchisesystems notwendig sind“, vgl *Schröder in Küstner/Thume*, Außendienstrecht III³, 335 Rz 9.

besonderer Relevanz sein, sind aber (ausgleichs)rechtlich kein Grund, die bereits für den Vertragshandel entwickelten Argumente der analogen Anwendung des Ausgleichsanspruchs nicht auch auf das (Subordinations-)Franchising anzuwenden. Im Rahmen der Berechnung können und müssen derartige Unterschiede jedoch berücksichtigt werden.

E. Die Auswirkungen des Vergleichs auf die analoge Anwendung

Das Ergebnis des Vergleichs der Vertriebsformen ist entscheidend dafür, ob und inwieweit die gesetzlich verankerten, handelsvertreterrechtlichen Vorschriften analog auf das gesetzlich nicht näher geregelte Verhältnis zwischen Franchisenehmer und Franchisegeber bzw Vertragshändler und Lieferant/Hersteller angewendet werden.⁷⁰

Schon nach dem Grundsatz „*falsa demonstratio non nocet*“ kann es zunächst keinen Unterschied machen, ob ein Vertriebsvertrag unter dem Titel „Franchising“ oder „Vertragshandel“ läuft. Schlussendlich geht es um die *materielle* Vergleichbarkeit und somit das Erfordernis einer dem Handelsvertreter ähnlichen Einbindung in die Absatzorganisation des Unternehmers.

Diese Einbindung wird vom OGH anhand diverser Kriterien in einer Gesamtbetrachtung beurteilt, wobei sich dieser Kriterienkatalog inhaltlich stark – wenn auch nicht ausdrücklich - an der allgemeinen Umschreibung des Subordinationsfranchisings von *Martinek* anlehnt.

In der Praxis wird insb dann eine dem Handelsvertreter ähnliche Einbindung in die Absatzorganisation vorliegen, wenn – stark vereinfacht gesagt - der jeweilige Franchisebetrieb für den Kunden den Anschein einer Filiale erweckt. Trotzdem muss natürlich im Einzelfall überprüft werden, ob die entsprechenden Analogievoraussetzungen wie etwa ein weitreichendes Kontroll- und Weisungsrecht des Franchisegebers vorliegen. Diese sind nämlich nicht gezwungenermaßen mit dem Erscheinungsbild einer Filiale verbunden.

Auch wenn der Handelsvertreter grds Waren vertreibt, gibt es keine schlagenden Argumente dafür, einen Dienstleistungsfranchisenehmer von vornherein vom

⁷⁰ Ulmer, Der Vertragshändler (1969), 208.

Anwendungsbereich des Ausgleichsanspruchs auszuschließen.⁷¹ Liegt eine ausgleichsrelevante Einbindung in die Absatzorganisation vor und werden die allgemeinen Voraussetzungen des Ausgleichsanspruchs⁷² erfüllt, so steht einer analogen Anwendung auf diese spezielle Form des Franchisings – wie im Folgenden noch ausgeführt wird – nichts im Wege.⁷³

⁷¹ *Emde* in *Staub*, Großkomm HGB II⁵, § 89b Rz 328 mwN; *Prasse*, Der Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers, MDR 2008, 122 (126 f), welcher auch insb meint, es wäre „nicht nachzuvollziehen, weshalb bei Dienstleistungs-Franchisesystem angeblich nur eine „Rechtspacht“ vorliegen soll“; zum vielleicht bestehenden Unterschied zwischen Dienstleistungs- und Warenfranchising bei der Berechnung der Höhe des Ausgleichsanspruchs vgl *Köhler*, Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers, NJW 1990, 1689 (1694); diesem widersprechend: *Canaris*, Handelsrecht²⁴ (2006), § 18 Rz 31 mwN.

⁷² Vgl § 24 Abs 1 und Abs 3 HVertrG.

⁷³ So auch *Martinek*, Moderne Vertragstypen II (1992), 60 f.

III. Europarechtlicher Hintergrund

A. Wahlrecht

Im Rahmen des Versuchs der Harmonisierung des Handelsvertreterrechts gab es gerade um die Einführung eines europaweit gleich formulierten Ausgleichsanspruchs heftige Diskussionen. Sowohl dem Grunde nach als auch in den Detailfragen war die konzeptive Ausgestaltung des Anspruchs so umstritten, dass sich die Mitgliedstaaten letztendlich auf keine vollständige Harmonisierung einigen konnten.⁷⁴

Die Zustimmung Frankreichs konnte nur durch die Verankerung des franz Schadenersatzmodells in der Richtlinie erreicht werden. Großbritannien hatte einen allgemeinen Vorbehalt gegen die europaweite Harmonisierung des Handelsvertreterrechts und ließ sich nur durch die Gewährung einer vier Jahre längeren Umsetzungsfrist⁷⁵ zur Zustimmung überreden.⁷⁶ Italien verlangte ursprünglich die Berücksichtigung der arbeitsrechtlich ausgestalteten Abfindungsregelung nach italienischem Muster als zusätzliche (dritte) Alternative. Es konnte deshalb ebenfalls nur durch die Verlängerung der Umsetzungsfrist um drei Jahre zur Zustimmung bewogen werden.⁷⁷

Da sich also die Mitgliedstaaten auf kein einheitliches Modell einigen konnten, kam es dazu, dass Art 17 HV-RL ein Wahlrecht enthält:

Die erste Variante (Abs 2) ist ein Ausgleichsanspruch nach dt Vorbild⁷⁸, welcher nachvertragliche Vorteile des Unternehmers aus der Übernahme des Kundenstamms ausgleichen soll. Bis auf Frankreich, England und Irland wählten alle Mitgliedstaaten diese Lösung.⁷⁹

Die zweite Variante (Abs 3) stellt – dem franz Vorbild der Regelungen über den *Agent Commercial* folgend – einen Schadenersatzanspruch mit „kündigungsschutzrechtlichem Einschlag“ dar.⁸⁰ Ausschließlich für das Schadenersatzmodell hat sich nur Frankreich⁸¹

⁷⁴ Tschuk, Der Ausgleichsanspruch (1994), 125.

⁷⁵ Vgl Art 22 Abs 3 HV-RL.

⁷⁶ Ebenso erhielt Irland wegen „der Verknüpfung der beiden Rechtsordnungen bzw der Verzahnung der wirtschaftlichen Beziehungen“ mit Großbritannien eine vier Jahre längere Umsetzungsfrist; siehe Tschuk, Der Ausgleichsanspruch (1994), 125.

⁷⁷ Tschuk, Der Ausgleichsanspruch (1994), 125 mwN Ankele, Harmonisiertes Handelsvertreterrecht für die Europäische Gemeinschaft, DB 1987, 569 f.

⁷⁸ § 89b dHGB aF.

⁷⁹ Bericht der Kommission der EG über die Anwendung von Art 17 der HV-RL vom 23.07.1996, 7.

⁸⁰ J. Schacherreiter, Bellt der Hund, um vor dem Einbrecher zu warnen?, juridikum 2004, 92 (94) mwN Fock in Saenger/Schulze, Ausgleichsanspruch (2000), 81; vgl auch Fock, Die europäische HV-RL (2001), 184 ff, 190 ff.

entschieden. Großbritannien⁸² und Irland⁸³ entschieden sich für einen Mittelweg, wonach grds die schadenersatzrechtliche Lösung zur Anwendung kommt, die Parteien jedoch stattdessen die Ausgleichsvariante gem Abs 2 vereinbaren können.⁸⁴

Im Folgenden sollen diese beiden möglichen Beendigungsansprüche – *Fock*⁸⁵ folgend – näher betrachtet werden.

B. Ausgleichsanspruch gemäß Art 17 Abs 2 HV-RL

Art 17 Abs 2 HV-RL lautet:

lit a: Der Handelsvertreter hat Anspruch auf einen Ausgleich, wenn und soweit

- er für den Unternehmer neue Kunden geworben oder die Geschäftsverbindungen mit vorhandenen Kunden wesentlich erweitert hat und der Unternehmer aus den Geschäften mit diesen Kunden noch erhebliche Vorteile zieht und
- die Zahlung eines solchen Ausgleichs unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere der dem Handelsvertreter aus Geschäften mit diesen Kunden entgehenden Provisionen, der Billigkeit entspricht. [...]

lit b: Der Ausgleich darf einen Betrag nicht überschreiten, der einem jährlichen Ausgleich entspricht, der aus dem Jahresdurchschnittsbetrag der Vergütungen, die der Handelsvertreter während der letzten fünf Jahre erhalten hat, errechnet wird; ist der Vertrag vor weniger als fünf Jahren geschlossen worden, wird der Ausgleich nach dem Durchschnittsbetrag des entsprechenden Zeitraums ermittelt.

lit c: Die Gewährung dieses Ausgleichs schließt nicht das Recht des Handelsvertreters aus, Schadenersatzansprüche geltend zu machen.

⁸¹ Article L 134-12 CCom.

⁸² Art 17 f Statutory Instrument (SI) No 3053/1993 vom 07.12.1993, geändert durch Statutory Instrument (SI) No 3173/1993 vom 16.12.1993, in Kraft getreten am 01.01.1994.

⁸³ Irland erließ am 21.02.1994 die Ausführungsverordnung „Statutory Instrument No 33/1994“, wodurch die Bestimmungen der HV-RL als Commercial Agents Regulations direkt ins irische innerstaatliche Recht übernommen wurden, ohne sie – wie in Großbritannien – noch einmal wörtlich zu übersetzen; vgl dazu auch *Tschuk*, Der Ausgleichsanspruch (1994), 135.

⁸⁴ Zur Diskussion, ob dies einer ordnungsgemäßen Umsetzung entspricht vgl zB *Brémont*, Compensating a Commercial Agent in the UK, EBLR 1995, 123 (124 f), welche darin keine ordentliche Umsetzung erblickt; vgl aber auch *Urlus*, Commercial Agents: Opting Out, EBLR 1996, 87 (89), welcher die Ordnungsgemäßheit für den Kundschaftsentschädigungsanspruch bejaht: „The approach of the Regulations does not fail to meet this requirement [Anm: the minimum requirement set by the Council Directive] merely by virtue of the flexibility provided with respect to the two options“, jedoch den räumlichen Anwendungsbereich in Art 1 Abs 2 Statutory Instruments (SI) No 3053/1993 kritisiert; ebenso kritisch sieht *Kessel*, Neues Handelsvertreterrecht in Großbritannien, RIW 1994, 562 ff, den räumlichen Anwendungsbereich der „Regulations“ und hält es aufgrund der generell restriktiven Einstellung englischer Gerichte zur Anwendung und Auslegung von Gesetzen für „ausgeschlossen“, dass die englischen Bestimmungen analog auf andere Vertriebsverträge angewendet werden; *U. B. Wilhelm*, Britisches Handelsvertreterrecht nach der Umsetzung der HV-RL, EuZW 1994, 178 (179), hält den räumlichen Anwendungsbereich für „unbedenklich“.

⁸⁵ *Fock*, Die europäische HV-RL (2001), 139 ff.

Fraglich ist, ob Art 17 Abs 2 mehr einen entschädigungs- oder einen vergütungsrechtlichen Ansatz verfolgt. Dies kann sich durchaus auf die Anwendung eines solchen Anspruchs auswirken. Es soll hier - *Fock*⁸⁶ folgend - kurz skizziert werden, welche Auswirkungen sich bei dieser Unterscheidung ergeben können und welcher Ansatz sich in der HV-RL finden lässt.

1. Entschädigungsrechtlicher Ansatz⁸⁷

Entscheidender Aspekt ist hier nicht, was der Unternehmer mit einem evtl aufgebauten Kundenstamm bzw mit den Kundenbeziehungen nach Vertragsende macht oder ob er überhaupt noch davon profitieren kann, sondern vielmehr welche und in welchem Ausmaß der Handelsvertreter durch die Vertragsauflösung in Zukunft Provisionen verliert. Insofern wird nur in die Vergangenheit geblickt und es werden die zukünftigen Geschäftsentwicklungen des Unternehmers außer Acht gelassen.

Vertritt man eine sehr strenge Auffassung des entschädigungsrechtlichen Charakters, muss ein Ausgleichsanspruch dann entfallen, wenn der Vertreter deshalb keinen weiteren Nutzen aus dem Kundenstamm ziehen kann, weil er etwa aus gesundheitlichen Gründen gezwungen ist, seine Tätigkeit komplett aufzugeben. Ebenso müsste der Ausgleich entfallen, wenn der Handelsvertreter eine neue Vertretung mit dem gleichen oder einem besseren Einkommen übernimmt.⁸⁸

In der österr Rsp überwog die Tendenz, den Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters entschädigungsrechtlich zu qualifizieren. In der ersten, grundlegenden Entscheidung zu § 25 HVG vom 08.11.1927⁸⁹ wurden nachgewiesene Vorteile des Unternehmers in der Zukunft als „bedeutungslos“ bezeichnet und das Hauptaugenmerk auf den bisherigen Verdienst des Handelsvertreters gelegt, für dessen Verlust er zu entschädigen war.

Von einigen Autoren wurde dieser entschädigungsrechtliche Ansatz der Rsp kritisiert.⁹⁰ Es wurde größtenteils dafür plädiert, den Fokus auf die Unternehmervorteile zu legen

⁸⁶ *Fock*, Die europäische HV-RL (2001), 205 ff.

⁸⁷ *Fock*, Die europäische HV-RL (2001), 206.

⁸⁸ *Fock*, Die europäische HV-RL (2001), 206 f mwN.

⁸⁹ OGH 08.11.1927, 3 Ob 1051/27, SZ 9/202; vgl auch *Fock*, Die europäische HV-RL, 210.

⁹⁰ Vgl etwa *Jabornegg*, HVG (1987), 508 f, welcher meint, der Entschädigungsanspruch sei seiner Rechtsnatur nach „ein zusätzliches Entgelt für die nach Vertragsende dem GH verbleibenden Vorteile“. Daher müsse es von vornherein verfehlt sein, „auf allfällige Schäden und Nachteile des HV zu blicken“; *Tschuk*, Der Ausgleichsanspruch (1994), 8 ff; vgl auch *Huber*, Der Ausgleichsanspruch des Vertragshändlers (1988), 14 f, welcher meint, der Ausgleichsanspruch werde in diesem Zusammenhang

und den Ausgleichsanspruch als einen Vergütungsanspruch zu qualifizieren. Da die streng entschädigungsrechtliche Auslegung weder dem Gesetzeswortlaut entspricht noch richtlinienkonform ist, muss sie jedenfalls abgelehnt werden.⁹¹

2. Vergütungsrechtlicher Ansatz

Im Gegensatz zur Betrachtung des Art 17 Abs 2 HV-RL als Entschädigungsanspruch, bezieht man hier das Risiko des Unternehmers bzgl der späteren Geschäftsentwicklung in die Bestimmung von Grund und Höhe des Ausgleichsanspruchs ein und lässt insofern den Handelsvertreter daran teilhaben.

Nach *Fock*⁹² ist der vergütungsrechtliche Ansatz von dem Gedanken geprägt, dass die Tätigkeit des Handelsvertreters einen „doppelten Erfolg“ erzielt: Neben den Einzelvertragsabschlüssen gelingt es dem Handelsvertreter in vielen Fällen, durch den ersten Geschäftskontakt eine andauernde Geschäftsbeziehung aufzubauen, welche daran anknüpfende, nicht unbedingt mit einer weiteren Vermittlungstätigkeit verbundene, Folgebestellungen mit sich bringen kann. Während des aufrechten Vertragsverhältnisses stellt diese Doppelung des Erfolgs keine Störung des Äquivalenzverhältnisses zwischen Unternehmer und Handelsvertreter iS dar, da der Handelsvertreter durch seinen Provisionsanspruch ohnehin an den weiteren Geschäftsabschlüssen mitverdient.

Erst bei Vertragsende verschiebt sich die Nutzungsmöglichkeit dieses Kundenstamms zugunsten des Unternehmers, welcher nun alleine die vom Handelsvertreter aufgebauten Geschäftskontakte nutzen kann, ohne den Handelsvertreter hierfür noch weiter entlohnen zu müssen.

3. Ergebnis: Ausrichtung der Richtlinie

Der Wortlaut des Art 17 Abs 2 HV-RL nennt nur die beiden Tatbestandsmerkmale der Unternehmervorteile und der Billigkeit. Die Provisionsverluste sollen demnach im

„gleichsam zu einem vom Rechtswidrigkeits- und Verschuldenserfordernis losgelösten Schadenersatzanspruch“.

⁹¹ Vgl dazu unten Seite 65.

⁹² *Fock*, Die europäische HV-RL (2001), 140, 214 f.

Rahmen der Billigkeit in die Gesamtbewertung miteinbezogen werden. Trotz der Vorbildfunktion der dt Ausgleichsregelung⁹³ für Art 17 Abs 2 HV-RL, unterscheidet sich der dort formulierte Anspruch doch in einigen Punkten. Demnach muss Art 17 Abs 2 HV-RL eigenständig ausgelegt werden.⁹⁴

Entgegen dem ursprünglichen Richtlinienentwurf der Kommission⁹⁵, welcher noch die Provisionsverluste neben den Unternehmervorteilen als gleichwertiges Tatbestandsmerkmal enthielt, wurden in der endgültigen Fassung der HV-RL die Provisionsverluste bloß im Rahmen der Billigkeit und nicht als selbstständiges Tatbestandsmerkmal erwähnt. Dies stellt für *Fock*⁹⁶ eine Stärkung des Vergütungscharakters des Ausgleichsanspruchs dar.

Ein weiteres Indiz gegen die Auslegung von Art 17 Abs 2 HV-RL als Entschädigungsregelung, welche bloß auf die Verluste des Handelsvertreters abstellt, ist das Problem, dass damit keine sinnvolle Unterscheidung vom Schadenersatzanspruch des Art 17 Abs 3 HV-RL möglich wäre.⁹⁷ Schon *Huber*⁹⁸ war der Auffassung, das einseitige Hervorheben der Entschädigung für entgehende Provisionsgewinne würde den Ausgleichsanspruch gleichsam zu einem „vom Rechtswidrigkeits- und Verschuldenserfordernis losgelösten Schadenersatzanspruch“ machen. *Fock*⁹⁹ vertritt die gleiche Ansicht für Art 17 Abs 2 HV-RL. Die Auslegung als Entschädigungsregelung sei nicht mit einer systematisch kohärenten Auslegung der Gesamtregelung von Art 17 HV-RL vereinbar und daher dem Grunde nach abzulehnen.

Zusammenfassend stellt Art 17 Abs 2 HV-RL *Focks*¹⁰⁰ Konzeption nach einen Vergütungsanspruch dar, welcher - abgesehen vom Erfordernis der Billigkeit – allein von den nachvertraglichen Vorteilen des Unternehmers abhängig ist. Auf einen möglichen Provisionsverlust des Handelsvertreters kommt es grds nicht an.¹⁰¹

Die Provisionsverluste sind entsprechend Art 17 Abs 2 HV-RL in der österr Ausgleichsregelung¹⁰² nur im Rahmen der Billigkeit erwähnt und dürfen demnach – dem

⁹³ § 89b dHGB aF.

⁹⁴ *Fock*, Die europäische HV-RL (2001), 217.

⁹⁵ ABl EG 18.01.1977, C 13/8, Art 30 Abs 1.

⁹⁶ *Fock*, Die europäische HV-RL (2001), 218 f.

⁹⁷ Vgl zum „logischen Widerspruch“ des Art 17 HV-RL auch *J. Schacherreiter*, Bellt der Hund, um vor dem Einbrecher zu warnen?, *juridikum* 2004, 92 (93 ff).

⁹⁸ *Huber*, Der Ausgleichsanspruch des Vertragshändlers (1988), 14 f, welcher damit Kritik an der Auslegung von § 25 HVG durch die österr Rsp übt.

⁹⁹ *Fock*, Die europäische HV-RL (2001), 219.

¹⁰⁰ *Fock*, Die europäische HV-RL (2001), 219 f.

¹⁰¹ Vgl dazu auch unten Seite 65.

¹⁰² § 24 HVertrG.

Wortlaut entsprechend – nicht als eigene Anspruchsvoraussetzung angesehen werden. In der Jud¹⁰³ und Teilen der Lit¹⁰⁴ werden sie aber doch wieder als der letztendlich ausgleichsrelevante Wert angesehen.¹⁰⁵

Nach *Fock*¹⁰⁶ darf dem Tatbestandsmerkmal der Provisionsverluste „über die Funktion einer Bewertung der Unternehmervorteile für die Zwecke der Berechnung des Ausgleichsanspruchs hinaus keine eigenständige Bedeutung“ zukommen. Es wäre nämlich kein Fall denkbar, in welchem es an diesen Provisionsverlusten zwar fehle, die Zahlung des Ausgleichs aber trotzdem billig sei. Spreche man der Regelung des Art 17 Abs 2 HV-RL Entgeltcharakter zu, so würden mit nachvertraglichen Unternehmervorteilen, welche der Ausgleichsanspruch ja zu vergüten bezweckt, auch immer entsprechende Provisionsverluste des Handelsvertreters einhergehen. *Fock* übersieht dabei jedoch offensichtlich das Problem der Einmalprovisionen.¹⁰⁷ Auch seine Annahme, die dt Umsetzung von Art 17 Abs 2 HV-RL durch § 89b dHGB aF¹⁰⁸ sei richtlinienkonform,¹⁰⁹ muss wohl aufgrund des Urteils des EuGH vom 26.03.2009¹¹⁰ revidiert werden.

¹⁰³ So etwa OGH 14.12.2000, 6 Ob 260/00d; OGH 09.10.2002, 7 Ob 256/01z; OGH 20.02.2003, 6 Ob 170/02x; OGH 20.10.2005, 3 Ob 13/05s, wonach die Billigkeitsüberlegungen (auch unter Hinweis auf die EB) „ohnehin von der Frage beherrscht werden, ob dem Handelsvertreter Provisionen entgehen“; vgl auch EB RV 578 BlgNR 18. GP, 15, wonach aufgrund der extrigen Erwähnung die Provisionsverluste „maßgeblicher Umstand“ bei der Berechnung des Ausgleichsanspruchs seien.

¹⁰⁴ So zB *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 562 mwN (angeblich) *Viehböck*, Der Ausgleichsanspruch nach dem neuen Handelsvertretergesetz, ecolex 1993, 221 (224); vgl auch *Tschuk*, Ausgleichsanspruch (1994), 56, welche zwar meint, andere sich aus der Vertragsbeendigung ergebende und zu berücksichtigende Nachteile für den Handelsvertreter als die Provisionsverluste würden sich nur „ungleich schwerer“ finden lassen, aber betont, entsprechend dem Wortlaut wäre trotzdem ein Ausgleich aufgrund anderer Billigkeitsgründe möglich.

¹⁰⁵ Vgl etwa *Viehböck*, Der Ausgleichsanspruch nach dem neuen Handelsvertretergesetz, ecolex 1993, 221 (225): „In der Regel sind die Provisionsverluste des Handelsvertreters den Unternehmervorteilen gleichzusetzen. Der Unternehmer erspart sich Aufwand in der Höhe der nicht mehr zu bezahlenden Provisionen. In der Praxis werden daher nur die Provisionsverluste des Handelsvertreters berechnet“; ähnlich auch *Tschuk*, Der Ausgleichsanspruch (1994), 55, welche sich vor allem auf die EB zur RV 578 BlgNR 18. GP, 15 bezieht: „Auch nach den Materialien sollte durch diese Wendung [Anm.: Es müsse „insbesondere dem Handelsvertreter aus Geschäften mit den betreffenden Kunden ein Provisionsverlust entstanden sein“] klargestellt werden, daß maßgeblicher Umstand bei der Berechnung des Ausgleichsanspruches die dem Handelsvertreter entgehenden Provisionen sind“; vgl. auch *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 37 f, welcher neben dem Aufbau neuer und beständiger Geschäftsverbindungen bzw der wesentlichen Erweiterung solcher, gerade auch die infolge der Vertragsbeendigung für den Handelsvertreter nicht mehr realisierbaren weiteren Provisionen als Voraussetzung für einen Ausgleichsanspruch sieht.

¹⁰⁶ *Fock*, Die europäische HV-RL (2001), 236 f.

¹⁰⁷ Vgl oben Seite 65.

¹⁰⁸ Demnach waren die Provisionsverluste noch eine eigenständige Anspruchsvoraussetzung.

¹⁰⁹ *Fock*, Die europäische HV-RL (2001), 237.

¹¹⁰ EuGH 26.03.2009, Rs C-348/07 (*Turgay Semen/Deutsche Tamoil GmbH*); vgl dazu oben Seite 65.

C. Schadenersatzanspruch gemäß Art 17 Abs 3 HV-RL

Art 17 Abs 3 HV-RL lautet:

Der Handelsvertreter hat Anspruch auf Ersatz des ihm durch die Beendigung des Vertragsverhältnisses mit dem Unternehmer entstandenen Schadens.

Dieser Schaden umfasst insbesondere

- den Verlust von Ansprüchen auf Provision, die dem Handelsvertreter bei normaler Fortsetzung des Vertrages zugestanden hätten und deren Nichtzahlung dem Unternehmer einen wesentlichen Vorteil aus der Tätigkeit des Handelsvertreters verschaffen würde,

und/oder

- Nachteile, die sich aus der nicht erfolgten Amortisation von Kosten und Aufwendungen ergeben, die der Handelsvertreter in Ausführung des Vertrages auf Empfehlung des Unternehmers gemacht hätte.

Art 17 Abs 3 HV-RL enthält als Alternative zum Entschädigungsanspruch des Art 17 Abs 2 HV-RL einen nachvertraglichen Schadenersatzanspruch des Handelsvertreters nach französischem Vorbild.¹¹¹

Da die Regelung erst während der Beratungen der Richtlinie im Rat der EG aufgenommen wurde, fehlt es an erläuternden Materialien über die Auslegung der Vorschrift.¹¹² Der ursprüngliche Entwurf enthielt lediglich eine Vorschrift über den Goodwill-Ausgleich des Handelsvertreters.¹¹³

Der Schadenersatzanspruch gem Art 17 Abs 3 HV-RL ist grds schadenersatzrechtlicher Natur „mit einem kündigungsschutzrechtlichen Einschlag“.¹¹⁴

Zur franz Vorbildregelung und der Umsetzung von Art 17 Abs 3 HV-RL in Frankreich vgl unten Seite 162.

¹¹¹ Vgl dazu ausführlich unten Seite 165.

¹¹² Fock, Die europäische HV-RL (2001), 150 mwN.

¹¹³ Vgl ABl EG 18.01.1977, C 13/8, Art 30.

¹¹⁴ J. Schacherreiter, Bellet der Hund, um vor dem Einbrecher zu warnen?, *juridikum* 2004, 92 (94) mwN Fock in Saenger/Schulze, Ausgleichsanspruch (2000), 81; vgl auch Fock, Die europäische HV-RL (2001), 184 ff, 190 ff.

IV. § 24 HVertrG als Analogiebasis

§ 24 HVertrG lautet:

(1) Nach Beendigung des Vertragsverhältnisses gebührt dem Handelsvertreter ein angemessener Ausgleichsanspruch, wenn und soweit

1. er dem Unternehmer neue Kunden zugeführt oder bereits bestehende Geschäftsverbindungen wesentlich erweitert hat,
2. zu erwarten ist, daß der Unternehmer oder dessen Rechtsnachfolger aus diesen Geschäftsverbindungen auch noch nach Auflösung des Vertragsverhältnisses erhebliche Vorteile ziehen kann, und
3. die Zahlung eines Ausgleichs unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere der dem Handelsvertreter aus Geschäften mit den betreffenden Kunden entgehenden Provisionen, der Billigkeit entspricht.

(2) Der Ausgleichsanspruch besteht auch dann, wenn das Vertragsverhältnis durch Tod des Handelsvertreters endet und die in Abs. 1 genannten Voraussetzungen vorliegen.

(3) Der Anspruch besteht nicht, wenn

1. der Handelsvertreter das Vertragsverhältnis gekündigt oder vorzeitig aufgelöst hat, es sei denn, daß dem Unternehmer zurechenbare Umstände, auch wenn sie keinen wichtigen Grund nach § 22 darstellen, hierzu begründeten Anlaß gegeben haben oder dem Handelsvertreter eine Fortsetzung seiner Tätigkeit wegen seines Alters oder wegen Krankheit oder Gebrechen nicht zugemutet werden kann, oder
2. der Unternehmer das Vertragsverhältnis wegen eines schuldhaften, einen wichtigen Grund nach § 22 darstellenden Verhaltens des Handelsvertreters gekündigt oder vorzeitig aufgelöst hat oder
3. der Handelsvertreter gemäß einer aus Anlaß der Beendigung des Vertragsverhältnisses getroffenen Vereinbarung mit dem Unternehmer, die Rechte und Pflichten, die er nach dem Vertrag hat, einem Dritten überbindet.

(4) Der Ausgleichsanspruch beträgt mangels einer für den Handelsvertreter günstigeren Vereinbarung höchstens eine Jahresvergütung, die aus dem Durchschnitt der letzten fünf Jahre errechnet wird. Hat das Vertragsverhältnis weniger als fünf Jahre gedauert, so ist der Durchschnitt der gesamten Vertragsdauer maßgeblich.

(5) Der Handelsvertreter verliert den Ausgleichsanspruch, wenn er dem Unternehmer nicht innerhalb eines Jahres nach Beendigung des Vertragsverhältnisses mitgeteilt hat, daß er seine Rechte geltend macht.

A. Allgemein

Die Entstehung des Ausgleichsanspruchs des Handelsvertreters ist in § 24 HVertrG an das Vorliegen von fünf Grundvoraussetzungen geknüpft:

Zwei formelle Voraussetzungen: - Vertragsbeendigung
- Geltendmachung

Drei materielle Voraussetzungen: - Neukundenwerbung
- Unternehmervorteile
- Billigkeitsgrundsatz

Alle diese fünf Voraussetzungen müssen erfüllt sein¹¹⁵, um einerseits das Entstehen des Ausgleichsanspruchs dem Grunde nach bejahen und andererseits die Höhe desselben bestimmen zu können. Wichtig dabei ist, dass prinzipiell alleine die drei materiellen Voraussetzungen Einfluss auf die konkrete Höhe des Ausgleichsanspruchs haben können.¹¹⁶

B. Die formellen Anspruchsvoraussetzungen

Die materiellen Anspruchsvoraussetzungen haben allesamt als Grundvoraussetzung die Beendigung des Vertragsverhältnisses. Ohne diese kann kein Ausgleichsanspruch entstehen.¹¹⁷ Insofern bilden die formellen Voraussetzungen eine Art „Schranke“ für die Geltendmachung des Ausgleichsanspruchs. Zum anderen muss der Anspruch formell geltend gemacht werden; und zwar innerhalb der Ausschlussfrist von einem Jahr, gerechnet vom Zeitpunkt der Vertragsbeendigung an.¹¹⁸

1. Ausgleichsbegründende Vertragsbeendigung

Grundvoraussetzung für einen Ausgleichsanspruch gem § 24 HVertrG ist die Beendigung des Handelsvertretervertrags, wobei allein die rechtliche Vertragsbeendigung entscheidend ist.¹¹⁹ Demnach kommt es allein auf den Zeitpunkt an, zu dem das Vertragsverhältnis durch fristgerechte oder berechtigte fristlose Kündigung, durch den Tod des Handelsvertreters, durch einvernehmliche Regelungen der Parteien oder aufgrund anderer Umstände endet. Das bloße Einstellen der Tätigkeit durch den Handelsvertreter bei einem sonst fortbestehenden Vertragsverhältnis bis zur

¹¹⁵ Nocker, HVertrG, § 24 Rz 235.

¹¹⁶ Küstner in Küstner/Thume, Außendienstrecht II⁸, Rz 1 f zu Kapitel IV, welcher – entsprechend § 89b dHGB aF – noch die Provisionsverluste des Handelsvertreters als vierte materielle Anspruchsvoraussetzung nennt; die oben dargelegte Ansicht, nur die materiellen Voraussetzungen hätten Einfluss auf die Höhe, ist jedoch insofern zu relativieren als im Rahmen der Billigkeitsprüfung teilweise Umstände bei der Kündigung des Vertrags Einfluss auf die Höhe des Ausgleichsanspruchs haben können. Dies nämlich vor allem dann, wenn sich die Umstände direkt aus dem Verhalten des Handelsvertreters ergeben; vgl dazu Thume in Küstner/Thume, Außendienstrecht II⁸, Rz 45 ff zu Kapitel IX mwN zur dt Rsp; vgl auch Nocker, HVertrG, § 24 Rz 680 f mwN.

¹¹⁷ Vgl § 24 Abs 1 HVertrG: „Nach Beendigung des Vertragsverhältnisses [...]“.

¹¹⁸ § 24 Abs 5 HVertrG; vgl auch Nocker, HVertrG, § 24 Rz 752 ff.

¹¹⁹ Küstner in Küstner/Thume, Außendienstrecht II⁸, Rz 1 zu Kapitel V mwN BGH 29.03.1990, I ZR 2/89, NJW 1990, 2889.

rechtlichen Vertragsbeendigung ist für das Entstehen des Ausgleichsanspruchs dem Grunde nach irrelevant.¹²⁰

Die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses auf einer vollkommen veränderten rechtlichen und tatsächlichen Grundlage kann im Einzelfall der Beendigung des Handelsvertretervertrags und der Begründung eines neuen Vertragsverhältnisses gleichstehen.¹²¹

a) Einvernehmliche Auflösung

Eine einvernehmliche Vertragsauflösung führt bei Erfüllung der sonstigen Voraussetzungen zum Entstehen eines Ausgleichsanspruchs gem § 24 HVertrG. „Dabei spielt es keine Rolle, von wem die Initiative zur Vertragsauflösung ausgegangen ist.“¹²²

b) Befristete Verträge

Endet ein auf bestimmte Zeit abgeschlossener Vertrag durch Zeitablauf, steht bei Erfüllung der sonstigen Voraussetzungen ein Ausgleichsanspruch gem § 24 HVertrG zu, unabhängig davon, wie lange das Vertragsverhältnis gedauert hat.¹²³ Ein Ausgleichsanspruch entsteht grds auch dann, wenn das Vertragsverhältnis „automatisch“, dh durch Eintritt einer auflösenden Bedingung endet.¹²⁴

¹²⁰ Küstner in Küstner/Thume, Außendienstrecht II⁸, Rz 1 zu Kapitel V.

¹²¹ Von Gamm, Die neuere Rechtsprechung des BGH zum Handelsvertreterrecht, NJW 1979, 2489 (2494) mwN zu einem Urteil des BGH, in welchem keine Fortsetzung des Vertragsverhältnisses auf einer rechtlich und tatsächlich derart veränderten Grundlage angenommen wurde; Nocker, HVertrG, § 24 Rz 237.

¹²² Westphal, Vertriebsrecht I (1998), Rz 904 mwN BGH 13.03.1969, VII ZR 48/67, NJW 1969, 1023; Petsche/Petsche-Demmel, HVertrG, § 24 Rz 10 f mwN; Nocker, Ausgleichsanspruch (2001), 35 Rz 146; Tschuk, Ausgleichsanspruch (1994), 14: „Eine Bevorzugung seinerseits [Anm.: des Unternehmers] durch initiatives Verhalten des Handelsvertreters erübrigt sich, die Zustimmung beider Vertragspartner zur Auflösung ist gleichwertig“; Viehböck, Der Ausgleichsanspruch nach dem neuen Handelsvertretergesetz, ecolex 1993, 221 (222 f) mwN BGH 13.03.1969, VII ZR 48/67, NJW 1969, 1023; Küstner/Thume, Außendienstrecht II⁸, Rz 120 ff zu Kapitel V; Bacovsky in Westphalen, Handbuch des Handelsvertreterrechts (1995), 962 Rz 240; aA noch zur Vorgängerregelung § 25 HVG OGH 09.11.1989, 7 Ob 696/89 = RIS-Justiz RS 0062612, wonach bei einer einvernehmlichen Vertragsauflösung selbst dann kein Ausgleichsanspruch gebühre, wenn die Initiative dazu vom Geschäftsherrn ausgegangen ist.

¹²³ Nocker, Ausgleichsanspruch (2001), 32 Rz 131; so auch festgehalten im Bericht der Kommission der EG über die Anwendung von Artikel 17 der Handelsvertreter-Richtlinie vom 23.07.1996, 2; anders noch zur Vorgängerregelung § 25 HVG: OGH 09.11.1989, 7 Ob 696/89 = RIS-Justiz RS 0062612.

¹²⁴ Nocker, Ausgleichsanspruch (2001), 35 Rz 145.

c) Tod des Handelsvertreters

Während die Rechtslage in Deutschland - aufgrund einer fehlenden gesetzlichen Regelung - erst seit dem Urteil des BGH vom 13.05.1957¹²⁵ klargestellt ist, entsteht in Österreich gem § 24 Abs 2 HVertrG auch dann ein Ausgleichsanspruch, wenn das Vertragsverhältnis durch den Tod des Handelsvertreters endet. Anspruchsberechtigt sind dann die Erben.¹²⁶

Auch beim Tod des Franchisenehmers erlischt der Franchisevertrag im Zweifel. Anderes kann gelten, wurde der Franchisevertrag mit einer GmbH abgeschlossen. Verstirbt der Mehrheitsgesellschafter des Franchisenehmers, so erlischt der Franchisevertrag nur dann, wenn der Tod nach dem Gesellschaftsvertrag zur Auflösung und damit zur Liquidation der als Franchisenehmer auftretenden Gesellschaft führt.¹²⁷

d) Tod des Unternehmers

Der Tod des Unternehmers hingegen führt im Zweifel nicht zur Beendigung des Handelsvertretervertrags, weshalb es bereits schon an dieser formellen Anspruchsvoraussetzung fehlt.¹²⁸ Dabei ist es gleichgültig, in welcher Rechtsform das vertretene Unternehmen organisiert war. Die Gesellschaft besteht im Auflösungsstadium meist als Liquidationsgesellschaft fort.¹²⁹ Mit dieser wird das Vertragsverhältnis fortgesetzt.

¹²⁵ Vgl dazu ausführlich *Küstner in Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 6 zu Kapitel V mwN BGH 13.05.1957, II ZR 318/56, NJW 1957, 1020; ebenso BGH 13.05.1957, II ZR 19/57, NJW 1957, 1028; BGH 02.10.1958, II ZR 113/57, NJW 1958, 1966; BGH 06.02.1964, VII ZR 100/62, NJW 1964, 915; vgl auch Art 17 Abs 4 HV-RL.

¹²⁶ Vgl für Österreich zB *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 333, welcher die Erben unabhängig vom Naheverhältnis für ausgleichsberechtigt hält; so auch *Tschuk*, Ausgleichsanspruch (1994), 30; vgl für Deutschland: *Löwisch in E/B/J/S*, HGB² (2008), § 89b Rz 36; *Hopt*, Handelsvertreterrecht⁴ (2009), § 89b Rz 9; vgl auch *Küstner in Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 12 ff zu Kapitel V, wonach der Handelsvertreter – vor allem aufgrund von Billigkeitsgesichtspunkten - dem anspruchsberechtigten Erben entweder unterhaltspflichtig gewesen sein soll oder dieser Erbe zumindest in einer gewissen wirtschaftlichen Beziehung zum Vertretervertrag gestanden haben soll. Ein zu weit gezogener Kreis der Anspruchsberechtigten würde im Extremfall zur Ausgleichsberechtigung des Fiskus führen, was „nach dem Sinn des Gesetzes zweifellos nicht in Betracht“ kommen könne; vgl auch *Westphal*, Vertriebsrecht I (1998), Rz 910, welcher ebenfalls den Extremfall des Fiskus als Erben für möglicherweise unbillig hält, ansonsten aber jeden gesetzlichen oder gewillkürten Erben den Ausgleich zugestehen will.

¹²⁷ *Petsche/Zekely in Flohr/Petsche*, Franchiserecht² (2008), Rz 572.

¹²⁸ *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 339; *Küstner in Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 20 zu Kapitel V.

¹²⁹ *Küstner in Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 20 zu Kapitel V.

e) Auflösung seitens des Handelsvertreters aus wichtigem Grund: Dem Unternehmer zurechenbare Umstände

Trotz Kündigung des Vertragsverhältnisses seitens des Handelsvertreters kann diesem ein Ausgleichsanspruch zustehen, wenn dem Unternehmer zurechenbare Umstände hierzu begründeten Anlass gegeben haben. In den Erläuternden Bemerkungen zum § 24 HVertrG wird – zusätzlich zum Gesetzeswortlaut¹³⁰ – betont, es müsse kein wichtiger Grund iSd § 22 HVertrG vorliegen.¹³¹ In § 22 Abs 1 HVertrG wird zuerst allgemein die (ohnehin anerkannte) Möglichkeit der Auflösung von Dauerschuldverhältnisse aus wichtigem Grund¹³² genannt und in § 22 Abs 2 HVertrG demonstrativ aufgezählt, was „insbesondere“ als ein solcher anzusehen ist.¹³³ Diese Aufzählung berechtigt den Unternehmer zur vorzeitigen Auflösung und stellt grds strengere Anforderungen an die Gründe der Auflösung als es § 24 Abs 3 Z 1 HVertrG für den Handelsvertreter tut (arg „auch wenn sie keinen wichtigen Grund nach § 22 darstellen“¹³⁴). „Aus der unterschiedlichen Ausgestaltung der Ausschlusstatbestände ergibt sich – wenn man einmal die Eigenkündigungstatbestände aus alters- oder krankheitsbedingten Gründen außer Betracht lässt – zugleich, dass eine vom Unternehmer ausgesprochene Vertragskündigung strengeren Maßstäben gerecht werden muss, wenn die Kündigung zum Wegfall des Ausgleichsanspruchs führen soll.“¹³⁵

So ist bei der Auflösung des Vertragsverhältnisses seitens des Unternehmers aufgrund von § 22 HVertrG ein Verschulden des Handelsvertreters Voraussetzung. Im umgekehrten Fall bei der Auflösung seitens des Handelsvertreters aufgrund von dem Unternehmer zurechenbarer Umstände ist hingegen kein Verschulden des Unternehmers notwendig.¹³⁶ Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut des Gesetzes, welcher in § 24 Abs 3 Z 1 HVertrG bloß auf dem Unternehmer „zurechenbare“ Umstände abstellt, während eine ausgleichsschädliche Auflösung seitens des Unternehmers gem § 24 Abs 3 Z 2 HVertrG nur wegen eines „schuldhaften“, einen wichtigen Grund nach § 22

¹³⁰ Vgl § 24 Abs 3 Z 1 HVertrG.

¹³¹ EB RV 578 BlgNR 18. GP, 15.

¹³² OGH 14.10.1997, 1 Ob 210/97g; RIS-Justiz RS 0020919; RIS-Justiz RS 0018368; RIS-Justiz RS 0018377.

¹³³ So auch RIS-Justiz RS 0118823: „Die Aufzählung der Gründe in § 22 Abs 3 HVertrG ist demonstrativ“.

¹³⁴ § 24 Abs 3 Z 1 HVertrG.

¹³⁵ Küstner/Thume, Außendienstrecht II⁸, Rz 12 zu Kapitel XI mwN BGH 12.06.1963, VII ZR 272/61, NJW 1963, 2068.

¹³⁶ Küstner/Thume, Außendienstrecht II⁸, Rz 14 zu Kapitel XI: „Ein wichtiger Kündigungsgrund, der den Unternehmer zur Vertragskündigung veranlasst und der nichts mit einem schuldhaften Verhalten des Handelsvertreters zu tun hat, berührt den Ausgleichsanspruch [...] nicht“.

darstellenden, Verhaltens des Handelsvertreters möglich ist.¹³⁷ Auch aufgrund richtlinienkonformer Auslegung wird bei einer ausgleichsschädlichen Vertragsauflösung durch den Unternehmer ein Kausalzusammenhang zwischen der Kündigung und dem schuldhaften Verhalten des Handelsvertreters vorliegen müssen. Eine nachträgliche Geltendmachung – sei sie dem Unternehmer auch erst später bekannt geworden – kann demnach den Ausgleichsanspruch dem Grunde nach nicht zu Fall bringen.¹³⁸

f) Fortsetzung der Tätigkeit unzumutbar

Auch bei Eigenkündigung bzw vorzeitiger Vertragsauflösung durch den Handelsvertreter besteht der Ausgleichsanspruch, wenn ihm die Fortsetzung seiner Tätigkeit wegen Alters, Krankheit oder Gebrechens nicht zugemutet werden kann.¹³⁹ Daraus folgt, dass zwei Tatbestandsmerkmale vorliegen müssen: Einerseits Alter, Krankheit oder Gebrechen und andererseits, dass aufgrund des Vorliegens einer dieser Dinge die Fortsetzung der konkreten Tätigkeit für den Handelsvertreter unzumutbar ist. Eine allgemeine Arbeits- oder Erwerbsunfähigkeit ist jedoch nicht notwendig.¹⁴⁰ „Der Begriff des „Alters“ wird jedenfalls bei Erreichen des sozialversicherungsrechtlichen Pensionsalters erfüllt sein.“¹⁴¹ „Eine die Fortsetzung unzumutbar machende Krankheit liegt vor, wenn eine Störung des gesundheitlichen Zustands schwerwiegend und von nicht absehbarer Dauer ist und zu einer – auch mit Ersatzkräften nicht behebbaren – nachhaltigen Verhinderung in der Absatztätigkeit für den Unternehmer führt.“¹⁴² *Tschuk*¹⁴³ versteht unter dem Auflösungsgrund des Gebrechens eine Art Auffangtatbestand, mit dem jene Fälle erfasst werden sollen, die weder unter Alter noch

¹³⁷ RIS-Justiz RS 0124101: „An einen begründeten Anlass sind geringere Anforderungen zu stellen als an einen wichtigen Grund. Es kommt somit in keiner Weise auf ein Verschulden des Unternehmers an.“; vgl. auch *Nocker*, Ausgleichsanspruch (2001), 41 Rz 168 ff.

¹³⁸ Vgl. dazu ausführlich *Thume* in *Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 6 zu Kapitel XI mit Bezug auf die HV-RL.

¹³⁹ § 24 Abs 3 Z 1 letzter Satz HVertrG; § 89b Abs 3 Z 1 dHGB; Art 18 lit b HV-RL.

¹⁴⁰ *Nocker*, Ausgleichsanspruch (2001), 48 Rz 192 mwN BGH 29.04.1993, I ZR 150/91, NJW-RR 1993, 996 (998): „Die tatsächliche Aufgabe der Tätigkeit bzw. deren erhebliche Reduzierung ist nach dem Gesetzeswortlaut nicht Voraussetzung für das Bestehenbleiben des Ausgleichsanspruchs dem Grunde nach. Das Gesetz stellt auf den (objektiven) Begriff der Unzumutbarkeit ab“.

¹⁴¹ EB RV 578 BlgNR 18. GP, 15.

¹⁴² *Nocker*, Ausgleichsanspruch (2001), 49 Rz 195 mwN BGH 29.04.1993, I ZR 150/91, NJW-RR 1993, 996.

¹⁴³ *Tschuk*, Ausgleichsanspruch (1994), 94.

unter Krankheit subsumierbar sind. Denkbar wäre hier zB eine unfallbedingte Verhinderung an der weiteren Tätigkeit oÄ.¹⁴⁴

g) Auflösung seitens des Unternehmers ohne wichtigen Grund

Die Kündigung des Handelsvertretervertrags durch den Unternehmer ohne wichtigen Grund stellt einen typischen, ausgleichsbegründenden Beendigungstatbestand dar.¹⁴⁵

h) Auflösung aufgrund Insolvenz des Unternehmers

§ 26 Abs 1 HVertrG bestimmt: „Durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Unternehmers wird das Vertragsverhältnis gelöst.“ Dadurch wird jedoch nicht zwingend ausgeschlossen, dass der (insolvente) Unternehmer nicht trotzdem weiterhin Vorteile aus dem vom Handelsvertreter aufgebauten Kundenstamm ziehen kann. Deshalb ist selbst im Falle der Insolvenz des Unternehmers ein Ausgleichsanspruch denkbar.¹⁴⁶ Damit der Insolvenzverwalter das Vertragsverhältnis mit dem Handelsvertreter fortsetzen kann, muss er mit diesem einen neuen Vertrag abschließen. Der daraus evtl resultierende Ausgleichsanspruch wird zu einer Masseforderung.¹⁴⁷

¹⁴⁴ Nocker, Ausgleichsanspruch (2001), 50 Rz 196.

¹⁴⁵ Küstner in Küstner/Thume, Außendienstrecht II⁸, Rz 2 zu Kapitel V, FN 2 mwN OLG München, 22.09.1993, DB 1993, 2280, wonach die Ausgleichsberechtigung des Handelsvertreters selbst dann nicht entfällt, wenn der Unternehmer fristgerecht kündigt und bewusst von einem ihm nach seiner Auffassung zustehendem Recht auf Kündigung des Handelsvertretervertrags aus wichtigem Grunde keinen Gebrauch macht.

¹⁴⁶ Vgl zB OGH 09.09.1999, 8 Ob 183/99s; vgl auch den Bericht der *Kommission der EG* über die Anwendung von Art 17 der HV-RL vom 23.07.1996, 2, wonach feststeht, dass „grundsätzlich ein Ausgleich oder beschränkter Ausgleich bei Konkurs des Unternehmers zahlbar ist“.

¹⁴⁷ Löwisch in E/B/J/S, HGB² (2008), § 89b Rz 38 mwN.

2. Ausgleichsvernichtende Vertragsbeendigung

a) Auflösung seitens des Handelsvertreters ohne wichtigen Grund

Durch Eigenkündigung verhindert der Handelsvertreter grds das Entstehen des Ausgleichsanspruchs, wenn nicht eine der in § 24 Abs 3 Z 1 HVertrG abschließend genannten Ausnahmen vorliegt.¹⁴⁸

Die Rsp¹⁴⁹ verlangt für eine ausgleichserhaltende Vertragsauflösung nicht, dass der Handelsvertreter bereits anlässlich der Kündigung erklärt, ein dem Unternehmer zurechenbarer Umstand sei Anlass für die Kündigung. Der Handelsvertreter kann trotz der zunächst ordentlichen und damit eigentlich ausgleichsschädlichen Kündigung innerhalb der einjährigen Verfallsfrist einen Umstand in der Sphäre des Unternehmers geltend machen, der ihm ursprünglich Anlass zur Kündigung oder sogar vorzeitigen Auflösung gegeben hätte. Unter Berufung auf diesen Umstand kann er noch immer seinen Ausgleichsanspruch geltend machen.¹⁵⁰ Unklar ist, ob dieser Umstand bereits im Zeitpunkt des Zugangs der ordentlichen Kündigung beim Unternehmer und damit deren Rechtswirksamkeit vorgelegen haben muss oder ob es genügt, dass dieser Umstand wenigstens zum Zeitpunkt des Kündigungstermins (= Ende des Handelsvertreterverhältnisses) eingetreten war.¹⁵¹

Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass in der Entscheidungsfindung zur HV-RL sogar angedacht war, den Handelsvertreter selbst dann in den Genuss des Ausgleichsanspruchs kommen zu lassen, wenn dieser ohne wichtigen Grund den Vertrag löst. So findet sich im Bericht des Rechtsausschusses des Europäischen Parlaments noch die Forderung, es müsse „der allgemeine Grundsatz verankert werden, wonach der Handelsvertreter, sofern er die vertraglichen oder gesetzlichen Kündigungsfristen einhält, auch dann einen Anspruch auf Ausgleich hat, wenn er selbst den Vertrag löst“. ¹⁵² Allerdings wurde dieser Vorschlag entsprechend dem Abänderungsantrag des

¹⁴⁸ Ein begründeter, dem Unternehmer zurechenbarer Anlass, Krankheit, Alter oder Gebrechen.

¹⁴⁹ OGH 26.05.2004, 9 ObA 2/04s; OGH 12.03.2004, 8 ObA 5/04z; RIS-Justiz RS 0118824.

¹⁵⁰ *Saenger*, Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters bei Eigenkündigung (1997), 28 f, 37 f mwN, wonach keine Kausalität zwischen der Eigenkündigung und dem begründeten Anlass erforderlich ist.

¹⁵¹ Vgl *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 349 f, welcher die Rsp stark kritisiert und meint, diese Ansicht verwische „völlig den Unterschied zwischen einer ordentlichen Kündigung und einer Kündigung aus wichtigem Grund bzw „begründetem Anlass““; nach *Saenger*, Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters bei Eigenkündigung (1997), 29 mwN, muss der Grund bereits zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung objektiv gegeben gewesen sein.

¹⁵² Eur Parlament, Sitzungsdokumente, Dokument 222/78 vom 27.07.1978, 42.

Abgeordneten Schwörer¹⁵³ nicht in die EntschlieÙung des Europäischen Parlaments¹⁵⁴ und letztlich auch nicht in die HV-RL aufgenommen.

b) Auflösung seitens des Unternehmers aufgrund von § 22 HVertrG

Kein Anspruch auf Ausgleich entsteht, wenn der Unternehmer das Vertragsverhältnis wegen eines schuldhaften¹⁵⁵, einen wichtigen Grund darstellenden Verhaltens des Handelsvertreters vorzeitig aufgelöst hat. Als wichtige Gründe sind gem § 22 Abs 2 HVertrG insb anzusehen: Unfähigkeit zur Ausübung der Tätigkeit (Z 1)¹⁵⁶, Vertrauensunwürdigkeit (Z 2)¹⁵⁷, Verletzung der Pflicht zum Tätigwerden¹⁵⁸ bzw die Weigerung zum Tätigwerden¹⁵⁹ oder die Verletzung anderer wesentlicher

¹⁵³ Änderungsantrag Nr 5 vom 11.09.1978 (Schwörer), betreffend dem Bericht von De Keersmaecker, Dok 222/78; vgl dazu auch seine Stellungnahme im Sitzungsprotokoll des Eur Parlaments vom 11.09.1978, 30.

¹⁵⁴ Vgl die EntschlieÙung des Eur Parlaments, ABl EG 09.10.1978, Nr C 239/29.

¹⁵⁵ Sie dazu oben Seite 27.

¹⁵⁶ Unfähig ist der Handelsvertreter dann, wenn in absehbarer Zeit mit einer Wiederaufnahme der vertraglich geschuldeten Leistung nicht gerechnet werden kann (*Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 359 mwN OLG Frankfurt a.M. 09.02.2004, 5 U 284/03 = NJW-RR 2004, 1174); es muss zwar eine dauernde Unfähigkeit vorliegen, es ist allerdings nicht erforderlich, dass der Handelsvertreter für alle Zukunft außer Stande ist, seine Tätigkeit auszuüben. Für den Geschäftsherr wird die (zukünftige) Fortsetzung des Vertragsverhältnisses schon dann unzumutbar, wenn er in einem „einigermaßen überschaubaren Zeitraum vom HV nichts mehr erwarten kann“ (*Jabornegg*, HVG (1987), 456). Es ist zwar für das Recht des Unternehmers zur vorzeitigen Vertragsauflösung kein Verschulden des Handelsvertreters an der Unfähigkeit notwendig. Diese muss aber für den Entfall des Ausgleichsanspruch jedenfalls vorliegen (*Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 362).

¹⁵⁷ Dieser sehr weit gefasste Tatbestand wird im Gesetz durch drei Beispiele konkretisiert: Der Handelsvertreter nimmt entgegen dem Verbot in § 7 HVertrG eine Belohnung an, er übermittelt Aufträge, die nicht erteilt worden sind, oder er führt den Unternehmer sonst in wesentlichen geschäftlichen Angelegenheiten in Irrtum. Neben den im Gesetz ausdrücklich genannten schuldhaften Handlungen werden sicher auch pflichtwidrige Unterlassungen eine Vertrauensunwürdigkeit gegenüber dem Geschäftsherrn begründen können. Ausschlaggebend ist, dass vom Standpunkt vernünftigen geschäftlichen Ermessens aus objektiver Sicht die Befürchtung begründet erscheint, die vom Handelsvertreter zu wahren Interessen des Geschäftsherrn wären erheblich gefährdet. Auch in diesem Zusammenhang (wie auch bei den anderen besonderen Tatbeständen des § 22 HVertrG) muss die Verfehlung des Handelsvertreters von solchem Gewicht sein, dass die Fortführung des Vertragsverhältnisses dem Geschäftsherrn nicht mehr zugemutet werden kann. Es muss dem Unternehmer allerdings (noch) kein konkreter Schaden durch das vertrauensunwürdige Verhalten entstanden sein. (*Jabornegg*, HVG (1987), 458 f).

¹⁵⁸ Schon aus dem Wesen des Handelsvertretervertrags, insb aus der ständigen Betrauung, ergibt sich die Pflicht des Handelsvertreters, sich fortlaufend um die Vermittlung oder den Abschluss von Geschäften für seinen Unternehmer aktiv zu bemühen (*Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 368). Das Unterlassen muss rechtswidrig und schuldhaft sein. Überdies muss sich die Untätigkeit des Handelsvertreters über eine erhebliche Zeit erstrecken, wobei sich die Erheblichkeit nach dem konkreten Einzelfall richtet (*Jabornegg*, HVG (1987), 461 f). Da der Handelsvertreter Unternehmer iSd UGB ist, gelten für ihn grds keine Arbeitszeitvorschriften und ist ihm daher seine Arbeitszeiteinteilung frei überlassen (*Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 368 mwN OLG Wien 08.09.1995, 10 Ra 65/95v, ARD 4727/20/96).

¹⁵⁹ Der Handelsvertreter leistet bewusst und absichtlich Widerstand gegenüber dem Unternehmer, welcher nur die vertraglich und/oder gesetzlichen Verpflichtungen des Handelsvertreters einfordert (*Jabornegg*, HVG (1987), 462). IdR wird daher der Weigerung eine Mahnung vorausgehen (*Nocker*,

Vertragsbestimmungen¹⁶⁰ (Z 3), Tötlichkeiten¹⁶¹ oder erhebliche Ehrverletzungen¹⁶² gegen den Unternehmer (Z 4) oder Konkurseröffnung über das Vermögen des Handelsvertreters (Z 5)¹⁶³. Keinen wichtigen Grund für eine vorzeitige Vertragsauflösung stellt zB ein vom Vertragshändler nicht verschuldeter Umsatzrückgang dar, selbst wenn vertraglich das Nichterreichen einer bestimmten Verkaufsleistung als Auflösungsgrund vereinbart wurde. Es entfällt damit weder ein eventueller Schadenersatz- noch Ausgleichsanspruch.¹⁶⁴

Ausgleichsanspruch (2001), 55 Rz 218). Ob die Weigerung „beharrlich“ sein muss, dh eine einige Zeit aufrecht erhaltene Weigerung, für den Unternehmer tätig zu werden, ist strittig (für die Notwendigkeit der Beharrlichkeit: *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 369; aA *Jabornegg*, HVG (1987), 462, nach welchem es hier „im Gegensatz zu § 27 Z 4 AngG“ nicht auf eine „beharrliche“ Weigerung ankommen soll).

¹⁶⁰ Da es sich bei § 22 HVertrG nur um eine Generalklausel mit Aufzählungen handelt, sind auch andere Gründe denkbar, welche den Unternehmer zur vorzeitigen, ausgleichsschädlichen Vertragsauflösung berechtigen (OGH 11.11.1998, 3 Ob 244/98y mwN zB *Küstner*, Neues Handelsvertreterrecht in Österreich, RdW 1994, 390 (392 f)). „Ob eine Vertragsbestimmung so wesentlich ist, dass deren Verletzung durch den Unternehmer den Handelsvertreter zur vorzeitigen Auflösung des Vertragsverhältnisses berechtigt, kann nur anhand des Einzelfalles beurteilt werden“ (RIS-Justiz RS 0108379). Um nicht durch die Vereinbarung beliebiger Vertragsverletzungen als wichtige Gründe die zwingenden gesetzlichen Kündigungsfristen umgehen zu können, müssen diese „wesentlichen Vertragsbestimmungen“ wohl ähnlich schwerwiegend sein, wie die im Gesetz erwähnten (vgl dazu ausführlich *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 371).

¹⁶¹ Unter Tötlichkeit wird überwiegend jede schuldhaft, objektiv gegen die körperliche Integrität gerichtete Handlung verstanden (*Jabornegg*, HVG (1987), 463 f; vgl dazu auch ausführlich *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 376, nach welchem es auch nicht auf die der Handlung zugrunde liegende Absicht ankomme).

¹⁶² „Unter das Tatbestandsmerkmal der Ehrverletzung fallen alle Handlungen (insbesondere Äußerungen), die geeignet sind, das Ansehen und die soziale Wertschätzung des Betroffenen durch Geringschätzung, Vorwurf einer niedrigen Gesinnung, üble Nachrede, Verspottung oder Beschimpfung herabzusetzen und auf diese Weise das Ehrgefühl des Betroffenen, wenn er davon erfährt, zu verletzen“ (OGH 26.01.2006, 8 ObA 83/05x). „Entscheidend ist, ob die Ehrenbeleidigung nach ihrer Art und nach den Umständen, unter welchen sie erfolgt, von einem Menschen mit normalem Ehrgefühl nicht anders als mit dem Abbruch der Beziehungen beantwortet werden kann“ (OGH 13.05.1986, 14 Ob 64/86; vgl dazu ausführlich *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 377).

¹⁶³ Die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen des Handelsvertreters berechtigt den Unternehmer, das Vertragsverhältnis gem § 22 Abs 2 Z 5 HVertrG vorzeitig aufzulösen. Die Frage des Verschuldens des Handelsvertreters an der Konkurseröffnung ist nur im Zusammenhang mit dem Ausgleichsanspruch relevant, da nur die verschuldete Konkurseröffnung und die damit im Zusammenhang stehende Vertragsauflösung den Ausgleichsanspruch entstehen lassen (RIS-Justiz RS 0111006; RIS-Justiz RS 0111007; so auch *Tschuk*, Ausgleichsanspruch (1994), 17). Allein die Tatsache der Konkurseröffnung sagt aber noch nichts darüber aus, ob die Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung vom Handelsvertreter auch schuldhaft herbeigeführt wurde (so zB OGH 10.07.2003, 6 Ob 104/03t [Konkurs eines Kfz-Vertragshändlers]; OLG Hamm 09.06.2004, 35 W 5/04, NJW-RR 2004, 154; vgl auch *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 380, welcher die unverschuldete Herbeiführung des Konkurses durch den Handelsvertreter zwar als „durchaus vorstellbar“ bezeichnet, dies seiner Ansicht nach aber „eher selten der Fall“ sein wird).

¹⁶⁴ OGH 30.06.1998, 1 Ob 342/97v.

c) Exkurs: Insolvenz des Franchisenehmers

Während die Insolvenzeröffnung über das Vermögen des Handelsvertreters jedenfalls einen wichtigen Grund zur vorzeitigen Vertragsauflösung darstellt¹⁶⁵, so reicht die bloße Besorgnis des Geschäftsherrn, es könne zur Insolvenz des Handelsvertreters kommen, für die Rechtfertigung der Auflösung des Vertragsverhältnisses nicht. Dies ergibt sich schon aus der üblicherweise nicht vorhandenen Zahlungspflicht des Handelsvertreters gegenüber seinem Geschäftsherrn. Insofern sind die schlechten finanziellen Verhältnisse des Handelsvertreters für den Geschäftsherrn bedeutungslos.¹⁶⁶

Etwas anders gelagert ist die Situation mE im Verhältnis von Franchisenehmer und Franchisegeber. Die primäre Leistungspflicht liegt hier in der Bezahlung bzw dem Kauf der Produkte des Franchisegebers.¹⁶⁷ Gerade im Rahmen der analogen Anwendung des HVertrG auf Franchisenehmer kann eine schleppende Zahlungsweise bzw ein Zahlungsverzug des Franchisenehmers geeignet sein, das gegenseitige Vertrauensverhältnis derart zu erschüttern, dass ein wichtiger Grund für die vorzeitige Auflösung des Vertrages vorliegt. Bei offenkundig unmittelbar drohender Insolvenz kann ein weiteres Festhalten am Vertrag für den Unternehmer unzumutbar sein.¹⁶⁸ Der Franchisegeber ist bei Insolvenz des Franchisenehmers zwar idR zur Auflösung des Vertragsverhältnisses berechtigt, dennoch wird das Vertragsverhältnis nicht automatisch aufgelöst.¹⁶⁹ Der Franchisegeber muss erst die Kündigung aussprechen.¹⁷⁰

Die Insolvenz alleine ist jedoch – unabhängig von der Frage der Kündigung aus wichtigem Grund – noch nicht genug, um einen Ausgleichsanspruch zu verneinen, da sie zusätzlich *verschuldet* zustande gekommen sein muss. Der OGH¹⁷¹ sieht „keinen typischen Zusammenhang“ zwischen der Konkursöffnung und einem Verschulden.

Eine unverschuldete Insolvenz des Handelsvertreters ist zwar vorstellbar, aber wohl sehr selten der Fall.¹⁷² Beim Franchisenehmer kann dies mE eher vorkommen.¹⁷³ Dieser

¹⁶⁵ § 22 Abs 2 Z 5 HVertrG.

¹⁶⁶ OGH 30.09.1996, 6 Ob 2072/96s.

¹⁶⁷ Für den Vertragshändler: *Thume in Küstner/Thume*, Außendienstrecht III³, 225 Rz 29; für den Franchisenehmer zB: *Grohmann*, Franchising² (1999), 61 f, welcher eine Verpflichtung des Franchisenehmers zur Absatzförderung (Anm: und damit implizit zum Kauf der Produkte des Franchisegebers) annimmt; auch *M. Mohr*, Der Franchisevertrag (1999), 21 f, führt die Pflicht zur Leistung des Entgelts als erste Verpflichtung des Franchisenehmers an.

¹⁶⁸ OGH 30.09.1996, 6 Ob 2072/96s; vgl auch für Vertragshändler: *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 379.

¹⁶⁹ *Thume in Küstner/Thume*, Außendienstrecht III³, 250 Rz 35 mwN.

¹⁷⁰ *Rafsendjani*, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (1999), 206 f.

¹⁷¹ OGH 29.10.1998, 2 Ob 275/98z.

¹⁷² *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 380.

trägt – im Gegensatz zum Handelsvertreter – auch das Risiko eines Forderungsausfalls. Dadurch kann es sehr wohl zu einer (unverschuldeten) Insolvenz kommen.¹⁷⁴

Somit ist es mE zwar möglich, dass der Franchisegeber in diesem Zusammenhang früher dazu berechtigt ist, das Vertragsverhältnis aus wichtigem Grund aufzulösen, als dies dem Geschäftsherrn im Rahmen seines Handelsvertretervertrags erlaubt ist. Es ist jedoch eher im Franchisevertrag denkbar, dass trotz Insolvenzeröffnung über das Vermögen des Franchisenehmers ein Ausgleich zu zahlen ist, als dies beim Handelsvertretervertrag der Fall sein wird.

Fraglich ist, ob dann von einer verschuldeten Insolvenz bzw einer verschuldeten Zahlungsunfähigkeit gesprochen werden kann, wenn diese beim Franchisenehmer aufgrund wirtschaftlich realitätsferner Abnahmeverpflichtungen eingetreten ist oder im vorvertraglichen Stadium mit falschen Prognosen über das zu erwartende Geschäft des Franchisenehmers gelockt wurde. Hier ergeben sich in der Praxis wohl oft komplexe und aufwendige Beweisprobleme.

In der Leitsatzentscheidung des BGH vom 06.10.2010¹⁷⁵ hatte die beklagte Partei argumentiert, die (analoge) Anwendbarkeit des § 89b dHGB scheitere daran, dass der insolvente Vertragshändler nicht infolge der Beendigung des Vertragsverhältnisses, sondern wegen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens Ansprüche auf Provision verloren habe. Der BGH stellte klar, dass es auf die Gründe der Vertragsbeendigung ebenso wenig ankomme, wie darauf, ob der Handelsvertreter „bei der gedachten Fortsetzung des Handelsvertreterverhältnisses überhaupt noch zur Vermittlung weiterer provisionspflichtiger Geschäfte imstande gewesen wäre.“¹⁷⁶ Ein Ausgleichsanspruch sei auch dann nicht ausgeschlossen, wenn der Handelsvertreter nach der Beendigung des Vertrags seinen Geschäftsbetrieb eingestellt hat. Aufgrund des Regelungszwecks des § 89b dHGB¹⁷⁷ gelte Gleiches, wenn die Betriebseinstellung – wie

¹⁷³ Gleich gelagert ist der Fall beim Vertragshändler.

¹⁷⁴ Nocker, HVertrG, § 24 Rz 380.

¹⁷⁵ BGH 06.10.2010, VIII ZR 209/07, GWR 2010, 547 (Anm Zanier-Link): noch zur alten Fassung des § 89b dHGB, in welchem die Provisionsverluste eine eigene, materielle Anspruchsvoraussetzung darstellten und nicht im Rahmen der Billigkeit behandelt wurden.

¹⁷⁶ BGH 06.10.2010, VIII ZR 209/07, Erw 23, GWR 2010, 547 (Anm Zanier-Link).

¹⁷⁷ Dieser bestehe darin, „dem Handelsvertreter für einen auf seiner Tätigkeit beruhenden, ihm aber infolge der Beendigung des Vertragsverhältnisses nicht mehr vergüteten Vorteil des Unternehmers, wie er in der Schaffung des Kundenstamms liegt, eine Gegenleistung zu gewähren“.

im behandelten Urteil – auf die Insolvenz des Vertragshändlers oder Handelsvertreters zurückzuführen ist.¹⁷⁸

d) Überbindung auf einen Dritten

Der ausscheidende Handelsvertreter hat keinen Ausgleichsanspruch, wenn er „gemäß einer aus Anlaß der Beendigung des Vertragsverhältnisses getroffenen Vereinbarung mit dem Unternehmer, die Rechte und Pflichten, die er nach dem Vertrag hat, einem Dritten überbindet“.¹⁷⁹ Dieser auf Art 18 lit c HV-RL beruhende Ausschlussgrund geht von der Erwägung aus, dass „der Handelsvertreter seine Rechte und Pflichten aus dem Vertragsverhältnis im Einverständnis mit dem Unternehmer nur dann auf einen Dritten übertragen wird, wenn er von dem Dritten mit einer entsprechenden Gegenleistung für die Übertragung der Vertretung abgefunden worden ist“.¹⁸⁰ Die Bestimmung findet aber grds genauso auf die vom Nachfolger nicht vergütete Übertragung Anwendung.¹⁸¹ Die Formulierung „aus Anlaß der Beendigung des Vertragsverhältnisses“ meint wohl nur, dass die zwingende Übertragung des Handelsvertreterverhältnisses auf einen Dritten und damit der Ausschluss des Ausgleichsanspruchs nicht bereits im Handelsvertretervertrag selbst vereinbart werden kann.¹⁸² Der Dritte erwirbt grds alle Rechte und Pflichten des ausscheidenden Handelsvertreters und somit auch die Anwartschaft auf den – noch vom Ausscheidenden erworbenen – Ausgleichsanspruch.¹⁸³ Der Eintritt in das bestehende Vertragsverhältnis birgt allerdings sowohl für den ausscheidenden als auch für den nachfolgenden Handelsvertreter ein beträchtliches Risiko. Es kann nämlich dazu kommen, dass zB aufgrund eines ausgleichsschädlichen

¹⁷⁸ BGH 06.10.2010, VIII ZR 209/07, Erw 24, GWR 2010, 547 (mit Anm von *Zanier-Link*); zur Relevanz der Provisionsverluste vgl unten Seite 62.

¹⁷⁹ § 24 Abs 3 Z 3 HVertrG.

¹⁸⁰ EB RV 578 BlgNR 18. GP, 15; vgl auch *Thume* in *Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 203 zu Kapitel XI, welche meinen, es käme allein schon deshalb selten zu einer Vergütung des ausscheidenden Handelsvertreters, weil dessen Nachfolger oft das eigene Kind sei, welches das Vertragsverhältnis mit dem Unternehmer fortsetzen solle.

¹⁸¹ *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 417; *Thume* in *Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 209 zu Kapitel XI.

¹⁸² *Tschuk*, Ausgleichsanspruch (1994), 97; zustimmend *Nocker*, Ausgleichsanspruch (2001), 67 Rz 262, der die Formulierung des Gesetzgebers als „etwas unglücklich“ bezeichnet; so auch *Löwisch* in *E/B/J/S*, HGB² (2008), § 89b Rz 65: Die Regelung sei „wenig geglückt und methodisch ungenau“.

¹⁸³ EB RV 578 BlgNR 18. GP, 15.

Auflösungsgrundes weder der vorherige noch der neue Handelsvertreter einen Ausgleichsanspruch erwerben.¹⁸⁴

„Dogmatisch gesehen handelt es sich um die Übertragung eines Schuldverhältnisses im Ganzen. Während auf der Unternehmerseite keine Veränderung eintritt, wird der Vertragspartner ausgetauscht: An die Stelle des Handelsvertreters tritt sein Nachfolger.“¹⁸⁵

Da der Dritte an die Stelle des ausscheidenden Handelsvertreters in das sonst unverändert fortbestehende Vertragsverhältnis eintritt, ist an sich schon die ganz grundlegende Anspruchsvoraussetzung der Beendigung des Vertragsverhältnisses nicht gegeben.¹⁸⁶ Nach *Tschuk*¹⁸⁷ ist der insofern irreführende Zusatz im Gesetzeswortlaut „aus Anlaß der Beendigung des Vertragsverhältnisses“ nur im Sinne von „aus Anlaß des Ausscheidens des Handelsvertreters“ zu verstehen.

Nach hL können anlässlich des Eintritts des Nachfolgers in den bestehenden Vertrag auch einzelne Vertragsänderungen vorgenommen werden, doch dürfen diese nicht so gravierend sein, dass das Vertragsverhältnis inhaltlich seine Identität verliert, da ansonsten nicht mehr vom Eintritt in einen bestehenden Vertrag gesprochen werden kann.¹⁸⁸

3. Die Geltendmachung

Der Handelsvertreter hat den Ausgleichsanspruch innerhalb eines Jahres nach Vertragsbeendigung geltend zu machen.¹⁸⁹ Die einjährige Frist zur Geltendmachung stellt eine Präklusivfrist dar, dh die nicht rechtzeitige Geltendmachung führt zum endgültigen Erlöschen des Anspruchs.¹⁹⁰ Ausnahmen davon können sich evtl bei Vertragsauflösung aufgrund des Todes des Handelsvertreters und daran anschließender

¹⁸⁴ Vgl dazu ausführlich *Nocker*, Ausgleichsanspruch (2001), 68 Rz 264 ff.

¹⁸⁵ *Thume* in *Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 205 zu Kapitel XI mwN.

¹⁸⁶ *Tschuk*, Ausgleichsanspruch (1994), 95 ff; zustimmend *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 420; *Thume* in *Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 208 zu Kapitel XI mwN BGH 20.06.1985, IX ZR 173/84, NJW 1985, 2528.

¹⁸⁷ *Tschuk*, Ausgleichsanspruch (1994), 97.

¹⁸⁸ *Thume* in *Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 206 zu Kapitel XI mwN *Westphal*, Vertriebsrecht I (1998), Rz 1168; *Löwisch* in *E/B/J/S*, HGB² (2008), § 89b Rz 66; ausführlich *Kiene*, Der Verkauf einer Handelsvertretung, NJW 2006, 2007 ff.

¹⁸⁹ § 24 Abs 5 HVertrG; § 89b Abs 4 dHGB; Art 17 Abs 5 HV-RL.

¹⁹⁰ Vgl dazu ausführlich *Tschuk*, Ausgleichsanspruch (1994), 108 f; *Nocker*, Ausgleichsanspruch (2001), 139 Rz 530; *Küstner* in *Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 158 zu Kapitel V.

Schwierigkeiten in der Feststellung der berechtigten Erben ergeben.¹⁹¹ Es ist mittlerweile unstreitig, dass der Anspruch auch schon vor dem rechtlichen Vertragsende wirksam geltend gemacht werden kann.¹⁹²

Entscheidend für den Beginn der Frist ist nicht der Zeitpunkt der Einstellung der Tätigkeit, sondern allein das rechtliche Ende des Handelsvertreterverhältnisses.¹⁹³

Für die wirksame Geltendmachung genügt die rechtzeitige, formlose Mitteilung an den Unternehmer.¹⁹⁴ Eine (ungefähre) Bezifferung ist nicht notwendig.¹⁹⁵ Es kommt nur auf die dem Unternehmer innerhalb der einjährigen Frist zugegangene Mitteilung des Handelsvertreters an.

Unabhängig von der einjährigen Präklusionsfrist zur Geltendmachung unterliegt der Ausgleichsanspruch gem § 18 HVertrG – so wie alle Ansprüche aus dem Handelsvertreterverhältnis – einer dreijährigen Verjährungsfrist.¹⁹⁶ Nach *Nocker*¹⁹⁷ ist zu unterscheiden zwischen der rechtzeitigen „Anmeldung“ des Anspruchs beim Unternehmer gem § 24 Abs 5 HVertrG, durch die der Untergang des Anspruchs (Präklusion) verhindert wird und wofür eine Bezifferung des Anspruchs nicht erforderlich ist, und der Fälligestellung des Anspruchs, wofür es einer konkreten Bezifferung bedarf. Erst die Fälligestellung löse den Lauf der Verzugszinsen und den Beginn der angesprochenen Verjährung aus, nicht bereits die Anmeldung des nicht bezifferten Anspruchs.

¹⁹¹ Vgl hiezu ausführlich *Küstner in Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 174 zu Kapitel V mwN BGH 15.12.1978, I ZR 59/77, NJW 1979, 651.

¹⁹² *Nocker*, Ausgleichsanspruch (2001), 137 Rz 523; *Küstner in Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 163 zu Kapitel V mwN BGH 12.06.1963, VII ZR 272/61, NJW 1963, 2068; *Hopt*, Handelsvertreterrecht³ (2003), § 89b Rz 78.

¹⁹³ Arg § 24 Abs 1 HVertrG: „Nach Beendigung des Vertragsverhältnisses [...]“; so auch *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 753;

¹⁹⁴ Auch eine mündliche Mitteilung genügt; *Nocker*, Ausgleichsanspruch (2001), 138 Rz 528; *Küstner in Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 179 zu Kapitel V.

¹⁹⁵ *Viehböck*, Der Ausgleichsanspruch nach dem neuen Handelsvertretergesetz, *ecolex* 1993, 221 (226); *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 760.

¹⁹⁶ *Viehböck*, Der Ausgleichsanspruch nach dem neuen Handelsvertretergesetz, *ecolex* 1993, 221 (226).

¹⁹⁷ *Nocker*, Ausgleichsanspruch (2001), 141 Rz 534 mwN *Brüggemann in Staub*, Großkomm HGB I⁴, § 89b Rz 115; so auch *Emde in Staub*, Großkomm HGB II⁵, § 89b Rz 333; zum Meinungsstreit in Deutschland vgl ausführlich *Thume in Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 1 ff zu Kapitel XIV.

4. Beweislast

Die Beweislastverteilung ist in der Praxis oft von entscheidender Relevanz.¹⁹⁸ Prinzipiell gilt die allgemeine Beweislastregel, wonach jede Partei die für ihren Rechtsstandpunkt günstigen Normen behaupten und beweisen muss.¹⁹⁹

So meint auch der OGH²⁰⁰, der Handelsvertreter trage die Beweislast für die Anspruchsvoraussetzungen des Ausgleichsanspruchs. Gelingt ihm der Beweis für die Zuführung neuer Kunden und der Nachweis der getätigten Geschäftsabschlüsse, treffe ihn allerdings für die restlichen Anspruchsvoraussetzungen eine Beweiserleichterung. Im Gegenzug sei der Unternehmer behauptungs- und beweislastpflichtig, dass die ihm durch den Handelsvertreter geschaffenen Verdienstchancen über die Beendigung des Vertragsverhältnisses hinaus keinen Bestand haben.²⁰¹

Dem Unternehmer trifft im Rahmen der Berechnung des Ausgleichsanspruchs auch die Beweislast dafür, zu welchem Anteil Provisionen dazu bestimmt sind, vermittlungsfremde Tätigkeiten des Vertreters abzugelten.²⁰²

5. Unabdingbarkeit

Gem § 27 Abs 1 HVertrG darf der Ausgleichsanspruch im Vorhinein vertraglich zum Nachteil des Handelsvertreters weder aufgehoben noch beschränkt werden. Gleiches gilt grds auch für Vertragshändler und Franchisenehmer.²⁰³

Auch etwaige Abwälzungsvereinbarungen und Einstandszahlungen sind unter diesem Gesichtspunkt zu betrachten. Einstandszahlungen sind demnach unzulässig, wenn ihnen keine adäquate Gegenleistung gegenübersteht und sie in einer wirtschaftlichen

¹⁹⁸ Vgl dazu ausführlich *Thume in Küstner/Thume*, Außendienstrecht III³, 666 Rz 21 ff mwN.

¹⁹⁹ RIS-Justiz RS 0039930; RIS-Justiz RS 0037797; RIS-Justiz RS 0109832.

²⁰⁰ RIS-Justiz RS 0106003.

²⁰¹ Vgl dazu auch *Thume in Küstner/Thume*, Außendienstrecht III³, 667 Rz 22 ff mwN zur dt Rsp.

²⁰² *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 584, Rz 599 mwN BGH 01.06.2005, VIII ZR 335/04 (Versicherungsvertreter), EWiR 2005, 799 (Anm *Küstner*).

²⁰³ *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 190; *Thume in Küstner/Thume*, Außendienstrecht III³, 315 Rz 107, 387 Rz 40 mwN BGH 26.11.1984, VIII ZR 214/83 („Opel“), BB 1985, 218 (224 f); BGH 06.02.1985, I ZR 175/82, NJW 1985, 3076 (3077); BGH 12.03.1992, I ZR 117/90, NJW-RR 1992, 1059; für selbständige Versicherungsvertreter vgl RIS-Justiz RS 0117310.

Gesamtbetrachtung bloß der Beschränkung oder Umgehung des Ausgleichsanspruchs dienen.²⁰⁴

C. Die materiellen Anspruchsvoraussetzungen

Für die Ausgleichsberechnung und die damit in engem Zusammenhang stehende Frage, in welchem Umfang der sich aus der Vertragsbeendigung ergebende und fristgerecht geltend gemachte Ausgleichsanspruch im Einzelfall zusteht, sind grds nur die drei materiellen Anspruchsvoraussetzungen gem § 24 Abs 1 Z 1 bis 3 HVertrG²⁰⁵ maßgebend.²⁰⁶

Es sei hier angemerkt, dass die in der Praxis manchmal schon anfangs ins Spiel gebrachte Ausgleichshöchstgrenze von einer Jahresvergütung²⁰⁷ keine Bemessungsgrundlage darstellt, sondern dass ihr vielmehr nur eine „Maximierungsfunktion“ zukommt. Sie legt als „Kappungsgrenze“ den Höchstbetrag fest, den der Ausgleichsanspruch nicht überschreiten darf.²⁰⁸ Der ausschließlich mit den drei materiellen Voraussetzungen ermittelte Ausgleichsanspruch wird als „Rohausgleich“ bezeichnet.

Außer der Vertragsbeendigung und der fristgerechten Geltendmachung müssen gem § 24 Abs 1 HVertrG folgende Voraussetzungen vorliegen:

- Z 1: Der Handelsvertreter muss dem Unternehmer neue Kunden zugeführt oder bereits bestehende Geschäftsverbindungen wesentlich erweitert haben.

²⁰⁴ Vgl zB OGH 24.02.2010, 3 Ob 212/09m (Tankstellenpächter); ausführlich *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 217 ff; *Thume in Küstner/Thume*, Außendienstrecht III³, 315 Rz 109 ff; *Thume*, Die Bedeutung des Kundenstamms im Vertriebsrecht, BB 2009, 1026 (1028 ff).

²⁰⁵ Neukundenwerbung, Unternehmervorteil und Billigkeitsgrundsatz.

²⁰⁶ Vgl *Küstner in Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 7 zu Kapitel IV, wo noch die Provisionsverluste des Handelsvertreters (Anm: bedingt durch die damalige Formulierung des § 89b dHGB) als eigene materielle Voraussetzungen gezählt wurden und es somit nach (damaliger) dt Rechtslage insgesamt vier materielle Voraussetzungen gab; zum Thema inwieweit wirklich nur die materiellen Voraussetzungen für die Höhe des Ausgleichsanspruchs maßgeblich sind, vgl *Thume in Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 45 ff zu Kapitel IX mwN zur dt Rsp: Die Ansicht, es seien ausschließlich die materiellen Voraussetzungen für die Höhe entscheidend, sei demnach insofern zu relativieren als im Rahmen der Billigkeitsprüfung sehr wohl Umstände bei der Kündigung des Vertrages Einfluss auf die Höhe des Ausgleichsanspruchs haben können. Dies nämlich vor allem dann, wenn sich die Umstände direkt aus dem Verhalten des Handelsvertreters ergäben; vgl auch *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 680 f mwN.

²⁰⁷ § 24 Abs 4 HVertrG.

²⁰⁸ *Küstner in Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 8 zu Kapitel IV.

- Z 2: Es muss zu erwarten sein, dass der Unternehmer oder dessen Rechtsnachfolger aus diesen Geschäftsverbindungen auch noch nach Auflösung des Vertragsverhältnisses erhebliche Vorteile ziehen kann.
- Z 3: Die Zahlung eines Ausgleichs muss unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere der dem Handelsvertreter aus Geschäften mit den betreffenden Kunden entgehenden Provisionen, der Billigkeit entsprechen.

*Küstner*²⁰⁹ folgend sind nachstehende Grundsätze – auch für das Verständnis der Systematik des Gesetzes einerseits und einer gesetzeskonformen Ausgleichsberechnung andererseits - von entscheidender Bedeutung:

- Allein und ausschließlich die drei materiellen Anspruchsvoraussetzungen kommen als Bemessungsgrundlage für die Höhe des Ausgleichsanspruchs in Betracht.
- Die Ausgleichshöchstgrenze als Maximalbetrag hat als Bemessungsgrundlage keine Bedeutung.
- Jeder einzelnen der drei materiellen Anspruchsvoraussetzungen kommt selbstständige Bedeutung zu.
- Für die Entstehung eines Ausgleichsanspruchs müssen alle drei materiellen Anspruchsvoraussetzungen nebeneinander erfüllt sein.

Daraus folgt ua, dass es nicht der gesetzlichen Regelung gerecht wird, wenn bei der Ausgleichsberechnung unter Außerachtlassung sowohl der Unternehmervorteile als auch der Provisionsverluste des Handelsvertreters allein Billigkeitsgesichtspunkte berücksichtigt werden, mag die Zahlung eines Ausgleichs im konkreten Fall auch als noch so „gerecht“ empfunden werden.²¹⁰

Die Notwendigkeit einer Prüfung sämtlicher, allein als Bemessungsgrundlage in Betracht kommender, Anspruchsvoraussetzungen ergibt sich aus dem Wortlaut des Gesetzes. In § 89b Abs dHGB²¹¹ heißt es nämlich, dass der Handelsvertreter vom Unternehmer nach Beendigung des Vertragsverhältnisses „einen angemessenen Ausgleich verlangen kann, wenn und soweit“ die in den Z 1 bis 3²¹² genannten Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind.

²⁰⁹ Vgl dazu ausführlich *Küstner in Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 12 ff zu Kapitel IV.

²¹⁰ *Küstner in Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 13 zu Kapitel IV.

²¹¹ Wie auch in § 24 Abs 1 HVertrG.

²¹² Sinngleich § 24 Abs 1 Z 1 bis 3 HVertrG.

„Wenn“ bedeutet in diesem Zusammenhang, dass alle drei Voraussetzungen erfüllt sein müssen und „soweit“ bezieht sich darauf, dass sämtliche Anspruchsvoraussetzungen nebeneinander „übereinstimmend“ in gleicher Höhe erfüllt sein müssen. Es kommt nicht darauf an, dass eine Anspruchsvoraussetzung in Höhe von € 60.000.- vorliegt, während die anderen zwei mit nur € 50.000.- vorliegen. Im Endeffekt bleibt der übereinstimmende Betrag von € 50.000.- relevant.²¹³

1. Kundenwerbung

a) Neukunden

Kunden sind die Geschäftspartner des Unternehmers, welche dessen Erzeugnisse erwerben oder Dienstleistungen in Anspruch nehmen.²¹⁴ Es muss zu zumindest einem Geschäftsabschluss kommen, um von einem Kunden iSd § 24 Abs 1 Z 1 HVertrG sprechen zu können²¹⁵, wobei der geworbene Kunde nicht nur ein einziges, einmaliges Geschäft mit dem Unternehmer abschließen darf, sondern mit diesem in eine je nach Branche völlig verschiedenartig dauernde Geschäftsverbindung tritt, also vom „Laufkunden“ zum „Stammkunden“ wird.²¹⁶ Die Kenntnis des Unternehmers von Name und Anschrift eines Interessenten ohne einen konkreten Vertragsabschluss genügt nicht, um den Kundenbegriff zu erfüllen.²¹⁷

Keine Kunden sind Dritte, die der Handelsvertreter geworben hat, weil sie den potenziellen Kundenkreis beeinflussen können. Es kann jedoch unter Umständen von Kunden iSd § 24 Abs 1 Z 1 HVertrG gesprochen werden, wenn die Kaufentscheidung wegen der besonderen Art der Vertragsprodukte und ihres Vertriebs idR nicht vom Vertragspartner des Unternehmers, sondern entscheidend von einem Dritten bestimmt wird, auf dessen Sachkunde sich der Vertragspartner des Unternehmers mangels ausreichender eigener Kenntnisse verlassen muss.²¹⁸

²¹³ Vgl dazu ausführlich *Küstner in Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 13 f zu Kapitel IV; *Tschuk*, Ausgleichsanspruch (1994), 98 f.

²¹⁴ *Von Hoyningen-Huene* in MünchKommHGB³ (2010), § 89b Rz 55 mwN.

²¹⁵ *Tschuk*, Ausgleichsanspruch (1994), 32; *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 440.

²¹⁶ *Küstner/Thume* in *Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 7 zu Kapitel VI.

²¹⁷ *Westphal*, Vertriebsrecht I (1998), Rz 940; *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 432.

²¹⁸ Vgl dazu ausführlich *Küstner/Thume* in *Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 4 zu Kapitel VI mwN BGH 11.10.1990, I ZR 32/89, NJW-RR 1991, 156, wo es ua um das Problem geht, ob ein vom Handelsvertreter geworbener Architekt selbst dann als neu zugeführter Kunde angesehen werden kann, wenn nicht er selbst Vertragspartner des Unternehmers wird, sondern er lediglich die Produkte des Unternehmers an seinen Auftraggeber (Bauherr) weiterempfiehlt; *von Hoyningen-Huene* in

Die Anzahl der vom Handelsvertreter neu zugeführten Kunden ist für das Entstehen des Ausgleichsanspruchs grds unerheblich. So kann auch die Werbung eines einzelnen (Groß-)Kunden den Ausgleichsanspruch begründen.²¹⁹ Für den Ausgleichsanspruch kommt es daher idR auf den Aufbau (und schließlich die Überlassung) eines Kundenstocks an. Der Aufbau einer Vertriebsorganisation oder die Erhöhung des Unternehmenswerts genügen nicht. Demnach ist die Erhöhung des good-will, wenn sie nicht durch die Zuführung neuer Stammkunden oder die Intensivierung von Altkunden passiert, ausgleichsrechtlich unbeachtlich.²²⁰

„Neu“ ist ein Kunde, wenn der Unternehmer mit diesem zu Beginn des Handelsvertreterverhältnisses noch in keiner Geschäftsverbindung gestanden ist.²²¹ Daher sind all jene Kunden ausgleichsrechtlich unbeachtlich, welche dem Handelsvertreter bei Beginn seines Vertragsverhältnisses vom Unternehmer zur weiteren Betreuung und Bearbeitung übertragen wurden. Dies auch dann, wenn der Handelsvertreter für Geschäfte mit diesen Kunden während des aufrechten Vertragsverhältnisses Provisionen gem § 8 Abs 2 HVertrG erhielt. Allerdings kann selbst bei Übernahme eines bereits bestehenden Unternehmens durch einen Dritten, welches schon in Geschäftsverbindung mit dem Unternehmer des Handelsvertreters stand, der Neukundenbegriff erfüllt sein. Jene Kunden, die lediglich weitere Filialen eröffnet haben, gelten grds als Altkunden. Es kommt in diesem Fall jedoch auch eine wesentliche Erweiterung der bestehenden Geschäftsbeziehungen in Betracht. Als Neukunden gelten zudem auch solche, deren frühere Geschäftsverbindung mit dem Unternehmer zum Erliegen gekommen ist. Hierfür genügt es aber nicht, dass ein früherer Kunde bloß längere Zeit keine Bestellung aufgegeben hat, etwa wegen der für den Geschäftsgang typischen längeren Bestellintervalle. Entscheidend sind der Abbruch der Geschäftsverbindung und die Mitursächlichkeit des Handelsvertreters an der Wiederaufnahme.²²²

MünchKommHGB³ (2010), § 89b Rz 56 mwN zur krit Rsp BGH 01.12.1983, I ZR 181/81, NJW 1984, 2695; vgl auch *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 432 mwN zu der in diesem Zusammenhang auch auftauchenden Problematik der Einmaligkeit der Geschäfte.

²¹⁹ *Von Hoyningen-Huene* in MünchKommHGB³ (2010), § 89b Rz 56; *Tschuk*, Ausgleichsanspruch (1994), 32; *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 433.

²²⁰ *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 434; *Thume* in *Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 75 zu Kapitel VII mwN.

²²¹ OGH 20.02.2003, 6 Ob 170/02x.

²²² OGH 20.02.2003, 6 Ob 170/02x zustimmend zu *Nocker*, Ausgleichsanspruch (2001), 72 Rz 280 f mwN.

Nach *Nocker*²²³ treten in der Praxis – vor allem bei mehrstufigen oder atypischen Handelsvertreter- (zB Tankstellenpächter) oder Vertragshändlersystem (Kfz-Vertragshändler – Importeur – Hersteller) – immer wieder Missverständnisse darüber auf, ob der Kunde nun für den Handelsvertreter oder den Unternehmer neu sein muss. Diese gehe laut *Nocker* jedoch – richtigerweise - klar aus dem Wortlaut des Gesetzes hervor: „Der Kunde muss für den Unternehmer neu sein, nicht für den Handelsvertreter (Tankstellenhalter), Vertragshändler oder Franchisenehmer.“ Dementsprechend sind auch Kunden, welche der Handelsvertreter bereits im Rahmen eines früheren Angestelltenverhältnisses oder einer vorherigen Vertretertätigkeit für einen anderen Unternehmer geworben hat, als Neukunden zu betrachten, weil sie für den Unternehmer Neukunden sind.²²⁴ Dieser Ansicht kann mE nur gefolgt werden, da das Abstellen auf die Neukundeneigenschaft beim Handelsvertreter nicht nur dem Gesetzeswortlaut, sondern auch dem Sinn und Zweck dieser Bestimmung widersprechen würde.

b) Altkunden

Zu den ausgleichsrelevanten Kunden zählen neben den vom Handelsvertreter neu geworbenen Kunden auch solche, die zwar schon eine Geschäftsverbindung mit dem Unternehmer hatten, diese aber durch die werbende Tätigkeit des Handelsvertreters wesentlich erweitert wurde („intensivierte Altkunden“). Unklar ist, ab wann die vom Gesetz verlangte „wesentliche“ Erweiterung vorliegt. Klar ist lediglich, dass nicht bereits jede (geringfügige) Umsatzausweitung die angesprochene Tatbestandsvoraussetzung erfüllt.²²⁵ Um überhaupt feststellen zu können, ob es zu einer Umsatzausweitung gekommen ist, muss der/die vom Unternehmer erzielte Umsatz/Absatzmenge vor Beginn des Handelsvertreterverhältnisses mit jenem/jener zum Zeitpunkt der Vertragsauflösung verglichen werden.²²⁶

Neben der Frage, ab wann eine „wesentliche“ Erweiterung bestehender Geschäftsverbindungen vorliegt, ist ein entscheidender Punkt, ob es für diese

²²³ *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 438.

²²⁴ *Küstner/Thume* in *Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 17 zu Kapitel VI.

²²⁵ So auch *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 505.

²²⁶ *Küstner/Thume* in *Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 32 zu Kapitel VI; *Westphal*, Vertriebsrecht I (1998), Rz 945; *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 505.

Berechnung auf den Gesamtumsatz oder die einzelnen Kundenbeziehungen ankommt. Nach wohl hA²²⁷ ist nicht ein Gesamtvergleich aller Geschäftsverbindungen ausschlaggebend, sondern es muss jede einzelne Geschäftsverbindung für sich betrachtet werden. So könne es auch dazu kommen, dass der Gesamtumsatz während der Tätigkeit des Handelsvertreters zwar zurückgegangen ist, er jedoch trotzdem für die wesentliche Erweiterung einzelner Geschäftsverbindungen in den Genuss eines Ausgleichsanspruchs kommt. Aus der Betrachtung der einzelnen Geschäftsverbindungen ergibt sich auch, dass das Abspringen von Altkunden grds nicht ausgleichsmindernd sein darf.²²⁸ Anderes soll nur gelten, wenn der Handelsvertreter unter Verletzung seiner Vertragspflichten die alten Kunden schuldhaft vernachlässigte und diese deshalb die Geschäftsverbindungen zu dem Unternehmer lösten.²²⁹

Ab wann eine „wesentliche“ Erweiterung bestehender Geschäftsverbindungen vorliegt, muss immer im Einzelfall beurteilt werden. Man wird diese aber jedenfalls bei einer Umsatzverdoppelung annehmen können, wobei nach der Rsp die 100%ige Steigerung keine „starre Grenze“ sei.²³⁰ Im Gegensatz zu Deutschland, wo – entsprechend dem Wortlaut von § 89b dHGB – es für eine wesentliche Erweiterung bestehender Geschäftsverbindungen notwendig ist, dass diese „wirtschaftlich der Werbung eines neuen Kunden entspricht“²³¹, wird in Österreich die allgemeine ausgleichsrelevante Grenze jedenfalls nicht unter 50% angenommen werden können.

Ob die „Intensivierung“ auf quantitativer²³² oder qualitativer²³³ Ebene stattfindet, ist grds irrelevant, solange es nur insgesamt zu einer Erhöhung der beim Kunden

²²⁷ So zB *Küstner/Thume* in *Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 40 ff zu Kapitel VI; *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 505; *Tschuk*, Ausgleichsanspruch (1994), 37; *Emde* in *Staub*, HGB II⁵, § 89b Rz 70; so auch OGH 20.02.2003, 6 Ob 170/02x: „Maßgebend ist die Umsatzentwicklung jedes einzelnen Kunden, der für die Berechnung des Ausgleichs in Frage kommt und nicht bloß die Zahl dieser Kunden und die Umsatzsteigerungen insgesamt.“

²²⁸ *Thume* in *Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 107 zu Kapitel IX mwN BGH 15.10.1964, VII ZR 150/62, NJW 1965, 248.

²²⁹ *Thume* in *Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 107 zu Kapitel IX mwN.

²³⁰ OGH 20.02.2003, 6 Ob 170/02x mwN *Tschuk*, Ausgleichsanspruch (1994), 37; *Nocker*, Ausgleichsanspruch (2001), 82 Rz 313, welcher ausdrücklich meint, dass „sogar auch eine wesentlich geringere Umsatzausweitung [Anm: als 100%] als ausreichend angesehen“ werden könne; vgl auch *Küstner/Thume* in *Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 38 ff zu Kapitel VI mwN zur dt Rsp.

²³¹ § 89b dHGB Abs 1 Satz 2.

²³² Umsatzausweitung mit Produkten, die der Kunde schon bisher bezogen hat.

²³³ Der Kunde erwirbt neue, bisher noch nicht bezogene Produkte des Unternehmers. Zum Problem der Ausweitung des Sortiments durch den Unternehmer vgl unten Seite 46.

abgesetzten Menge kommt und diese Erhöhung auch auf die werbende Tätigkeit des Handelsvertreters zurückzuführen ist.²³⁴

In der Praxis denkbar ist der Fall, dass es dem Handelsvertreter aufgrund intensiver Bemühungen zwar gelingt, die Absatzmenge beim Kunden deutlich zu erhöhen, es aber aufgrund des allgemeinen Preisverfalls bei den jeweiligen Produkten²³⁵ dennoch zu keiner (wesentlichen) Steigerung der Umsatzerlöse kommen kann. *Tschuk*²³⁶ und *Nocker*²³⁷ vertreten hier die Ansicht, dass der Unternehmer – auch ohne Steigerung der Umsatzerlöse – trotzdem einen ausgleichsrelevanten Vorteil haben kann, der sich im Umsatzvolumen niederschlägt. Der Vorteil bestehe vor allem darin, dass ohne die werbende Tätigkeit des Handelsvertreters der Umsatz nicht nur stagniere, sondern überhaupt rückläufig bzw. „noch rückläufiger“ wäre.²³⁸ *Nocker*²³⁹ argumentiert weiter, dass „genauso wie eine ausschließlich in einer Preissteigerung begründete Erhöhung der Umsatzerlöse bei gleich bleibender Absatzmenge außer Betracht zu bleiben hat, hat dies auch im umgekehrten Fall einer Verminderung der Umsatzerlöse – auch hier wieder bei gleich bleibender Absatzmenge – zu gelten.“

aa. Reaktivierung von Altkunden

Reißt ein früher bestandener Geschäftskontakt des Unternehmers im Laufe der Zeit völlig ab, gelingt es aber dem Handelsvertreter, diesen Kunden für den Unternehmer wiederzugewinnen, handelt es sich – trotz damals vorhandener Geschäftsbeziehung – um eine einem Neukunden gleichzustellende Kundenakquirierung.²⁴⁰

²³⁴ Vgl dazu ausführlich *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 512 mwN; so auch OGH 20.02.2003, 6 Ob 170/02x.

²³⁵ *Tschuk*, Ausgleichsanspruch (1994), 37 f, welche hier als Beispiel den Verkauf von Computer-Hardware behandelt.

²³⁶ *Tschuk*, Ausgleichsanspruch (1994), 37 f.

²³⁷ *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 510.

²³⁸ Vgl auch *Thume* in *Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 78 zu Kapitel VII mwN.

²³⁹ *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 510 mwN *Brüggemann* in *Staub*, HGB I⁴, § 89b Rz 36; *Müller*, Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters nach § 89b I 2 HGB wegen erweiterter Altkundenbeziehung auch bei Umsatzrückgang?, NJW 1997, 3423; *von Hoyningen-Huene* in *MünchKommHGB*³ (2010), § 89b Rz 64: „Ausnahmsweise liegt trotz Umsatzrückgang eine wesentliche Intensivierung der Altkundenbeziehung vor, wenn die erhebliche Steigerung des stückzahlmäßigen Umsatzes durch verstärkte Preisrückgänge aufgesaugt wurde“; *Löwisch* in *E/B/J/S*, HGB² (2008), § 89b Rz 84 mwN: „Die Verringerung der Verluste des Unternehmers ist ausreichend, einen Gewinn aus den Stammkundengeschäften setzt § 89 b nicht voraus“.

²⁴⁰ Vgl dazu ausführlich *Küstner/Thume* in *Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 27 ff zu Kapitel VI mwN OLG Nürnberg 19.09.1957, 3 U 94/57, NJW 1957, 1720; OLG Düsseldorf 30.10.1958, 8 U 57/58, NJW

bb. Gleichzeitige Alt- und Neukunden

Erweitert der Unternehmer sein Sortiment, ist es denkbar, dass ein und derselbe Kunde gleichzeitig Alt- als auch Neukunde ist. Stand der Kunde bisher nur im Hinblick auf Artikel einer bestimmten Branche des Unternehmers mit diesem in Geschäftskontakt und wird er nun durch die werbende Tätigkeit des Handelsvertreters Kunde der neuen Branche, so ist er insoweit ein Neukunde. Probleme, ab wann eine „neue Branche“ vorliegt können sich insb bei einer Produktionserweiterung ergeben. Geht diese nicht über den Rahmen der bisherigen Branche hinaus, kann man nicht von ausgleichsrelevanten Neukunden sprechen. Entscheidend ist hier die genaue Art der Produktionserweiterung. Ist kein Zusammenhang zwischen den neu vertriebenen Artikeln und den bisherigen Erzeugnissen feststellbar, sind die vom Handelsvertreter für diese neuen Artikel geworbenen Kunden jedenfalls als neu und somit auch ohne eine „wesentliche Erweiterung“ grds als ausgleichsrelevant anzusehen.²⁴¹

c) Ursächlichkeit der Kundenwerbung

Um in den Genuss des Ausgleichsanspruchs zu kommen, muss der Handelsvertreter an der Zuführung der Kunden ursächlich mitgewirkt haben. Lt Rsp genügt jedoch schon die Mitursächlichkeit des Handelsvertreters in Form einer objektiven Mitwirkung.²⁴² Das Offenhalten und Betreiben einer Tankstelle wird bereits als „mitursächlich“ angesehen und erfüllt somit das Kriterium der Kundenzuführung iSd § 24 Abs 1 Z 1 HVertrG.²⁴³ Mitursächlichkeit beim ersten Geschäftsabschluss genügt, um von einem ausgleichsrechtlich relevanten Neukunden zu sprechen.²⁴⁴ Auch gleichzeitige oder zusätzliche Bemühungen des Unternehmers oder seiner Mitarbeiter schaden nicht.²⁴⁵ Tritt der Kunde jedoch direkt – ohne vom Handelsvertreter dazu in irgendeiner Weise „animiert“ worden zu sein - mit dem Unternehmer in Kontakt, um mit diesem ein

1959, 104; OLG Köln 26.01.2001, 19 U 113/00, NJW-RR 2002, 101: „Dass eine Steigerung der bisherigen Umsätze auf seiner werbenden Tätigkeit beruht, hat der Handelsvertreter im Einzelnen darzulegen“.

²⁴¹ Vgl dazu ausführlich mit konkreten Beispielen *Küstner/Thume* in *Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 51 f zu Kapitel VI.

²⁴² RIS-Justiz RS 0109607.

²⁴³ OGH 28.03.2002, 8 ObA 299/01f.

²⁴⁴ *Von Hoyningen-Huene* in *MünchKommHGB*³ (2010), § 89b Rz 61 mwN zur dt Rsp; ebenso *Westphal*, Vertriebsrecht I (1998), Rz 933; *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 466; ausführlich *Emde* in *Staub*, HGB II⁵, § 89b Rz 64 ff mwN; *Hopt*, Handelsvertreterrecht⁴ (2009), § 89b Rz 14.

²⁴⁵ OGH 20.02.2003, 6 Ob 170/02x mwN *Nocker*, Ausgleichsanspruch (2001), 76 Rz 292.

Geschäft abzuschließen, kann von keiner Mitursächlichkeit und somit von keiner Kundenzuführung iSd § 24 Abs 1 Z 1 HVertrG gesprochen werden.²⁴⁶ Für *Nocker*²⁴⁷ ist allerdings Voraussetzung, dass diese Kunden „fest entschlossen“ waren, ein Geschäft mit dem Unternehmer abzuschließen, sodass der Handelsvertreter gar nicht mehr tätig werden konnte bzw. brauchte. Anders soll es sein, wenn sich ein Kunde bloß „informativ“ an den Unternehmer wendet, in weiterer Folge an den Handelsvertreter verwiesen wird und dieser dann den Geschäftsabschluss durch seine werbende Tätigkeit bewirkt. Eventuelle Provisionsansprüche des Handelsvertreters ändern grds. nichts daran, dass bei komplettem Fehlen der Mitursächlichkeit der werbenden Tätigkeit des Handelsvertreters derartige Geschäftsverbindungen keine Berücksichtigung bei der Berechnung des Ausgleichsanspruchs finden dürfen.

d) Exkurs: Spezialproblem der gesetzlich „zugeordneten“ Kunden

Wenig Diskussion gibt es, hat der Handelsvertreter durch seine werbende Tätigkeit eine Geschäftsverbindung zwischen seinem Unternehmer und einem neuen, davor nicht bekannten Kunden akquiriert. Dementsprechend spricht auch der „Beweis des ersten Anscheins“ dafür, dass die vom Handelsvertreter gewordenen Kunden ausgleichsrelevante Neukunden sind, wenn der Handelsvertreter seinen Geschäftsbezirk als „Mann der ersten Stunde“ aufgebaut hat.²⁴⁸

Anderes muss mE jedoch gelten, wenn für die Geschäftsabschlüsse nicht die Bemühungen des Handelsvertreters, sondern gesetzliche Vorgaben bzw. behördliche Auflagen ausschlaggebend waren. Es kann nämlich als allgemeine Voraussetzung angesehen werden, dass sich die Neukundeneigenschaft aufgrund vertraglicher Absprachen ergeben muss. Demnach kann von keiner Kundenbeziehung im rechtlichen

²⁴⁶ *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 464 mwN *Küstner/Thume* in *Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 21 ff zu Kapitel VI; vgl. auch *von Hoyningen-Huene* in *MünchKommHGB*³ (2010), § 89b Rz 60 mwN OLG Karlsruhe 13.01.1960, IV ZR 235/59, BB 1960, 381, wonach auch dann keine relevante Werbung durch den Handelsvertreter vorliegt, wenn der Kunde den Handelsvertreter bloß noch zur „Weiterleitung der Bestellung“ einschaltet; *Brüggemann* in *Staub*, HGB I⁴, § 89b Rz 32.

²⁴⁷ *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 464.

²⁴⁸ *Thume* in *Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 35 zu Kapitel XVII mwN BGH 12.01.2000, VIII ZR 19/99, NJW 2000, 1413.

Sinne gesprochen werden, wenn es sich bloß um behördlich vorgegebene oder auf anderen Gründen beruhende faktische Lieferverhältnisse handelt.²⁴⁹

e) Exkurs: Spezialproblem der Monopolstellung

Verfügt der Unternehmer in seiner Branche über eine Monopolstellung, spricht dies noch nicht gegen das Entstehen eines Ausgleichsanspruchs des Handelsvertreters. Es kommt alleine auf die – wenn auch in gering(er)em Maß notwendige – Beeinflussung auf die Kaufentscheidung des jeweiligen Kunden an. Das Ausmaß der Mitursächlichkeit ist für das Entstehen des Ausgleichs grds ohne Bedeutung. Es kann sich allerdings im Rahmen der Billigkeit auf dessen Höhe auswirken.²⁵⁰

Zur Relevanz der „Sogwirkung der Marke“ vgl unten Seite 75.

2. Unternehmervorteile

Neben der in § 24 Abs 1 Z 1 genannten materiellen Voraussetzung der Werbung neuer Kunden muss gem Z 2 zusätzlich zu erwarten sein, dass der Unternehmer oder dessen Rechtsnachfolger aus den angesprochenen Geschäftsverbindungen auch nach Auflösung des Vertragsverhältnisses erhebliche Vorteile ziehen kann.

Mit den im Gesetz genannten Geschäftsverbindungen sind jene vom Handelsvertreter neu aufgebauten Geschäftsverbindungen und die durch die werbende Tätigkeit des Handelsvertreters intensivierten „Alt-Geschäftsverbindungen“ gemeint.

Eine Geschäftsverbindung zeichnet sich üblicherweise dadurch aus, dass es – branchenabhängig – vielleicht selten, aber doch üblicherweise und regelmäßig, zu

²⁴⁹ Vgl dazu ausführlich *Küstner/Thume* in *Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 9 ff zu Kapitel VI mwN zur dt Rsp und dem Beispiel der Wiedervereinigung Deutschlands, wo Kunden aufgrund der besonderen Verhältnisse nur über die staatlichen Außenhandelsbetriebe beliefert wurden.

²⁵⁰ Vgl zB OGH 03.11.2005, 6 Ob 204/05a, wonach zwar die Mitursächlichkeit des Verhaltens des Handelsvertreters an der Zuführung neuer (Stamm-)Kunden schon im Offenhalten der Tankstelle liege, die aber - im konkreten Fall - der Sphäre des Unternehmers zurechenbare besondere Lage der Tankstelle bei den abschließenden Billigkeitserwägungen zu berücksichtigen sei; vgl auch *von Hoyningen-Huene* in *MünchKommHGB*³ (2010), § 89b Rz 61 mwN zur dt Rsp: „Jedoch genügt jede Mitursächlichkeit der Tätigkeit des Handelsvertreters. Dem Handelsvertreter steht deshalb ein Ausgleichsanspruch auch dann zu, wenn seine eigene Tätigkeit wegen der Sogwirkung der Marke [...] oder der Monopolstellung des Unternehmers nur in geringem Maße mitursächlich ist“; vgl auch *Küstner/Thume* in *Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 56 zu Kapitel VI mwN OLG Nürnberg 26.04.1963, BB 1963, 1313.

weiteren Geschäftsabschlüssen kommt. Insb bei langlebigen Wirtschaftsgütern muss im Einzelfall beurteilt werden, ob nicht doch eine Geschäftsverbindung iSd § 24 Abs 1 Z 2 vorliegt, obwohl es teilweise nur alle Jahre oder Jahrzehnte zu erneuten Geschäftsabschlüssen kommt.²⁵¹ Die Langlebigkeit eines Erzeugnisses schließt also, für sich betrachtet, die Entstehung eines Ausgleichsanspruchs nicht aus. Entscheidend ist vielmehr, ob der Bedarf des Kunden durch die einmalige Anschaffung für immer gedeckt ist.²⁵²

a) Abgrenzung der Stammkundschaft von der Laufkundschaft

Um von Vorteilen des Unternehmers sprechen zu können, muss erwartet werden können, dass nach der Vertragsauflösung auch noch erhebliche Vorteile aus den vom Handelsvertreter aufgebauten Geschäftsverbindungen erzielt werden können. Dazu ist es notwendig, dass der geworbene Kunde nicht nur ein einziges, einmaliges Geschäft mit dem Unternehmer abschließt, sondern mit diesem in eine „je nach Branche völlig verschiedenartig dauernde Geschäftsverbindung tritt“. Er wird vom „Laufkunden“ zum „Stammkunden“.²⁵³

Stammkunde ist demnach, „wer innerhalb eines Zeitraums, in dem branchenüblich mit Nachbestellungen zu rechnen ist, mehr als nur ein Geschäft mit dem Unternehmer abgeschlossen hat oder voraussichtlich abschließen wird.“²⁵⁴ *Rittner*²⁵⁵ betont nochmals, dass die Geschäftsverbindungen „je nach Branche und Geschäftsgegenstand überaus

²⁵¹ Vgl dazu ausführlich *Tschuk*, Ausgleichsanspruch (1994), 39 f, wonach uU auch eine intensive Service- und Ersatzteileversorgung des Kunden – trotz Fehlens eines neuen Auftrags - als ausgleichsrelevante Geschäftsverbindung angesehen werden kann.

²⁵² *Thume* in *Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 6 zu Kapitel VII mit dem einprägsamen Beispiel eines Handelsvertreters, der mit ständig steigendem Umsatz für einen Steinmetzbetrieb Grabsteine an Hinterbliebene als „Endverbraucher“ verkaufte. Dass hier keine „Geschäftsverbindung“ entstehen könne, bedürfe „keiner Erläuterung“.

²⁵³ *Küstner/Thume* in *Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 7 zu Kapitel VI; so auch OGH 20.02.2003, 6 Ob 170/02x; *Hopt*, Handelsvertreterrecht³ (2003), § 89b Rz 11a; *Emde* in *Staub*, HGB II⁵, § 89b Rz 73: „Es muss eine nutzbare Geschäftsverbindung mit dem gewonnen Kunden geschaffen worden sein. Sie sollte [...] weitere Bestellungen erwarten lassen.“; BGH 06.08.1997, VIII ZR 92/96, NJW 1998, 71; BGH 06.08.1997, VIII ZR 150/96, NJW 1998, 66

²⁵⁴ *Nocker*, Ausgleichsanspruch (2001), 79 Rz 303 mwN BGH 06.08.1997, VIII ZR 150/96, NJW 1998, 66; BGH 06.08.1997, VIII ZR 92/96, NJW 1998, 71; *Thume*, Die Bedeutung des Kundenstammes im Vertriebsrecht, BB 2009, 1026 mwN BGH 10.07.2002, VIII ZR 158/01, WM 2003, 499.

²⁵⁵ *Rittner*, Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters und die jüngste BGH-Rechtsprechung, DB 1998, 457 (459), welcher auch bezweifelt, dass der vom BGH in einem Urteil („BP I“) angenommene „Stammkunden-Umsatzanteil“ von 90% „in einer Berliner Straßentankstelle“ realistisch sei.

variieren“. Es müsse daher die Abgrenzung des Stammkunden vom Laufkunden „aus den Besonderheiten der Branche bzw. des Geschäftsgegenstandes hergeleitet“ werden.²⁵⁶

Maßgeblicher Zeitpunkt zur Beurteilung der Stammkundeneigenschaft ist nicht der Zeitpunkt der Leistung, sondern derjenige des Vertragsabschlusses, „weil hiermit die Vermittlungsleistung des Handelsvertreters erbracht ist“.²⁵⁷

Bei der Qualifizierung als „Stammkunde“ bzw „Mehrfachkunde“ handelt es sich weiters um eine Zukunftsprognose. Es ist grds nicht notwendig, dass bereits in der Vergangenheit mehrere Geschäfte mit dem jeweiligen Kunden getätigt wurden. Es muss jedoch nach den Gegebenheiten der Branche mit Folgegeschäften gerechnet werden können.²⁵⁸ Parallele Bestellungen des Kunden bei Konkurrenzunternehmen sind prinzipiell nicht ausgleichsschädlich. Der Kunde muss also kein „Exklusiv-Kunde“ des Unternehmers sein.²⁵⁹

Nach *Emde*²⁶⁰ ist die Geschäftsverbindung – wie allgemein die Kundeneigenschaft – nicht streng personenbezogen, sondern „wirtschaftlich-faktisch“ zu bestimmen.²⁶¹ So sollen grds auch Familien- und Betriebsangehörige des Vertriebsmittlers bzw des Kunden als „Stammkunden“ angesehen werden können.

Bei Kunden einer Tankstelle kann die Stammkundeneigenschaft nach dt Rsp schon dann angenommen werden, wenn der Kunde mindestens viermal pro Jahr („durchschnittlich einmal pro Quartal“) an der selben Tankstelle tankt²⁶²; jedenfalls ist sie aber zu bejahen, tankt der Kunde mindestens zwölfmal pro Jahr bei der selben Tankstelle.²⁶³

²⁵⁶ Ebenso *Thume* in *Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 3 zu Kapitel VII mwN BGH 06.08.1997, VIII ZR 150/96, NJW 1998, 66; *Thume*, Die Bedeutung des Kundenstammes im Vertriebsrecht, BB 2009, 1026.

²⁵⁷ *Müller* in *S/A/L/S*, Handels- und Gesellschaftsrecht (2008), § 1 Rz 706 mwN BGH 26.02.1997, VIII ZR 272/95, NJW 1997, 1503 (1505).

²⁵⁸ *Emde* in *Staub*, HGB II⁵, § 89b Rz 74 mwN.

²⁵⁹ *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 473 mwN zu Tankstellen-Verträgen: BGH 07.05.2003, VIII ZR 263/02, NJW-RR 2003, 1340; BGH 12.02.2003, VIII ZR 130/01, NJW-RR 2003, 821; *Thume*, Die Bedeutung des Kundenstammes im Vertriebsrecht, BB 2009, 1026.

²⁶⁰ *Emde* in *Staub*, HGB II⁵, § 89b Rz 74 mwN OLG Saarbrücken 05.02.2003, 1 U 924/01-211 (Kfz-Händler), NJW-RR 2003, 900, wo auch der Schwager des Kfz-Händlers als Stammkunde angesehen wurde; aA *Löwisch* in *E/B/J/S*, HGB² (2008), § 89b Rz 79, wonach der Stammkundenbegriff „aus Gründen der Rechtsklarheit [...] streng personenbezogen“ sein muss.

²⁶¹ In eine ähnliche Richtung geht auch die Leitsatzentscheidung des BGH vom 06.10.2010, VIII ZR 210/07, GWR 2010, 573 (Anm *Eckhoff*), wonach für die Bestimmung des Ausgleichsanspruchs des Händlers bei Neuwagenverkäufen an Leasinggesellschaften regelmäßig der Leasingnehmer als Kunde des Händlers anzusehen sei, „weil die wirtschaftliche Entscheidung zur Anschaffung des Fahrzeugs vom Leasingnehmer getroffen wird“.

²⁶² OLG Hamm 29.05.2008, 18 U 164/07, BeckRS 2008, 12192, mit Bezug auf BGH 12.09.2007, VIII ZR 194/06, BB 2007, 2475.

²⁶³ *Thume* in *Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 3 zu Kapitel VII mwN BGH 10.07.2002, VIII ZR 158/01, WM 2003, 499.

Die Stammkundeneigenschaft im Tankstellenshop-Geschäft ist lt BGH ebenfalls gegeben, wenn der Kunde mindestens viermal im Jahr dort kauft.²⁶⁴ Dagegen soll jemand, der nur viermal im Jahr in einem Supermarkt „ein paar Sachen“ kauft, nach *Thume*²⁶⁵ kein Stammkunde sein.

Gerade in Gewerbebezügen mit anonymen Massenumsätzen kann die Abgrenzung zwischen Stamm- und Laufkundschaft Schwierigkeiten bereiten. Hier wird im Zweifel eine auf Statistiken beruhende Schätzung zulässig oder – falls keine Statistiken vorhanden sind – eine demoskopische Umfrage unter den Kunden notwendig sein.²⁶⁶

*Nocker*²⁶⁷ kritisiert in diesem Zusammenhang jedoch, dass der Vertriebsmittler durch das Abstellen auf derartige Schätzungen in letzter Konsequenz davon befreit werde, „eine der wesentlichen Tatbestandsvoraussetzungen für das Entstehen des Ausgleichsanspruchs beweisen zu müssen“. Die Schätzung des Gerichts nach § 267 ZPO könne mangels jeglicher Anhaltspunkte nur mehr eine „Kaffeesudleserei“ sein, da es wohl üblicherweise an konkreten Zahlen für eine seriöse Schätzung fehle.

Im Kfz-Handel – wo sich die Probleme der anonymen Kunden normal nicht stellen – kann die Stammkundeneigenschaft schon beim zweiten Kauf eines Kfz innerhalb von fünf Jahren angenommen werden²⁶⁸, wobei nach *Nocker*²⁶⁹ der Kauf idR unmittelbar im Anschluss an den vorangegangenen Kauf erfolgen muss, der Kunde also inzwischen zu keiner anderen Kfz-Marke gewechselt haben darf. Sogar ein Erstkunde kann vom Kfz-Händler durch händlerspezifische Betreuungs- und Serviceleistungen in einem solchen

²⁶⁴ BGH 21.04.2010, VIII ZR 108/09, NJW-RR 2010, 1550; vgl auch *Emde*, Rsp- und LitÜbersicht 2008, BB 2009, 2714 (2718) mwN zur Rsp des LG Hamburg, welches noch einen monatlichen Kaufintervall für die Stammkundeneigenschaft im Tankstellenshop-Geschäft verlangte; vgl auch OGH 10.06.2009, 2 Ob 252/08k, welcher für die Stammkundeneigenschaft bloß verlangte, dass der Kunde im letzten Jahr vor der Vertragsbeendigung „mehrmals“ bei der selben Tankstelle tankte.

²⁶⁵ *Thume*, Die Bedeutung des Kundenstammes im Vertriebsrecht, BB 2009, 1026.

²⁶⁶ *Emde* in *Staub*, HGB II⁵, § 89b Rz 85 mwN BGH 07.05.2003, VIII ZR 263/02 (Tankstellenvertreter), NJW-RR 2003, 1340; vgl auch OGH 28.03.2002, 8 ObA 290/01g; OGH 28.03.2002, 8 ObA 299/01f; OGH 09.04.2002, 4 Ob 54/02y; OGH 30.08.2006, 7 Ob 122/06a, wonach „bei der Bestimmung des erworbenen Stammkundenanteils sowie der Gewichtung der für die Stammkundenentscheidung maßgeblichen Faktoren“ eine richterliche Schätzung nach § 273 ZPO vorgenommen werden darf, „wobei die Heranziehung von statistischen Erfahrungswerten zulässig ist bzw auf Sachverständigengutachten und Marktforschungsanalysen zurückgegriffen werden darf“.

²⁶⁷ *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 141.

²⁶⁸ *Thume*, Die Bedeutung des Kundenstammes im Vertriebsrecht, BB 2009, 1026.

²⁶⁹ *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 477 mwN *Westphalen*, Die analoge Anwendbarkeit von § 89b HGB auf Vertragshändler, DB 1984, Beilage Nr 24/84 zu Heft Nr 47, 13; vgl auch *Thume* in *Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 10 f zu Kapitel VII mwN BGH 26.02.1997, VIII ZR 272/95, NJW 1997, 1503; BGH 31.01.1991, I ZR 142/89, NJW-RR 1991, 1050; vgl auch BGH 26.02.1997, VIII ZR 272/95, NJW 1997, 1503 (1505), wonach bei einem Kunden, der zeitgleich zwei oder mehrer Fahrzeuge kauft, ebenso davon ausgegangen werden kann, dass dem Hersteller erhebliche Vorteile nach Vertragsbeendigung bleiben, „wie bei einem Kunden, der dies in gewissen Zeitabständen tut“.

Ausmaß gebunden werden, dass die begründete Erwartung eines Folgegeschäfts gerechtfertigt ist. Er wird dadurch zum „potentiellen Mehrfachkunden“.²⁷⁰

b) Nutzung der Geschäftsverbindungen

aa. Potentielle Nutzung & Betriebseinstellung, -einschränkung, -umstellung, -veräußerung

Gem § 24 Abs 1 Z 2 HVertrG muss der Unternehmer auch noch nach Vertragsauflösung erhebliche Vorteile ziehen können. Nach hA²⁷¹ kommt es – entsprechend dem Wortlaut²⁷² – grds nicht auf die tatsächliche, sondern bloß auf die potentielle Nutzung der vom Handelsvertreter geschaffenen Vorteile durch den Unternehmer an. „Mit dem Ausgleichsanspruch wird nicht der Erfolg, sondern die Chance vergütet.“²⁷³

Eine tatsächliche Nutzung ist auch insofern nicht notwendig, als der Unternehmer die vom Handelsvertreter neu geschaffenen oder intensivierten Geschäftsverbindungen zum Abschluss weiterer Geschäfte mit diesen Kunden nutzt. Bereits die – wenn auch nur mittelbare – Nutzung des Kundenstamms durch zB Veräußerung oder Verpachtung desselben an einen Dritten soll für das Entstehen eines Ausgleichsanspruchs genügen.²⁷⁴

Lediglich wenn die Nutzung der Geschäftsverbindung infolge nicht vom Unternehmer zu vertretender Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit unterbleibt, soll die Nutzungsmöglichkeit iSd § 24 Abs 1 Z 2 HVertrG verneint werden. Dies insbesondere, wenn in der Person des Kunden ein wichtiger Grund für die Auflösung der Geschäftsverbindung liegt.²⁷⁵

Ebenso liegt auch kein erheblicher Vorteil des Unternehmers vor, wenn er aus wirtschaftlich nachvollziehbaren Gründen selbst nicht länger in der Lage ist, die vom

²⁷⁰ Thume, Die Bedeutung des Kundenstammes im Vertriebsrecht, BB 2009, 1026 mwN BGH 26.02.1997, VIII ZR 272/95, NJW 1997, 1503 (1504).

²⁷¹ OGH 26.06.2007, 1 Ob 118/07w; OGH 10.07.2003, 6 Ob 83/03d; BGH 28.06.2006, VIII ZR 350/04, BB 2006, 1648; OLG Düsseldorf 12.03.2004, I-16 U 44/03, BeckRS 2004, 30340443; Tschuk, Ausgleichsanspruch (1994), 44 mwN Brüggenmann in Staub, Großkomm HGB I⁴, § 89b Rz 42; so auch Nocker, HVertrG, § 24 Rz 517; Thume in Küstner/Thume, Außendienstrecht II⁸, Rz 15 zu Kapitel VII; Emde in Staub, Großkomm HGB II⁵, § 89b Rz 88 mwN; Löwisch in E/B/J/S, HGB² (2008), § 89b Rz 83 mwN.

²⁷² § 24 Abs 1 Z 2: „[...] zu erwarten ist, dass der Unternehmer [...] Vorteile ziehen kann“.

²⁷³ Löwisch in E/B/J/S, HGB² (2008), § 89b Rz 83 mwN.

²⁷⁴ Nocker, HVertrG, § 24 Rz 519 mwN BGH 27.03.1996, VIII ZR 116/95, NJW 1996, 1752.

²⁷⁵ Thume in Küstner/Thume, Außendienstrecht II⁸, Rz 16 zu Kapitel VII mwN; Brüggenmann in Staub, HGB I⁴, § 89b Rz 39; so auch Nocker, HVertrG, § 24 Rz 518.

Handelsvertreter angebahnten Kundenbeziehungen auszunutzen, oder zur Betriebseinstellung oder -umstellung genötigt ist.²⁷⁶

Bei Betriebsstilllegung bzw. Produktionseinstellung entfällt üblicherweise die Nutzungsmöglichkeit und daher auch der Unternehmervorteil, wenn der Unternehmer die vom Handelsvertreter geschaffenen Geschäftsverbindungen weder selbst nutzen noch einem Dritten übertragen kann.²⁷⁷ Dem Handelsvertreter gebührt dann kein Ausgleichsanspruch. Die Produktionseinstellung darf allerdings nicht willkürlich erfolgt sein, sondern muss objektiv nachvollziehbare, (betriebs)wirtschaftliche Gründe haben. Stoppt der Unternehmer die weitere Geschäftstätigkeit gerade um keinen Ausgleich zahlen zu müssen, obwohl er die (wirtschaftlich vertretbare) Chance dazu hat, ändert dies nichts am grundsätzlichen Bestehen des Ausgleichsanspruchs. Die Möglichkeit der Nutzung der Geschäftsverbindungen steht dann im Vordergrund. Macht der Unternehmer lediglich von der Möglichkeit der weiteren Nutzung der Geschäftsverbindungen keinen oder nur mangelhaften Gebrauch, kann dies ebenfalls nicht zu Lasten des Ausgleichsanspruchs des Handelsvertreters gehen.²⁷⁸

Demgegenüber hat aber der Handelsvertreter keinen Anspruch, den Unternehmer nur zwecks Erlangung eines Ausgleichsanspruchs zur Weiterführung des Unternehmens zu zwingen. Genauso kann der Unternehmer grds über alle seine wirtschaftlichen Angelegenheiten selbstständig disponieren und sein Vertriebssystem umstellen, wenn er dies für zweckmäßig und erforderlich hält. „Ob die Maßnahme wirtschaftlich geboten oder unternehmerisch sinnvoll ist, hat der Unternehmer, nicht der HV oder das Gericht zu beurteilen.“²⁷⁹ Er hat insofern nicht auf eventuelle Verdienstmöglichkeiten des Handelsvertreters Rücksicht zu nehmen.²⁸⁰

Die unternehmerische Entscheidungsfreiheit findet ihre Grenze jedoch letztlich im Schikaneverbot. Demnach darf der Unternehmer die dahingehende Freiheit, ob er die

²⁷⁶ Emde in Staub, HGB II⁵, § 89b Rz 87 mwN, zur Betriebsumstellung zB BGH 29.06.1959, II ZR 99/58, NJW 1959, 1964.

²⁷⁷ Thume in Küstner/Thume, Außendienstrecht II⁸, Rz 17 zu Kapitel VII mwN BGH 03.06.1971, VII ZR 23/70, NJW 1971, 1611; OLG München 05.08.1988, 23 U 2392/88, NJW-RR 1989, 163; Emde in Staub, HGB II⁵, § 89b Rz 87 mwN BGH 29.06.1959, II ZR 99/58, NJW 1959, 1964.

²⁷⁸ Nocker, HVertrG, § 24 Rz 533 f; Petsche/Petsche-Demmel, HVertrG, § 24 Rz 25 mwN Tschuk, Ausgleichsanspruch (1994), 23 f.

²⁷⁹ Hopt in Baumbach/Hopt, HGB³⁴ (2010), § 89b Rz 20 mwN.

²⁸⁰ Nocker, HVertrG, § 24 Rz 533 ff mwN Westphal, Vertriebsrecht I (1998), Rz 974; BGH 29.06.1959, II ZR 99/58, NJW 1959, 1964.

vom ausgeschiedenen Handelsvertreter begründete Geschäftsverbindung fortsetzen will oder nicht, nicht willkürlich oder rechtsmissbräuchlich ausüben. Vielmehr muss der Unternehmer vertretbare wirtschaftliche Gründe vortragen, die ihn an der Verwertung - in welcher Form diese auch stattfinden mag²⁸¹ - des vom Handelsvertreter aufgebauten Kundenstocks hindern. Unterlässt der Unternehmer also willkürlich die weitere Nutzung der Geschäftsverbindungen oder bricht er den Kontakt zu den zugeführten Kunden bewusst zwecks Minderung des Ausgleichs ab, handelt er insofern rechtsmissbräuchlich und der Handelsvertreter behält den Ausgleichsanspruch.²⁸²

Entschließt sich der Unternehmer nach Vertragsbeendigung statt der bisher belieferten Endverbraucher, seine Erzeugnisse nur noch an Groß- und Einzelhändler zu liefern, insofern also sein Vertriebssystem neu zu organisieren, stellt sich die Frage, inwiefern die vom Handelsvertreter aufgebauten Geschäftsverbindungen zu den Endverbrauchern noch einen „Vorteil“ iSd § 24 Abs 1 Z 2 HVertrG für den Unternehmer darstellen. Hier steht dem Handelsvertreter nach der dt Rsp ein Ausgleichsanspruch zu, obwohl es zu keiner direkten Nutzung der Geschäftsverbindungen durch den Unternehmer kommt. Es genügt nämlich, dass der bereits erlangte Marktanteil dem Unternehmer mittelbare Vorteile bringt. Diese ergeben sich vor allem dadurch, dass die Nachfrage der Endverbraucher aufgrund der Tätigkeit des Handelsvertreters erhöht wurde und dementsprechend auch die Absatzmöglichkeit bei Groß- und Einzelhändlern größer ist. Es besteht demnach ein „wirtschaftlich geldwerter Vorteil“ für welchen die Tätigkeit des Handelsvertreters mitursächlich ist.²⁸³

Veräußert der Unternehmer seinen Betrieb muss zwischen einer bloßen Anteilsübertragung (share deal) und der Veräußerung der Gesamtsache „Betrieb(steil)“ oder „Unternehmen“ (asset deal) unterschieden werden. Der share deal berührt die Vertragsbeziehung zwischen Handelsvertreter und Unternehmer grds nicht, da diese in

²⁸¹ Sei es nun zB die Weiterbelieferung mit Waren oder der weitere häufig durchzuführende Austausch von verschiedenen Ersatz- und Zubehörteilen.

²⁸² *Tschuk*, Ausgleichsanspruch (1994), 44; *Jabornegg*, HVG (1987), 504; *Emde* in *Staub*, Großkomm HGB II⁵, § 89b Rz 88 mwN; *Thume* in *Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 17 zu Kapitel VII mwN BGH 29.06.1959, II ZR 99/58, NJW 1959, 1964; BGH 30.01.1986, I ZR 185/83, NJW 1986, 1931; vgl auch *von Hoyningen-Huene*, MünchKommHGB³ (2010), Rz 72 zu § 89b, welcher dies aus dem allgemein Verbot des Rechtsmissbrauchs ableitet.

²⁸³ *Thume* in *Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 24 f zu Kapitel VII mwN OLG Frankfurt 19.06.1972, BB 1973, 212; vgl hierzu auch *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 538, insb zu dem (im Ergebnis verfehlten) Argument, dass dem Handelsvertreter in einem so gelagerten Fall aufgrund der Umstellung des Vertriebssystems nach Ende des Handelsvertreterverhältnisses kein Provisionsverlust entstanden wäre.

ihrer ursprünglichen Form weiterbestehen. Beim asset deal hingegen ist § 38 UGB zu beachten, welcher die dispositive Regel enthält, dass der Unternehmenserwerber mangels anderer Vereinbarung mit dem Veräußerer in dessen unternehmensbezogene Rechtsverhältnisse eintritt.²⁸⁴

Der Unternehmer wird bei der Veräußerung seines Unternehmens in der Regel dadurch einen ausgleichsrelevanten Vorteil erzielen, dass er die mit ihm bestehenden Geschäftsverbindungen an einen Dritten – üblicherweise entgeltlich – überlässt. Dazu kommt es meistens dann, wenn der Ersterher des Unternehmens den Kundenstamm selbst weiter nutzen möchte und daher bereit ist, den Kundenstamm – wenn auch nur im Rahmen des good-will – finanziell abzugelten. Daraus ergibt sich ein – zumindest mittelbarer – Vorteil, welcher dem Unternehmer aufgrund der Tätigkeit des Handelsvertreters zufließt.²⁸⁵

Im Rahmen der Veräußerung des Unternehmens kann es leicht zu Meinungsverschiedenheiten kommen, inwiefern der Erwerber bei einem neuen Vertragsabschluss mit dem (alten) Handelsvertreter verpflichtet ist, später einen Ausgleich zu zahlen, wenn er bereits für den Kundenstamm an den vormaligen Unternehmer (Verkäufer) bezahlt hat. Der Ersterher würde insofern „doppelt“ Ausgleich zu leisten haben. Hier müssen jedoch verschiedenste Fallkonstellationen unterschieden werden.²⁸⁶

bb. Exkurs: Ist das Abstellen auf die potentielle Nutzung richtlinienkonform?

Der Wortlaut von § 24 Abs 1 Z 2 HVertrG entspricht nicht dem des Art 17 Abs 2 lit b erster Gedankenstrich der HV-RL. Dieser spricht nicht von der Möglichkeit der Vorteilsziehung durch den Unternehmer, sondern stellt – rein auf den Wortlaut blickend – die tatsächliche Vorteilsziehung durch den Unternehmer in den Vordergrund (arg: „der Unternehmer [...] erhebliche Vorteile zieht“). Auch die englische Version zielt – auf

²⁸⁴ Vgl dazu *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 539 ff, welcher auch ausführlich auf das Widerspruchsrecht des Handelsvertreters nach § 38 Abs 2 UGB eingeht; vgl zur dt Rechtslage bei asset deals auch: *Schmitz*, Handelsvertreterausgleichsansprüche bei Asset Deals, ZIP 2003, 59 ff.

²⁸⁵ *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 545 mwN OLG Wien 10.09.1998, 8 Ra 214/98v, ARD 5015/19/99; BGH 03.04.1996, VIII ZR 3/95, NJW 1996, 2097; *Schmitz*, Handelsvertreterausgleichsansprüche bei Asset Deals, ZIP 2003, 59 (59 f) mwN BGH 09.11.1967, VII ZR 40/65, NJW 1968, 394; BGH 25.04.1960, II ZR 130/58, NJW 1960, 1292; BGH 27.03.1996, VIII ZR 116/95, NJW 1996, 1752; vgl auch *Thume* in *Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 40 ff zu Kapitel VII.

²⁸⁶ Vgl dazu ausführlich *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 548 ff mwN.

den ersten Blick – auf die tatsächliche Nutzung der Geschäftsverbindungen durch den Unternehmer ab (arg: „and the principal continues to derive substantial benefits“). Nach *Tschuk*²⁸⁷ ist die Umsetzung der Richtlinie in das österr Recht jedoch „einwandfrei“. Die österr Regelung sei in diesem Punkt der Richtlinie – und auch dem § 89b Abs 1 Z 1 dHGB – vorzuziehen, weil sich die Vorteile für den Unternehmer im Zeitpunkt der Vertragsbeendigung, wenn der Ausgleichsanspruch entsteht, noch gar nicht verwirklicht haben können. Weder „zieht“²⁸⁸ er bereits Vorteile, noch „hat“²⁸⁹ er sie schon. Es ginge vielmehr um die Chance der zukünftigen Realisierbarkeit der Unternehmervorteile.

cc. Fortbestandsprognose der Unternehmervorteile

Da der Blick in die Zukunft nicht möglich ist, müssen sich die aus der Vertragsbeendigung resultierenden Unternehmervorteile durch eine Prognose über die zukünftige Entwicklung der vom Handelsvertreter hinterlassenen neuen Geschäftsverbindungen bzw intensivierten Altkunden ergeben.²⁹⁰

Maßgebliche Grundlage für die Prognose sind nur die bekannten und vorhersehbaren Verhältnisse am Tag der Vertragsbeendigung („Bewertungstichtag“). Die tatsächliche Entwicklung der Verhältnisse während des Prognosezeitraums kann nur insoweit berücksichtigt werden, als sie zum Zeitpunkt der Vertragsbeendigung schon abzusehen war.²⁹¹ Sowohl bei Franchisenehmern, Vertragshändlern als auch Handelsvertretern sind die Unternehmervorteile und Provisionsverluste im Zeitpunkt der Vertragsbeendigung „im Wege einer in die Zukunft gerichteten Prognose zu ermitteln“.²⁹² Es muss an diesem Tag eine „fotografische Momentaufnahme“ gemacht werden.²⁹³ „Was bei objektiver Würdigung aus der Sicht dieses Bewertungstichtages

²⁸⁷ Vgl dazu ausführlich *Tschuk*, Ausgleichsanspruch (1994), 38 f, 49.

²⁸⁸ Art 17 Abs 2 lit a erster Gedankenstrich HV-RL.

²⁸⁹ § 89b Abs 1 Z 1 dHGB.

²⁹⁰ *Thume in Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 73 zu Kapitel VII; *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 525 mwN *Westphal*, Vertriebsrecht I (1998), Rz 968; *Brüggemann in Staub*, HGB I⁴, § 89b Rz 45.

²⁹¹ *Emde in Staub*, Großkomm HGB II⁵, § 89b Rz 91: „Eine bei Vertragsende vorgenommene Prognose aus der Sicht eines unbeteiligten Dritten muss ergeben, dass in der konkreten Situation üblicherweise erhebliche Vorteilen [sic] zu erwarten sind“.

²⁹² *Emde in Staub*, Großkomm HGB II⁵, § 89b Rz 95 mwN OLG Celle 19.04.2007, 11 U 279/06, BB 2007, 1862 (1864); BGH 06.08.1997, VIII ZR 92/96, NJW 1998, 71.

²⁹³ *Thume in Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 4 f zu Kapitel XVI mwN erstmalig gegen die davor herrschende dtRsp: BGH 06.08.1997, VIII ZR 92/96, NJW 1998, 71; bekräftigend: BGH 15.09.1999, VII ZR 137/98, EWiR 2000, 237 (Anm *Emde*); so auch *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 525; krit zu dieser Änderung der Rsp: *Rittner*, Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters und die jüngste BGH-Rechtsprechung, DB 1998, 457 (458) mwN.

noch nicht vorhersehbar oder theoretisch denkbar und noch nicht hinreichend sicher abschätzbar ist, kann nicht in die Bewertungsprognose einfließen.“²⁹⁴ Selbst bei einem gerichtsanhängigen Verfahren über den Ausgleichsanspruch sind während dieser Zeit eintretende, zum Zeitpunkt der Vertragsbeendigung noch nicht absehbare Umstände grds nicht mehr zu berücksichtigen.²⁹⁵ Es kommt weder ein Rückforderungsrecht des Unternehmers noch ein Nachzahlungsanspruch des Vertreters in Betracht.²⁹⁶ Nicht einmal wenn der festgestellte Ausgleichsanspruch vereinbarungsgemäß in Raten gezahlt wird, sind Veränderungen in den zuvor angenommenen Grundlagen der Ausgleichsberechnung maßgeblich, sofern sie nicht vorhersehbar waren.²⁹⁷ Dies gilt für Franchiseverträge und Vertragshändlerverträge gleichermaßen.²⁹⁸

dd. Prognosezeitraum

Laut OGH²⁹⁹ kommt dem herangezogenen Prognosezeitraum „größte Bedeutung zu, ist doch der Ausgleichsanspruch um so höher, je länger der Zeitraum gewählt wird. Der Prognosezeitraum bestimmt sich danach, wie lange sich die vom Handelsvertreter hergestellten Geschäftsverbindungen weiterentwickelt hätten, wenn der Vertretervertrag fortbestanden hätte. Es muss sich um einen überschaubaren, in seiner Entwicklung einschätzbaren Zeitraum handeln.“³⁰⁰ Grundlage für die Berechnung des Ausgleichsanspruchs soll weiters die auf den Zeitpunkt der Beendigung des Vertragsverhältnisses bezogene Prognose sein, „wie lange und in welchem Ausmaß der Unternehmer aus dem ihm übergebenen Kundenstock (den Stammkunden) noch Vorteile ziehen kann“. Als Prognosebasis sollen die Umsätze im letzten Jahr vor Beendigung des Vertragsverhältnisses dienen.³⁰¹ Die Feststellungen über die

²⁹⁴ Thume in Küstner/Thume, Außendienstrecht II⁸, Rz 24 zu Kapitel XVI; anders noch die davor gängige dt Rsp zB BGH 03.06.1971, VII ZR 23/70, NJW 1971, 1611; gegen eine subjektive Auslegung: Thume, Die Bedeutung des Kundenstammes im Vertriebsrecht, BB 2009, 1026 (1027) mwN OLG Düsseldorf 12.03.2004, I-16 U 44/03, BeckRS 2004, 30340443.

²⁹⁵ OGH 20.02.2003, 6 Ob 170/02x.

²⁹⁶ Vgl dazu ausführlich Thume in Küstner/Thume, Außendienstrecht II⁸ (2008), Rz 9 ff zu Kapitel XVI mwN BGH 06.08.1997, VIII ZR 92/96, NJW 1998, 71; Löwisch in E/B/J, HGB¹ (2001), § 89b Rz 32.

²⁹⁷ Thume in Küstner/Thume, Außendienstrecht II⁸, Rz 11 zu Kapitel XVI.

²⁹⁸ Emde in Staub, Großkomm HGB II⁵, § 89b Rz 95 mwN zu Franchiseverträgen: OLG Celle 19.04.2007, 11 U 279/06, BB 2007, 1862 (1864).

²⁹⁹ RIS-Justiz RS 0121118.

³⁰⁰ OGH 09.08.2006, 4 Ob 65/06x mwN; vgl auch Küstner in Küstner/Thume, Außendienstrecht II⁸, Rz 68 zu Kapitel VIII mwN zur dt Rsp.

³⁰¹ OGH 10.06.2009, 2 Ob 252/08k; vgl auch Küstner in Küstner/Thume, Außendienstrecht II⁸, Rz 69 zu Kapitel VIII, wonach Ausgangs- und damit Ansatzpunkt für die Ermittlung der Provisionsverluste im

Entwicklung der vom Handelsvertreter hergestellten Geschäftsbeziehungen müssen sich darauf erstrecken, wie lange und in welchem Umfang die Geschäfte zwischen Unternehmer und Neukunden voraussichtlich fortgesetzt werden. Hierbei sind die Besonderheiten der jeweiligen Branche, die Marktgegebenheiten, Wettbewerbsbedingungen, die Kundenfluktuation und die Art der Tätigkeit des Handelsvertreters zu berücksichtigen.³⁰²

In Deutschland wird idR ein Zeitraum von drei bis fünf Jahren als Prognosezeitraum herangenommen. In einem „nicht verallgemeinerungsfähigen Einzelfall“³⁰³ legt der BGH sogar einen Zeitraum bis zu 20 Jahre zugrunde.³⁰⁴ Maßgeblich ist der Zeitraum innerhalb dessen noch mit Folgeaufträgen gerechnet werden kann, wie lange also die vom Handelsvertreter geschaffene Geschäftsverbindung voraussichtlich bestehen wird.³⁰⁵

Zu dem Standpunkt, dass die Lebensdauer der vermittelten Produkte und das damit zusammenhängende „branchentypische Bestellintervall“ maßgebliche Faktoren bei der Berechnung des Prognosezeitraums seien, äußert sich der OGH in seiner Entscheidung vom 09.08.2006³⁰⁶ kritisch: „Er [Anm: Der Prognosezeitraum] hängt in seiner Dauer von den Umständen im Einzelfall ab und kann nicht für alle Arten von Absatzmittlern und alle Branchen ein für alle Mal festgelegt werden. Weder die langjährige Vertretungstätigkeit noch die Langlebigkeit der Wirtschaftsgüter sagen etwas über die Beständigkeit von Kundenbeziehungen aus, weshalb die genannten Parameter für die Länge des Prognosezeitraums unbeachtlich sind. Zu beurteilen ist vielmehr, mit welcher Regelmäßigkeit der Handelsvertreter mit den relevanten Kunden vor Vertragsbeendigung Umsätze erzielt hat. Je mehr solche relevante Kunden vorhanden sind, desto länger wird der Prognosezeitraum sein.“

Rahmen einer Prognose der im Zeitpunkt der Vertragsbeendigung erreichte „Ist-Zustand“ sei, welcher sich in jenen Vermittlungsprovisionen niederschläge, die dem Handelsvertreter im letzten Vertragsjahr, dem sog „Basisjahr“, aus Geschäften mit von ihm erworbenen neuen oder intensivierten alten Kunden zugeflossen seien.

³⁰² *Küstner* in *Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 54 zu Kapitel VIII mwN BGH 15.10.1992, I ZR 173/91, NJW-RR 1993, 221.

³⁰³ So in OGH 09.08.2006, 4 Ob 65/06x.

³⁰⁴ Vgl dazu ausführlich *Küstner* in *Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 82 ff zu Kapitel VIII mwN zur dt Rsp; vgl auch *Hopt*, Handelsvertreterrecht³, Rz 16 zu § 89b mwN zur dt Rsp.

³⁰⁵ *Hopt*, Handelsvertreterrecht³, § 89b Rz 16.

³⁰⁶ OGH 09.08.2006, 4 Ob 65/06x mwN *Hirtzberger*, Der Prognosezeitraum bei Berechnung des Ausgleichsanspruchs des Handelsvertreters, RdW 2003, 243 (245); so auch Nocker, HVertrG, § 24 Rz 531, der es aufgrund der hohen Relevanz für die Höhe des Ausgleichsanspruchs und der möglichen Verringerung des Prozess(kosten)risikos für sinnvoller erachtet, würde sich die Rsp auf einen „einheitlichen Prognosezeitraum, zB vier Jahre, festlegen“.

c) Erheblichkeit der Vorteile

Schon nach dem Gesetzeswortlaut muss zu erwarten sein, dass der Unternehmer aus den vom Handelsvertreter neu aufgebauten Geschäftsverbindungen oder intensivierten alten Geschäftsverbindungen auch noch nach Auflösung des Vertragsverhältnisses „erhebliche Vorteile“ ziehen kann.³⁰⁷ „Da die mit dem Unternehmer nach Auflösung des Vertragsverhältnisses verbleibenden Vorteile erheblich sein müssen, muss das mit den neuen Stammkunden und ebenso das mit den intensivierten Altkunden zu erwartende Geschäft einen gewissen Umfang und eine gewisse Beständigkeit aufweisen.“³⁰⁸ Die Erheblichkeit hängt jedoch grds nicht von einer bestimmten Größe des Kundenstamms oder einer bestimmten Anzahl von Wiederholungskäufen ab. Sie ergibt sich vielmehr aus dem Umfang und der aus der Schätzungsprognose folgenden Beständigkeit des Neugeschäfts bzw intensivierten Altgeschäfts. Der Vorteilsbegriff wird demnach eher weit gefasst werden müssen.³⁰⁹ So ist auch der Gesamtumsatz des Unternehmers prinzipiell kein Maßstab. Es kann uU auch dann ein durch die Tätigkeit des Handelsvertreters geschaffener erheblicher Vorteil entstehen, wenn der Gesamtumsatz oder Gesamtgewinn des Unternehmers rückläufig ist.³¹⁰ In der Lit wird auch darauf hingewiesen, dass im Einzelfall, selbst wenn das Unternehmen – zB bedingt durch eine Konjunkturkrise oder weil es sich gerade im Aufbau befindet - ohne Gewinn arbeitet, ein erheblicher Unternehmervorteil bejaht werden kann. Entscheidend sei hierbei die Überlegung, dass die Ertragslage des Unternehmens ohne die erfolgreiche Tätigkeit des Handelsvertreters „noch negativer“ ausfalle.³¹¹ Dieser Ansicht kann man mE durchaus etwas abgewinnen, es muss jedoch im Rahmen der Billigkeit darauf geachtet werden, dass der Unternehmer nicht unverhältnismäßig belastet wird. ME wird daher in vielen Fällen ein solcher Anspruch deshalb zu verneinen sein, weil die (zusätzliche) Belastung für den Unternehmer unbillig ist.

Eine ausgleichsrelevante Erheblichkeit ist weiters nicht gegeben, wenn die Tätigkeit bloß zu einer Erhöhung des Firmenwerts führt. Schafft es der Handelsvertreter nicht

³⁰⁷ § 24 Abs 1 Z 2 HVertrG.

³⁰⁸ OGH 20.02.2003, 6 Ob 170/02x; so auch *Hopt*, Handelsvertreterrecht³, Rz 15 zu § 89b.

³⁰⁹ *Thume in Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 72 zu Kapitel VII mwN BGH 31.01.1991, I ZR 142/89, NJW-RR 1991, 1050.

³¹⁰ *Thume in Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 77 zu Kapitel VII mwN BGH 29.03.1990, I ZR 2/89, NJW 1990, 2889.

³¹¹ *Thume in Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 78 zu Kapitel VII mwN; so auch *Tschuk*, Ausgleichsanspruch (1994), 37 f; *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 510.

entweder dauerhafte Geschäftsverbindungen zu Neukunden herzustellen oder Geschäftsverbindungen zu Altkunden in einem ausgleichsrechtlich relevanten Ausmaß zu intensivieren, ist dies für die Entstehung eines Ausgleichsanspruchs nicht ausreichend.³¹² Ebenso wenig reicht es aus, dass der Handelsvertreter zwar eine Vertriebsorganisation aufgebaut hat, sich aus dieser aber keine neuen Geschäftsverbindungen ergeben haben.³¹³ Anderes gilt jedoch, wenn sich der durch den Handelsvertreter gesteigerte Firmenwert für den Unternehmer dadurch vorteilhaft auswirkt, dass er beim Verkauf seines Unternehmens ein höheres Entgelt erzielt.³¹⁴

3. Billigkeit

Als Dritte und letzte Voraussetzung muss „die Zahlung eines Ausgleichs unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere der dem Handelsvertreter aus Geschäften mit den betreffenden Kunden entgehenden Provisionen, der Billigkeit entsprechen“.³¹⁵

§ 24 Abs 1 Z 2 HVertrG (Unternehmervorteile) konzentriert sich vorwiegend auf die Sphäre des Unternehmers, während der Fokus von § 24 Abs 1 Z 3 HVertrG auf derjenigen des Handelsvertreters liegt. Dies zeigt sich auch in dem Hinweis, dass „insbesondere“ dem Handelsvertreter entgehende Provisionen Berücksichtigung finden sollen.³¹⁶

Da die Billigkeit nur eine von drei materiellen Voraussetzungen darstellt, ist ein Ausgleichsanspruch allein aufgrund von Billigkeitsüberlegungen nicht möglich.³¹⁷ Vielmehr dient § 24 Abs 1 Z 3 HVertrG lediglich als eine Art „Korrektiv“ für die

³¹² *Emde* in *Staub*, HGB II⁵, § 89b Rz 59; *Thume* in *Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 60 f, 75 zu Kapitel VII mwN LG Frankfurt 22.03.1989, 3/13 U 93/88, NJW-RR 1990, 1181; *Nocker*, Ausgleichsanspruch (2001), 81 Rz 311.

³¹³ *Löwisch* in *E/B/J/S*, HGB² (2008), § 89b Rz 74 mwN; *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 434; *Thume* in *Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 75 zu Kapitel VII mwN.

³¹⁴ *Breiter*, Praxisleitfaden Handelsvertreterrecht und Vertragshändlerrecht² (2006), 62 mwN BGH 03.04.1996, VIII ZR 3/95, NJW 1996, 2097; BGH 27.03.1996, VIII ZR 116/95, NJW 1996, 1752 = BB 1996, 1026; *Thume* in *Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 76 zu Kapitel VII mwN OLG Hamburg 25.03.1958, 2 U 259/57, VersR 1958, 688; OLG Nürnberg, 22.09.1961, 1 U 103/60, BB 1962, 155 zu Erw 2 mwN; aA *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 504.

³¹⁵ § 24 Abs 1 Z 3 HVertrG; § 89b Abs 1 Z 2 dHGB; Art 17 Abs 2 lit a zweiter Gedankenstrich HV-RL.

³¹⁶ *Tschuk*, Ausgleichsanspruch (1994), 55 f.

³¹⁷ Vgl etwa *Tschuk*, Ausgleichsanspruch (1994), 51 mwN zur ständigen dt Rsp, zB BGH 15.02.1965, VII ZR 194/63, NJW 1965, 1134; BGH 13.03.1969, VII ZR 174/66, NJW 1969, 1021; BGH 27.02.1981, I ZR 39/79, DB 1981, 1772.

Berechnung des Ausgleichsanspruchs.³¹⁸ Die Billigkeitsüberlegungen können sowohl zu einer Einschränkung (arg „soweit“) als auch überhaupt zu einem Entfall des Ausgleichsanspruchs (arg „wenn“) führen.³¹⁹

Strittig ist die Frage, ob nur solche Umstände Berücksichtigung finden sollen, welche mit dem Vertragsverhältnis in engem Zusammenhang stehen oder auch „vertragsfremde“ Umstände in die Billigkeitsprüfung einbezogen werden dürfen.

*Tschuk*³²⁰ meint, allein schon aufgrund des verfassungsmäßigen Bestimmtheitsgebots sei die Formulierung „aller Umstände“ einschränkend auszulegen. Deshalb seien nicht „alle“, auch nur irgendwie denkbaren, Umstände zu berücksichtigen. Vielmehr sei die Formulierung insofern einschränkend auszulegen, als bloß alle „sich aus der Vertragsbeendigung für den Handelsvertreter ergebenden Umstände“ zu berücksichtigen seien.

Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 20.11.2002³²¹ die sich davor zu diesem Punkt etwas unsicher äußernde dt Rsp insofern klargestellt, als er ausdrücklich festhielt, dass auch außerhalb des Vertragsverhältnisses liegende Umstände mit in die Billigkeitsprüfung einbezogen werden können. So sollen nach *von Hoyningen-Huene*³²² die „gesamten persönlichen und sachlichen Besonderheiten des Einzelfalles, insbesondere auch wirtschaftliche und soziale Verhältnisse der Parteien“ in die Billigkeitsprüfung einbezogen werden.

*Nocker*³²³ wiederum ist der Ansicht, nur jene Umstände sollen im Rahmen der Billigkeitsprüfung berücksichtigt werden, die einen unmittelbaren Bezug zum Handelsvertreterverhältnis aufweisen. Dies folge schon daraus, dass der Ausgleich jene Aufbauarbeit des Handelsvertreters abgelten soll, die nicht schon während des aufrechten Handelsvertreterverhältnisses durch die laufenden Vermittlungs- bzw Abschlussprovisionen vergütet worden ist. Deshalb hätten gerade die oben von *von*

³¹⁸ *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 559; *Tschuk*, Ausgleichsanspruch (1994), 52.

³¹⁹ *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 560.

³²⁰ Vgl dazu ausführlich *Tschuk*, Ausgleichsanspruch (1994), 52 f, 55; vgl auch *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 559, welcher allgemein „die im Handelsvertreterverhältnis begründeten Umstände“ berücksichtigt wissen will.

³²¹ BGH 20.11.2002, VIII ZR 211/01, NJW-RR 2003, 1244; vgl dazu ausführlich *Thume in Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 23 ff zu Kapitel XI mwN.

³²² *Von Hoyningen-Huene*, MünchKommHGB³ (2010), § 89b Rz 88; vgl auch die Auflistung der „einzelnen Billigkeitskriterien, die bei einer Billigkeitsprüfung allgemein einschlägig sein können“ unter Rz 89.

³²³ *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 676 mwN *Hopt*, Handelsvertreterrecht³, Rz 33 zu § 89b, welcher es aber in „ganz besonderen Ausnahmefällen“ auch für billig hält, vertragsfremde Umstände zu berücksichtigen; *Brüggemann in Staub*, HGB I⁴, § 89b Rz 67; so auch *Emde in Staub*, HGB II⁵, § 89b Rz 161.

Hoyningen-Huene genannten Umstände wie Alter und Gesundheit des Handelsvertreters oder die wirtschaftliche Lage der Parteien grds außer Betracht zu bleiben.

a) Provisionsverluste

Entsprechend dem Gesetzeswortlaut³²⁴ sollten die Provisionsverluste keine eigenständige Voraussetzung darstellen (arg: „*insbesondere* der dem Handelsvertreter [...] entgehenden Provisionen“). Sie dienen jedoch in der Praxis immer wieder als Hilfsmittel zur Berechnung der eigentlich relevanten Unternehmervorteile.³²⁵

aa. Art der Provisionsverluste

Es sind ausschließlich Provisionsverluste mit Neukunden und intensivierten Altkunden für die Berechnung des Ausgleichsanspruchs relevant. Dies ergibt sich einerseits aus dem Gesetzeswortlaut (arg „aus Geschäften mit den betreffenden Kunden“), andererseits daraus, dass auch für die anderen zwei materiellen Voraussetzungen³²⁶ grds nur die genannten Kunden von Interesse sind.³²⁷

Aus dem Gesetz lässt sich nicht herauslesen, ob hier nur die Abschluss- und Vermittlungsprovisionen Berücksichtigung finden sollen, oder auch Provisionen für verwaltende Tätigkeiten. Für den BGH ergibt sich aus Sinn und Zweck des § 89b dHGB sowie aus dessen Entstehungsgeschichte, dass sich die Provisionsverluste nur auf entfallende Abschlussprovisionen und/oder Vermittlungsprovisionen beziehen.³²⁸ Richtigerweise wies der BGH jedoch daraufhin, dass die in dem jeweiligen

³²⁴ Vgl § 24 Abs 1 Z 3 HVertrG; Art 17 Abs 2 lit a zweiter Gedankenstrich HV-RL; § 89b Abs 1 Z 2 dHGB.

³²⁵ Vgl dazu ausführlich unten Seite 65.

³²⁶ Neukundenzuführung bzw Intensivierung von Altkunden (§ 24 Abs 1 Z 1 HVertrG) und fortbestehende Unternehmervorteile (§ 24 Abs 1 Z 2 HVertrG).

³²⁷ So auch OGH 09.08.2006, 4 Ob 65/06x; *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 567; *Emde* in *Staub*, HGB II⁵, § 89b Rz 116; unsicher *Viehböck*, Der Ausgleichsanspruch nach dem neuen Handelsvertretergesetz, *ecolex* 1993, 221 (224).

³²⁸ *Küstner* in *Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸ (2008), Rz 104 zu Kapitel VIII mwN BGH 04.05.1959, II ZR 81/57, NJW 1959, 1430; BGH 15.02.1965, VII ZR 194/63, NJW 1965, 1134; diese Rsp bestätigend: BGH 19.11.1970, VII ZR 47/69, NJW 1971, 462.

Vertretervertrag verwendeten Bezeichnungen nicht ausschlaggebend sein können, da sie „keinen genügenden Unterscheidungswert“ besäßen.³²⁹

Die Verwaltungsprovisionen und alle anderen Vergütungen, die nicht mit der (werbenden) Vermittlungs- und Abschlusstätigkeit des Handelsvertreters im Zusammenhang stehen und damit auch kein Entgelt für die Schaffung eines Kundenstocks darstellen, sind keine dem Handelsvertreter nach Vertragsauflösung gem § 24 Abs 1 Z 1 HVertrG „entgehenden Provisionen“³³⁰.

Für den Unternehmer würde es sich natürlich anbieten, vertraglich einen Teil der Provisionen pauschal der verwaltenden Tätigkeit zuzuordnen. Der zwingende Charakter des handelsvertreterrechtlichen Ausgleichsanspruchs verbietet jedoch nicht nur den gänzlichen Ausschluss des Ausgleichsanspruchs im Voraus, sondern auch vertragliche Abreden, welche im Ergebnis zu einer mehr oder weniger starken Einschränkung der Höhe des Ausgleichsanspruchs führen.³³¹ Dies entspricht auch der stRsp. So wurde zB vom BGH die zwischen einem Tankstellenhalter und einem Mineralölkonzern vereinbarte Vertragsklausel, 50% der Gesamtvergütung des Tankstellenhalters würden für "verwaltende" Tätigkeiten gezahlt, wegen Verstoßes gegen § 89b Abs 4 dHGB für nichtig erklärt, da diese den Ausgleichsanspruch im Voraus einschränke.³³²

Weiters kann aufgrund der Provisionsregelung in § 8 HVertrG zwischen Provisionsverlusten aus bereits abgeschlossenen Geschäften („Überhangprovisionen“, Abs 2), solchen aus künftig zustande kommenden Geschäften („Folgeprovisionen“, Abs 3) und solchen aufgrund seiner exklusiven Tätigkeit eines dem Handelsvertreter zugewiesenen Gebiets oder Kundenkreises („Bezirksprovisionen“, Abs 4) unterschieden

³²⁹ BGH 01.06.2005, VIII ZR 335/04 [zum Versicherungsvertreter], NJW-RR 2005, 1274: „Diese [Anm: Im Versicherungsvertrag verwendeten Bezeichnungen] besitzen keinen genügenden Unterscheidungswert, da es in manchen Versicherungszweigen üblich ist, daß in der als Verwaltungs- oder Inkassoprovision bezeichneten Vergütung Teile einer Vergütung für die Vermittlungs- und Abschlusstätigkeit enthalten sind.“; vgl auch *Küstner in Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸ (2008), Rz 177 zu Kapitel VIII [zum Versicherungsvertreter] mwN BGH 04.05.1959, II ZR 81/57, NJW 1959, 1430; BGH 23.02.1961, VII ZR 237/59, NJW 1961, 1059; BGH 21.03.1963, VII ZR 95/61, VersR 1963, 556; vgl dazu auch ausführlich *Küstner in Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸ (2008) Rz 176 zu Kapitel VIII mwN *Möller*, Recht und Wirklichkeit der Versicherungsvermittlung (ohne Jahr), 158.

³³⁰ *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 583 mwN OGH 09.08.2006, 4 Ob 65/06x [Versicherungsvertreter]; OGH 30.08.2006, 7 Ob 122/06a [Tankstellenshop-Betreiber]; stRsp auch in Deutschland, zuletzt zB BGH 01.06.2005, VIII ZR 335/04 [Versicherungsvertreter], NJW-RR 2005, 1274.

³³¹ § 27 Abs 1 HVertrG (arg „weder aufgehoben noch beschränkt“); so auch zB BGH 11.10.1990, I ZR 32/89, WM 1991, 196 zu II; vgl auch *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 736 ff; vgl zu den diversen Möglichkeiten von Einstandszahlungen bis zu Abwälzungsvereinbarungen *Thume*, Die Bedeutung des Kundenstammes im Vertriebsrecht, BB 2009, 1026 (1028 ff).

³³² BGH 10.07.2002, VIII ZR 58/00, NJW-RR 2002, 1548.

werden.³³³ Ebenso können sich Provisionsverluste unter den strengen Voraussetzungen des § 11 HVertrG aus künftig zustande kommenden Geschäften ergeben.³³⁴

bb. Provisionsverluste des Franchisenehmers und Vertragshändlers

Franchisenehmer und Vertragshändler sind eigenständige Unternehmer, welche im eigenen Namen und für eigene Rechnung handeln. Sie erhalten deshalb keine „Provisionen“ i.e.S. wie es der Handelsvertreter tut. Vielmehr erzielen beide ihre Einnahmen grds. durch die Differenz zwischen dem vom Unternehmer/Franchisegeber gewährten (günstigeren) Einkaufspreis und dem letztlich an den Kunden verrechneten Preis. Innerhalb der kartellrechtlichen Schranken der EU-Gruppenfreistellungsverordnung für Vertikale Vertriebsbindungen (V-GVO)³³⁵ dürfen Lieferanten/Franchisegeber unverbindliche Preisempfehlungen aussprechen³³⁶ und geben insofern die eben beschriebene „Handelsspanne“ vor. Man spricht in diesem Zusammenhang auch vom „Händler Rabatt“.³³⁷

Die Handelsspanne ist vom Franchisenehmer allerdings theoretisch insofern gestaltbar, als dieser kartellrechtlich einen wirtschaftlichen Spielraum haben muss, innerhalb dessen er Preisrabatte an seine Kunden weitergeben kann. Noch mehr Spielraum wird allerdings dem Vertragshändler zukommen, da in diesem Bereich – im Gegensatz zum meist strenger konzipierten Franchising – noch eher eine (eingeschränkt) eigenständige Preispolitik vom Hersteller/Lieferant gutgeheißen wird und üblich ist.³³⁸ Gibt es diesen Spielraum nicht, sind die Preise also festgesetzt, verstößt dies gegen Art 4 lit a V-GVO und der gesamte vertikale Vertriebsvertrag ist nichtig.³³⁹

³³³ Vgl. dazu ausführlich Nocker, HVertrG, § 24 Rz 568 ff, 610 f.

³³⁴ Vgl. dazu ausführlich Nocker, HVertrG, § 24 Rz 575 ff.

³³⁵ Verordnung Nr. 330/2010 der Kommission vom 20.04.2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen.

³³⁶ Vgl. dazu zB Hoffer, Kartellgesetz (2007), 48 f; nicht erlaubt sind Preisbindungen in Form von Fest- und Mindestpreisen für den Weiterverkauf der Vertragswaren- oder dienstleistungen: Flohr in Flohr/Petsche, Franchiserecht² (2008), Rz 29, Rz 53; vgl. auch V-GVO, Art 4 lit a; zum schweizerischen Wettbewerbsrecht vgl. zB I. Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht⁸ (2005), 220 ff.

³³⁷ Thume in Küstner/Thume, Außendienstrecht III³, 215 Rz 52 ff; vgl. auch Nocker, HVertrG, § 24 Rz 659.

³³⁸ Man denke nur an die Rabattschlachten der Vertragshändler im Kfz-Bereich.

³³⁹ Flohr in Flohr/Petsche, Franchiserecht² (2008), Rz 51; zur Nichtigkeit nach dtRsp vgl. Flohr in Flohr/Petsche, Franchiserecht² (2008), Rz 141 mwN BGH 24.09.2002, KZR 10/01, NJW 2003, 347, wonach der gesamte Franchisevertrag selbst bei Abschluss einer „salvatorischen Klausel“ nichtig sein kann; vgl. auch V-GVO, Art 4 lit a.

Bei der Berechnung der im Rahmen des Ausgleichsanspruchs evtl relevanten „Provisionsverluste“ des Franchisenehmers muss jenes Äquivalent ermittelt werden, welches dem ausgleichspflichtigen Teil der Provision des Handelsvertreters entspricht.³⁴⁰

cc. Fehlende Provisionsverluste

Eine umstrittene Frage ist, ob dem Handelsvertreter ein Ausgleichsanspruch zustehen soll, wenn dieser durch die Vertragsbeendigung keine Provisionsverluste erleidet.

Nach dem Gesetzeswortlaut „*insbesondere* der [...] entgehenden Provisionen“ ist ein Ausgleichsanspruch ohne Provisionsverluste des Handelsvertreters grds möglich. Da es auf die „Berücksichtigung aller Umstände“ ankommt, könnten andere – nicht die fehlenden Provisionsverluste betreffende – Umstände ausreichen, um den Handelsvertreter einen Ausgleichsanspruch zuzusprechen.³⁴¹

Nach Teilen der Lehre steht einem Handelsvertreter im Ergebnis allerdings kein Ausgleichsanspruch zu, wenn dieser durch die Vertragsauflösung keine Provisionsverluste erleidet. Dies selbst dann, wenn der Unternehmer nach Vertragsauflösung weiter Vorteile aus den vom Handelsvertreter geschaffenen Geschäftsverbindungen ziehen kann.³⁴² Ein derartiger Fall wäre nach *Nocker*³⁴³ zB möglich, wenn der Vermittlungserfolg des Handelsvertreters bereits durch die Zahlung

³⁴⁰ Nocker, HVertrG, § 24 Rz 659 mwN OGH 09.04.2002, 4 Ob 54/02y („Ford“); vgl auch unten Seite 126.

³⁴¹ Vgl auch *F. Bydlinski*, Methodenlehre² (1991), 441, 467 ff, wonach der Grundsatz gilt, dass die Interpretation einer Norm ihre äußerste Grenze im Wortlaut findet, wenn sich nicht aus Sinn und Zweck einer Norm zwingend anderes ergibt.

³⁴² *Nocker*, Das Handelsvertreterrecht in Österreich, IHR 2007, 45 (54) mwN OGH 20.10.2005, 3 Ob 13/05s (Vermittlung von Zeitungs-Abonnements); *ders*, HVertrG, § 24 Rz 566, Rz 196, wo die Provisionsverluste neben den erheblichen Unternehmervorteilen explizit als „zwingende Anspruchsvoraussetzung“ bezeichnet werden; vgl noch zur alten dt Rechtslage: *von Hoyningen-Huene* in MünchKommHGB² (2005), § 89b Rz 84 ff; aA *Tschuk*, Ausgleichsanspruch (1994), 56, welche die Provisionsverluste grds nicht als eine jedenfalls notwendige Voraussetzung ansieht, aber eingesteht, dass sich aus der Vertragsbeendigung ergebende, zu berücksichtigende Nachteile für den Handelsvertreter nur „ungleich schwerer“ finden lassen werden; vgl auch zur neuen dt Rechtslage *von Hoyningen-Huene* in MünchKommHGB³ (2010), § 89b Rz 92: „Das Vorliegen von Provisionsverlusten ist seit der Neufassung [...] durch das Gesetz [...] nicht mehr als eigenes Tatbestandsmerkmal [...] zu berücksichtigen. Dies bedeutet insbesondere, dass der Ausgleichsanspruch, anders als nach bisheriger Rechtslage, nicht mehr von vornherein durch die Höhe der Provisionsverluste begrenzt wird“; vgl auch die Entscheidung des EuGH 26.03.2009, Rs C-348/07 (*Turgay Semen/Deutsche Tamoil GmbH*), welche zu einem Umdenken und damit einer größeren Relevanz des Gesetzeswortlauts führen sollte.

³⁴³ *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 566.

der Provisionen während des aufrechten Vertragsverhältnisses zur Gänze abgegolten wurde. ME ist in dieser Fallkonstellation allerdings neben der Problematik der Provisionsverluste als praktisch eigenständige Anspruchsvoraussetzung³⁴⁴ auch danach zu unterscheiden, ob der Handelsvertreter während des aufrechten Vertragsverhältnisses marktübliche oder bereits überhöhte Provisionen erhalten hat. Im ersten Fall ist es nämlich nicht möglich, dass der Vermittlungserfolg bereits während des aufrechten Vertragsverhältnisses „zur Gänze“ abgegolten wurde.³⁴⁵ „Zur Gänze“ würde eben bedeuten, dass auch die über das Vertragsverhältnis hinaus wirkenden Unternehmervorteile (Stichwort „Prognosezeitraum“) abgegolten wurden. Weiters muss diese Ansicht insofern relativiert werden, als es sonst in der Praxis leicht zur Umgehung des Ausgleichsanspruchs käme. Der Unternehmer könnte schlicht Einmal-Provisionen vereinbaren und sich nach Vertragsauflösung darauf berufen, dass der Handelsvertreter ja ohnehin keine Provisionen mehr erhalten hätte, durch die Vertragsauflösung insofern keinen Schaden erleidet und deshalb nicht in den Genuss des Ausgleichsanspruchs kommen dürfe.³⁴⁶

Die Materialien zum HVertrG meinen, es werde durch die ausdrückliche Nennung der dem Handelsvertreter entgehenden Provisionen (§ 24 Abs 1 Z 3) entsprechend dem „Richtliniengebot“ und der in dieser Frage davor³⁴⁷ nicht einheitlichen Rsp „klargestellt, daß maßgeblicher Umstand bei der Berechnung des Ausgleichsanspruchs auch die dem Handelsvertreter entgehenden Provisionen sind“.³⁴⁸

Auch der OGH vertritt in seinem Urteil vom 14.12.2000³⁴⁹ die Ansicht, die Billigkeitsüberlegungen nach § 24 Abs 1 Z 3 HVertrG würden „ohnehin von der Frage beherrscht, ob dem Handelsvertreter Provisionen entgehen“.

³⁴⁴ Vgl dazu unten.

³⁴⁵ Vgl auch Aicher, Anm zu OGH 29.11.1989, 1 Ob 692/89, WBl 1990, 152, wonach der OGH nicht prinzipiell davon ausgehe, dass der „Zugewinn“, welchen der Hersteller durch den Verbleib des Kundenstamms bei Beendigung des Vertragsverhältnisses behält, bereits durch eine - im Vergleich zur Provision des Handelsvertreters - regelmäßig höhere Handelsspanne des Vertragshändlers abgegolten sei.

³⁴⁶ So auch Thume, Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters gem. § 89b HGB im Lichte der Europäischen Union, BB 2004, 2473 (2475).

³⁴⁷ Bezug nehmend auf die Vorgängerregelung § 25 HVG.

³⁴⁸ EB RV 578 BlgNR 18. GP, 15 mwN zur nicht einheitlichen Rsp: Jabornegg, HVG (1987), 506 ff.

³⁴⁹ OGH 14.12.2000, 6 Ob 260/00d mwN EB RV 578 BlgNR 18. GP, 15; so auch OGH 20.10.2005, 3 Ob 13/05s; Weilingner/Weilingner, Handelsvertretergesetz 1993 (1993), 56; in diesem Sinn angeblich auch Viehböck, Der Ausgleichsanspruch nach dem neuen Handelsvertretergesetz, ecolex 1993, 221 (224); ähnlich auch Nocker, HVertrG, § 24 Rz 714, wonach bei der Berechnung des Ausgleichsanspruchs in der

In der Entscheidung vom 20.10.2005³⁵⁰ führte der OGH aus, die „unsubstantiierte“ Behauptung des Klägers, die genannte Auslegung des OGH, „werde „wohl“ den Intentionen des europäischen Gesetzgebers (RL 86/653/EWG des Rates vom 18. Dezember 1986) widersprechen“, bewirke nicht das Vorliegen einer erheblichen Rechtsfrage. Im konkreten Fall waren für die Vermittlung von Abonnement-Verträgen für eine Tageszeitung Einmalprovisionen vereinbart worden. Der Handelsvertreter erlitt somit nach Vertragsbeendigung keinerlei Provisionsverluste. Das Berufungsgericht ließ es „dahingestellt, ob der Unternehmer aus den geschaffenen Geschäftsverbindungen wahrscheinlich auch nach Auflösung des Vertrags erhebliche Vorteile ziehen könne, weil schon Billigkeitserwägungen zur Verneinung dieses Anspruchs führten“, was vom OGH nicht beanstandet wurde.

Dass diese Auslegung aber anscheinend doch den Intentionen des europäischen Gesetzgebers widerspricht, zeigte sich im Anschluss an ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH, eingereicht vom Landgericht Hamburg. Aufgrund dieses Ersuchens behandelte der EuGH ua die Frage, ob es mit Art 17 Abs lit a HV-RL vereinbar sei, dass der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters durch seine Provisionsverluste infolge der Beendigung des Vertragsverhältnisses begrenzt wird, auch wenn die dem Unternehmer verbleibenden Vorteile höher zu bewerten sind.³⁵¹

Der EuGH kam „nicht ganz überraschend“³⁵² zu dem Schluss, Art 17 Abs 2 lit a HV-RL sei dahin auszulegen, dass er nicht erlaube, den Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters von vornherein durch seine Provisionsverluste infolge der Beendigung des Vertragsverhältnisses zu begrenzen, selbst wenn die dem Unternehmer verbleibenden Vorteile höher zu bewerten seien. Dies vor allem deshalb, weil eine Auslegung von Art 17 Abs 2 lit a zweiter Gedankenstrich der HV-RL, welche es ermöglicht, jede Erhöhung des Ausgleichs von vornherein auszuschließen, eine Auslegung zum Nachteil des Handelsvertreters wäre. Dies sei jedenfalls unzulässig.³⁵³

Praxis „der Einfachheit halber“ davon ausgegangen werde, die Unternehmervorteile und die Provisionsverluste seien gleich groß.

³⁵⁰ OGH 20.10.2005, 3 Ob 13/05s.

³⁵¹ EuGH 26.03.2009, Rs C-348/07 (*Turgay Semen/Deutsche Tamoil GmbH*), Vorabentscheidungsersuchen des LG Hamburg; vgl auch *Thume*, Der neue § 89b Abs. 1 HGB und seine Folgen, BB 2009, 2490 (2494), wonach aufgrund der Entscheidung des EuGH „auch in Österreich mit einer Änderung der Rechtsprechung zu rechnen“ sei.

³⁵² *Thume*, Der neue § 89b Abs. 1 HGB und seine Folgen, BB 2009, 2490.

³⁵³ EuGH 26.03.2009, Rs C-348/07 (*Turgay Semen/Deutsche Tamoil GmbH*), RN 23.

Daraus lässt sich ableiten, dass die bisher oft vertretene Auffassung, ohne Provisionsverluste könne es keinen Ausgleichsanspruch geben, jedenfalls nicht richtlinienkonform ist und dementsprechend abzulehnen ist.³⁵⁴ Die Provisionsverluste können daher zwar ein wichtiger Anhaltspunkt sein, sind jedoch für sich alleine nicht ausschlaggebend. Vielmehr sind sie – entsprechend dem Wortlaut der Bestimmung – im Rahmen der Billigkeitsüberlegungen zu berücksichtigen.³⁵⁵ Darf der Ausgleichsanspruch, wie der EuGH meint, nicht „von vornherein“ durch die Provisionsverluste begrenzt werden, kann er auch nicht von vornherein Null sein, nur weil es keine Provisionsverluste gibt. Dass sich andere aus der Vertragsbeendigung ergebende und zu berücksichtigende Nachteile für den Handelsvertreter als die genannten Provisionsverluste nur „ungleich schwerer“ finden lassen werden³⁵⁶, ändert nichts an der Richtlinienwidrigkeit einer derartigen Auslegung oder Anwendung.

In Deutschland waren bis zum Gesetz vom 31.07.2009³⁵⁷ (SchVGEG) in § 89b dHGB die Provisionsverluste separat von den Billigkeitsüberlegungen als vierte materielle Voraussetzung geregelt. Durch die Novelle wurde die Regelung an den Text der HV-RL und somit auch an die österr. Regelung angepasst. Durch das Gesetz vom 31.07.2009 (SchVGEG) erfuhr der Aspekt der Billigkeit in Deutschland eine erhebliche Aufwertung, da diese nun neben den Unternehmervorteilen die einzigen Tatbestandsmerkmale darstellt.³⁵⁸

³⁵⁴ So vertraten Teile der dtLit auch schon vor dem Urteil des EuGH die Auffassung, „dass insoweit die Richtlinie in Deutschland – anders als beispielsweise in Österreich – nicht sorgfältig umgesetzt worden sei“: zB *Thume*, Der neue § 89b Abs. 1 HGB und seine Folgen, BB 2009, 2490 mwN *Canaris*, Handelsrecht²⁴ (2006), § 15 Rz 110; *Hopt* in *Baumbach/Hopt*, HGB³³ (2008), § 89b Rz 32; *Emde* in *Staub*, Großkomm HGB II⁵, § 89b Rz 115; *Thume*, Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters gem. § 89b HGB im Lichte der Europäischen Union, BB 2004, 2473 (2474 f); so auch *Hopt* in *Baumbach/Hopt*, HGB³⁴ (2010), § 89b Rz 24; *Löwisch* in *E/B/J/S*, HGB² (2008), § 89b Rz 90.

³⁵⁵ So meinen zB *Petsche/Petsche-Demmel*, HVertrG, § 24 Rz 96, man könne sagen, das Vorliegen von Provisionsverlusten indiziere die Billigkeit, es wäre aber auch ein Ausgleich ohne Provisionsverluste denkbar.

³⁵⁶ *Tschuk*, Ausgleichsanspruch (1994), 56; vgl. auch *Thouvenin*, Das Agenturvertragsrecht in der Schweiz, IHR 2007, 191 (197 FN 59), welcher sich „nicht vorstellen kann, dass sich je eine Konstellation ergeben wird, bei der zwar Vorteile für das Unternehmen bejaht werden ohne dass gleichzeitig auch Provisionsansprüche des Handelsvertreters entfallen“.

³⁵⁷ „Gesetz zur Neuregelung der Rechtsverhältnisse bei Schuldverschreibungen aus Gesamtemissionen und zur verbesserten Durchsetzbarkeit von Ansprüchen von Anlegern aus Falschberatung“ (SchVGEG) vom 31.07.2009, dBGBL 2009, Teil I, 2512 (2519), § 24 Art 6a, ausgegeben zu Bonn am 04.08.2009, in Kraft getreten am 05.08.2009.

³⁵⁸ *Von Hoyningen-Huene*, MünchKommHGB³ (2010), § 89b Rz 84.

Dementsprechend stellen nun sowohl in Deutschland als auch in Österreich die Provisionsverluste des Handelsvertreters – wie dies auch in der HV-RL vorgesehen ist – einen „Unterfall des Billigkeitsgrundsatzes“ dar.³⁵⁹

Der dt Gesetzgeber hat damit aus dem Urteil des EuGH vom 26.03.2009³⁶⁰ „mit einer geradezu erstaunlichen Geschwindigkeit die Konsequenzen gezogen“. Der novellierte § 89b dHGB gilt seit dem 05.08.2009 für alle Handelsvertreterverträge, auch wenn diese schon davor abgeschlossen und beendet worden sind.³⁶¹

Die dt Gesetzesnovelle erfasst nicht nur Handelsvertreter, sondern neben Versicherungs- und Bausparkassenvertretern³⁶², auch zB Investment-, Anlage- und Kreditvermittler, sowie Akquisiteure von TV- und Telefondiensten oder Softwarewartungsverträgen. Da in diesen Sonderbereichen oft langfristige Dauerbezugsverträge vermittelt werden, für welche die Handelsvertreter häufig nur eine Einmalprovision erhalten, kann „die Gesetzesänderung ganz erhebliche Auswirkungen auf das Bestehen und die Berechnung des Ausgleichs haben“.³⁶³

Auswirkungen können sich evtl auch für das Vertragshändlerrecht und Franchising ergeben. So stellt sich für *Thume*³⁶⁴ „die grundsätzliche Frage, ob in diesen Bereichen [Anm: bei Vertragshändler- und Franchiseverträgen] künftig eine analoge Anwendung der Neufassung erfolgen soll. Zwingend denknotwendig ist dies nicht“. Er relativiert diese Aussage jedoch insofern als er diesen Denkanstoß insb auf die bisherigen Berechnungsmethoden bezieht und meint, bei entsprechender Anwendung der Neufassung müsse die Berücksichtigung der sog „Verwaltungsvergütungen“ in den Hintergrund treten oder würde vielleicht ganz obsolet.³⁶⁵

³⁵⁹ *Küstner* in *Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 3 zu Kapitel VIII; so auch schon *Thume*, Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters gem. § 89b HGB im Lichte der Europäischen Union, BB 2004, 2473 (2474 f); *Küstner*, Neues Handelsvertreterrecht in Österreich, RdW 1994, 390 (393), welcher kritisierte, die Berechnung der Höhe des Ausgleichsanspruchs nach § 24 HVertrG sei durch die Prüfung der Provisionsverluste des Handelsvertreters im Rahmen der Billigkeit „umständlicher [...] als dies nach deutschem Recht ohnehin schon der Fall ist“.

³⁶⁰ EuGH 26.03.2009, Rs C-348/07 (*Turgay Semen/Deutsche Tamoil GmbH*).

³⁶¹ *Thume*, Der neue § 89b Abs. 1 HGB und seine Folgen, BB 2009, 2490 mwN: „Das Änderungsgesetz enthält nämlich keine Übergangsregelung, so dass im Streitfall die zum Zeitpunkt der Urteilsverkündung geltende Norm anzuwenden ist“.

³⁶² Vgl § 89b Abs 5 dHGB, wonach der Ausgleichsanspruch auch auf diese Absatzmittler anwendbar ist.

³⁶³ *Thume*, Der neue § 89b Abs. 1 HGB und seine Folgen, BB 2009, 2490 (2491).

³⁶⁴ *Thume*, Der neue § 89b Abs. 1 HGB und seine Folgen, BB 2009, 2490 (2491).

³⁶⁵ *Thume*, Der neue § 89b Abs. 1 HGB und seine Folgen, BB 2009, 2490 (2491).

*Jabornegg*³⁶⁶ fasst die uneinheitliche Rsp zur Berechnung des Ausgleichsanspruchs bzw zur Berücksichtigung der Provisionsverluste und der Unternehmervorteile so zusammen: „Allgemein kann vielleicht gesagt werden, daß potentiell alles in Betracht kommt, das einerseits auf Benachteiligungen des HV hindeutet und andererseits die verbleibenden Vorteile für den GH (in positiver wie in negativer Hinsicht) betrifft. Doch ist dieses Ergebnis der Judikaturanalyse keineswegs befriedigend.“ *Jabornegg* kommt nach Betrachtung des primären Normzwecks und der Konzeption des Entschädigungsanspruchs zu dem Ausgangspunkt, dass der Ausgleichsanspruch „seiner Rechtsnatur nach ein zusätzliches Entgelt für die nach Vertragsende dem GH verbleibenden Vorteile ist.“ Daher müsse es nach *Jabornegg* – richtigerweise - „von vornherein verfehlt sein, auf allfällige Schäden und Nachteile des HV zu blicken. Es liegt jedoch „überaus nahe, den zusätzlichen Vorteil der ständigen Geschäftsverbindungen mit einem Zuschlag abzugelten, der in einer gewissen Relation zu den vermittelten Einzelumsätzen liegt“.

b) Andere Billigkeitsgründe

Ausgehend von der soeben dargelegten Behandlung der Provisionsverluste des Handelsvertreters, welche sicher einen wichtigen Aspekt im Rahmen der Billigkeitsüberlegungen darstellen, wurden in Lehre und Rsp viele andere Billigkeitsgründe entwickelt, die zu einer Minderung oder Erhöhung des Ausgleichsanspruchs führen können.³⁶⁷

Allein schon aus der Formulierung des Gesetzes („unter der Berücksichtigung aller Umstände“) geht hervor, dass die Billigkeitserwägungen sehr Einzelfall bezogen sind. Insofern ist es schwer, allgemein gültige Aussagen zu der Frage zu formulieren, was

³⁶⁶ *Jabornegg*, HVG (1987), 508 ff, welcher allerdings – entgegen der mittlerweile hA – weiter ableitet, dass Ausgangspunkt der Berechnung der Höhe des Ausgleichsanspruchs der gesetzliche Höchstbetrag sein müsse. Darauf aufbauend solle geprüft werden, „ob und inwieweit die verbleibenden Vorteile für den GH [Anm: Geschäftsherrn] geringer sind.“

³⁶⁷ Vgl dazu auch die ausführliche Auflistung der Kasuistik bei *Emde in Staub*, Großkomm HGB II⁵, § 89b Rz 162.

neben den ausdrücklich im Gesetz erwähnten Provisionsverlusten noch alles unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit zu berücksichtigen ist.³⁶⁸

Aufgrund des zwingenden Charakters von § 24 HVertrG³⁶⁹ und dem damit einhergehenden Verbots, den Ausgleichsanspruch zum Nachteil des Handelsvertreters im Vorhinein zu begrenzen, sind vertragliche Vereinbarungen über Umstände, welche im Rahmen der Billigkeit (ausgleichsmindernde) Berücksichtigung finden sollen, grds unwirksam.³⁷⁰

aa. Umstände bei der Vertragsbeendigung

Neben etwas „ausgerissenen“ Fallkonstellationen³⁷¹, wie zB dem selbst verschuldeten Verkehrsunfall des Handelsvertreters, wo dieser zu Tode kam³⁷², sind jene Fälle von besonderer Bedeutung, in denen das Vertragsverhältnis einvernehmlich aufgelöst wird, dies aber auf die Initiative des Handelsvertreters zurück zu führen ist. So hat das OLG Celle in seinem Urteil vom 18.04.2002³⁷³ eine einvernehmliche Vertragsbeendigung im Rahmen der Billigkeitsüberlegungen berücksichtigt, weil der Handelsvertreter auf eigenen Wunsch und Antrieb ausscheiden wollte und im Falle einer Eigenkündigung wegen Fehlens hinreichender Gründe nach § 89b Abs 3 Nr 1 dHGB den Ausgleichsanspruch insgesamt wohl verloren hätte. Das OLG Celle hielt es für angemessen, dem Handelsvertreter lediglich $\frac{1}{4}$ des ihm rechnerisch im Höchstfall zustehenden Ausgleichsbetrags zuzusprechen. Ein derart hoher Abzug stellt aber wohl

³⁶⁸ So auch *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 674: „Die Rsp [...] ist überaus kasuistisch. Klare Aussagen darüber sind daher nur schwer möglich.“

³⁶⁹ § 27 Abs 1 HVertrG.

³⁷⁰ *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 674 mwN *Küstner*, Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters und Altersversorgungsleistungen, BB 1994, 1590; etwas einschränkend die dt Rsp, zB BGH 20.11.2002, VIII ZR 146/01 [Altersversorgung], NJW 2003, 1241, nach welcher die Vertragsparteien zwar eine Vereinbarung treffen können, dass die vom Unternehmer dem Handelsvertreter gewährte Altersversorgung durchaus Berücksichtigung finden könne, eine Vereinbarung, welche unter Ausschluss anderer Billigkeit Gesichtspunkte die Anrechnung der Altersversorgung im Voraus anordnet, sei allerdings wegen des Verstoßes gegen den zwingenden Charakter von § 89b Abs 4 Satz 1 dHGB unwirksam; vgl zum Verhältnis zwischen Ausgleichsanspruch und Altersversorgung auch *Hopt*, Handelsvertreterrecht³, Rz 39 zu § 89b mwN zur dt Rsp.

³⁷¹ Vgl dazu ausführlich *Thume* in *Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 45 ff zu Kapitel IX mwN zur dt Rsp.

³⁷² BGH 06.02.1964, VII ZR 100/62, NJW 1964, 915: Keine (ausgleichsmindernde) Berücksichtigung, da darin keine Verletzung von Vertragspflichten durch den Handelsvertreter gesehen werden könne.

³⁷³ OLG Celle 18.04.2002, 11 U 210/01, BecksRS 2002, 30254511 zitiert in *Thume* in *Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 46 zu Kapitel IX.

eine (ungewöhnliche) Einzelfallentscheidung da, die sich ua auf die besonderen Umstände dieses Falles stützt.³⁷⁴

Auch ein schuldhaftes Verhalten der Gehilfen (Arbeitnehmer, Untervertreter etc) des Handelsvertreters, welches letztlich Grund für die Auflösung des Vertragsverhältnisses war, rechtfertigt – richtigerweise - einen Billigkeitsabzug.³⁷⁵

bb. Vertragswidriges Verhalten des Vertreters, insbesondere Konkurrenzfähigkeit

Ein vertragswidriges Verhalten kann den Ausgleichsanspruch im Rahmen der Billigkeit nach hM schmälern.³⁷⁶ Jedenfalls ausgleichsmindernd wird dieses vertragswidrige Verhalten sein, wenn es vom Handelsvertreter schuldhaft gesetzt wurde und der Unternehmer zwar von einer Kündigung abgesehen hat, diese aber nach § 24 Abs 3 Z 2 HVertrG aussprechen hätte können.³⁷⁷

War der Handelsvertreter für ein im selben Geschäftsbereich und innerhalb des selben Geschäftsgebiets agierendes Konkurrenzunternehmen tätig, so stellt dies – auch bei nicht explizitem Verbot im Handelsvertretervertrag³⁷⁸ – prinzipiell ein vertragswidriges Verhalten dar, welches den Unternehmer zur Kündigung nach § 24 Abs 3 Z 2 HVertrG berechtigen kann.³⁷⁹ Wurde dieses vertragswidrige Verhalten vom Unternehmer nicht noch während des (aufrechten) Vertragsverhältnisses durch Kündigung geltend gemacht, kann es sich zumindest danach bei der Bemessung der Höhe des Ausgleichsanspruchs (mindernd) auswirken, da es sich hier um einen Umstand handelt, „der nach dem Aufbau des Gesetzes mit der Rechtsnatur des Ausgleichsanspruches im Zusammenhang stehe und daher bei der Entscheidung über den Ausgleichsanspruch im Rahmen der Billigkeitserwägungen zu berücksichtigen sei.“³⁸⁰

³⁷⁴ Vgl dazu Thume in Küstner/Thume, Außendienstrecht II⁸, Rz 46 zu Kapitel IX.

³⁷⁵ BGH 05.02.1959, II ZR 107/57, NJW 1959, 878 zitiert bei Nocker, HVertrG, § 24 Rz 680.

³⁷⁶ Vgl dazu ausführlich Emde in Staub, Großkomm HGB II⁵, § 89b Rz 162 (zB „Konkurrenztätigkeit“ und „Verletzung der Vertragspflicht durch eine Partei“) mwN.

³⁷⁷ Thume in Küstner/Thume, Außendienstrecht II⁸, Rz 87 zu Kapitel IX mwN BGH 02.10.1958, II ZR 113/57, NJW 1958, 1966; BGH 30.06.1966, VII ZR 124/65, VersR 1966, 773 zu 2c; BGH 17.10.1984, I ZR 95/82, VersR 1985, 264; Nocker, HVertrG, § 24 Rz 682.

³⁷⁸ Nach M. Mohr, Franchisevertrag (1999), 23, enthalten Franchiseverträge allerdings regelmäßig Präambeln, aus denen sich bereits ein Konkurrenzverbot ableiten lässt, und/oder eine derartige ausdrückliche Regelung im Vertrag.

³⁷⁹ Thume in Küstner/Thume, Außendienstrecht II⁸, Rz 42 zu Kapitel IX mwN; vgl auch Nocker, HVertrG, § 24 Rz 682 mwN BGH 11.12.1996, VIII ZR 22/96, NJW 1997, 655.

³⁸⁰ Thume in Küstner/Thume, Außendienstrecht II⁸, Rz 88 zu Kapitel IX.

Im Gegensatz zur angesprochenen Konkurrenztätigkeit während des aufrechten Vertragsverhältnisses darf ein nachvertragliches Wettbewerbsverhalten des ausgeschiedenen Handelsvertreters nicht bei der Billigkeit noch einmal berücksichtigt werden.³⁸¹ Dieses wirkt sich nämlich bereits bei der Berechnung der Provisionsverluste ausgleichsmindernd aus.³⁸² Auch kommt es – falls die nachvertragliche Konkurrenztätigkeit im Rahmen der Billigkeitserwägungen behandelt wird – auf die jeweiligen Umstände und hier insb auf das Maß der Beeinträchtigung des Unternehmers durch die nunmehrige Konkurrenztätigkeit seines früheren Handelsvertreters an.³⁸³ Weiters dürfen bei der Berechnung des Rohausgleichs grds nur solche Umstände in die Zukunftsprognose einfließen, die zum Zeitpunkt der Vertragsauflösung bereits absehbar waren. Dementsprechend muss die Übernahme der Konkurrenztätigkeit durch den Handelsvertreter bei Vertragsbeendigung bereits feststehen.³⁸⁴

cc. Dauer der Vertreterertätigkeit

Inwiefern sich die Dauer der Tätigkeit des Handelsvertreters für seinen Unternehmer im Rahmen der Billigkeit auf die Höhe des Ausgleichsanspruchs auswirkt, ist meist sehr umstritten. In der dt Rsp wird teilweise die Ansicht vertreten, weder eine besonders lange Vertragsdauer dürfe zugunsten des Handelsvertreters berücksichtigt werden noch dürfe eine verhältnismäßig kurze Vertragsdauer zu Abzügen aufgrund von Billigkeitsüberlegungen führen.³⁸⁵

In beiden Konstellationen kann es nämlich der Fall sein, dass der Unternehmer weiterhin aus dem vom Handelsvertreter aufgebauten Kundenstamm (erhebliche) Vorteile ziehen kann, während der Handelsvertreter Provisionsverluste erleidet. Dies könne sowohl bei einer mehrere Jahrzehnte andauernden Handelsvertreterertätigkeit als auch bei einer nur ein paar Monate laufenden Vertragszeit der Fall sein. So ist es

³⁸¹ Vgl dazu ausführlich *Emde in Staub*, Großkomm HGB II⁵, § 89b Rz 162 („Konkurrenztätigkeit“) mwN; auch das OLG Celle 25.01.1968, 7 U 146/67, NJW 1968, 1141, hielt es für „zweifelhaft“, ob eine spätere Tätigkeit des Handelsvertreters für ein Konkurrenzunternehmen anspruchsmindernd zu berücksichtigen sei.

³⁸² *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 682.

³⁸³ *Thume in Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 90 zu Kapitel IX mwN BGH 14.11.1966, VII ZR 112/64, NJW 1967, 248.

³⁸⁴ *Thume in Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 90 zu Kapitel IX mwN BGH 06.08.1997, VIII ZR 92/96, NJW 1998, 71; zum Abzug von 25% bei Übernahme einer Konkurrenzmarke mit ausgeprägter Sogwirkung vgl BGH 26.02.1997, VIII ZR 272/95, NJW 1997, 1503.

³⁸⁵ Vgl dazu ausführlich *Thume in Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 55 ff zu Kapitel IX mwN; vgl auch *Emde in Staub*, Großkomm HGB II⁵, § 89b Rz 162 („Dauer der Tätigkeit des HV“) mwN.

jedenfalls unzulässig, den Ausgleichsanspruch bloß deshalb auszuschließen, weil der Handelsvertreter zB bereits vor Ablauf seiner – nur wenige Monate andauernden - Probezeit gekündigt wurde. Konnte der Handelsvertreter in dieser Zeit keine ausgleichsrelevanten Kunden gewinnen, wird dies ohnehin im Rahmen der Unternehmervorteile berücksichtigt und darf insofern nicht ein zweites mal im Rahmen der Billigkeit zur Geltung kommen.³⁸⁶

Da weder in der Lit noch in der Rsp eine einheitliche Linie erkennbar ist³⁸⁷, kann hier nur auf die einzelfallbezogene Entscheidung hingewiesen werden.³⁸⁸

dd. Ausgeprägte Werbetätigkeit des Unternehmers

Unterstützt der Unternehmer den Handelsvertreter in seiner Tätigkeit durch marktübliche Werbemaßnahmen, so wirkt sich dies jedenfalls nicht ausgleichsmindernd auf die Höhe des Ausgleichsanspruchs aus. Vielmehr ist es so, dass eine solche vom Unternehmer ausgehende Anstrengung, seine Artikel zu vermarkten, üblich und auch im Rahmen der allgemeinen Treue- und Sorgfaltspflicht geboten ist.³⁸⁹ Insb im Bereich des Subordinationsfranchisings wird den Franchisegeber mE eine umfangreiche Werbepflicht treffen. Eine ausgleichsmindernde Berücksichtigung ist nur dann denkbar, wenn die Werbung ein Ausmaß erreicht, welches „die sonst billigerweise zu erwartende Förderung“ der Tätigkeit des Handelsvertreters übersteigt. Dies muss jedoch vom Unternehmer nachgewiesen werden.³⁹⁰

Daneben wird die unterstützende Tätigkeit des Unternehmers in vielen Fällen bereits in den (reduzierten) Provisionen des Handelsvertreters Niederschlag gefunden haben und

³⁸⁶ Vgl dazu *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 689 f mwN; vgl auch *Thume in Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 55 ff zu Kapitel IX mwN.

³⁸⁷ Vgl dazu die Ausführungen bei *Emde in Staub*, Großkomm HGB II⁵, § 89b Rz 162 („Dauer der Tätigkeit des HV“) mwN, wonach die Rsp so unterschiedlich sei, „wie es die Gesichtspunkte sind, die sich in Richtung des Für und des Wider ausführen lassen“.

³⁸⁸ Vgl in diesem Zusammenhang auch OGH 03.11.2005, 6 Ob 204/05a, wonach die „festzusetzende Ausgleichszahlung [...] geradezu ein Musterbeispiel für eine nach dem jeweiligen Einzelfall zu treffende Billigkeitsentscheidung“ sei.

³⁸⁹ *Thume in Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 92 zu Kapitel IX mwN; vgl auch OGH 01.04.2009, 9 ObA 24/08g, wonach die eigene Werbetätigkeit des Unternehmers nichts an der entscheidenden Mitursächlichkeit der Tätigkeit des Handelsvertreters ändert.

³⁹⁰ *Emde in Staub*, Großkomm HGB II⁵, § 89b Rz 162 („Werbemaßnahmen des Unternehmers“) mwN BGH 15.12.1978, I ZR 59/77, NJW 1979, 651; OLG Celle 25.01.1968, 7 U 146/67, NJW 1968, 1141.

darf dementsprechend nicht ein zweites Mal ausgleichsmindernd berücksichtigt werden.³⁹¹

So hat auch der BGH in seinem Urteil vom 15.12.1978³⁹² die Ansicht vertreten, dass die Arbeitslast des Handelsvertreters, seine Provision und die Unterstützung durch den Unternehmer durch Werbeaufwand in einem ausgewogenen Verhältnis zueinander stünden, „so daß für eine zusätzliche ausgleichsmindernde Berücksichtigung der Werbeaufwendungen des Unternehmers im allgemeinen kein Raum ist“.

ee. Sogwirkung der Marke

Die wohl wichtigste Stellung innerhalb der einzelnen, im Gesetz nicht genannten, Billigkeitsgründe nimmt die sogenannte „Sogwirkung der Marke“ ein. Eine klare Begriffsdefinition fehlt, doch wird darunter allgemein der Umstand verstanden, „dass ein Markenartikel vermöge seines besonderen Bekanntheitsgrades geringerer oder gar keiner Vermittlungsbemühungen eines Handelsvertreters bedarf, als dies bei weniger bekannten Produkten der Fall sein mag.“³⁹³ Der Kunde des Unternehmers (Wiederverkäufer) ist praktisch gezwungen, diese „Mussartikel“³⁹⁴ zu führen, weil sie einer derart ausgeprägten Nachfrage der Endverbraucher-Kundschaft unterliegen. Dieses Phänomen lässt sich idR auf die intensiven, überregionalen Werbemaßnahmen des Herstellers/Importeurs zurückführen.³⁹⁵ Die Tätigkeit des Handelsvertreters beschränkt sich in der Folge darauf, dass er immer mehr verwaltende Tätigkeiten ausübt und mit der Vermittlung von Geschäften nur mehr wenig zu tun hat.³⁹⁶

Besondere Bedeutung kommt der Sogwirkung der Marke bei Vertragshändler- und Franchiseverträgen zu.³⁹⁷ Die in diesem Zusammenhang vorhandene Rsp befasst sich vor allem mit Kfz-Vertragshändlerverträgen. So lassen sowohl die dt als auch die österr

³⁹¹ Nocker, HVertrG, § 24 Rz 685 mwN BGH 15.12.1978, I ZR 59/77, NJW 1979, 651; vgl auch Thume in Küstner/Thume, Außendienstrecht II⁸, Rz 95 f zu Kapitel IX; so auch Emde in Staub, Großkomm HGB II⁵, § 89b Rz 162 („Werbemaßnahmen des Unternehmers“) mwN.

³⁹² BGH 15.12.1978, I ZR 59/77, NJW 1979, 651 (652) zu II 2.

³⁹³ Küstner/Thume in Küstner/Thume, Außendienstrecht II⁸, Rz 57 zu Kapitel VI; vgl auch Rz 118 zu Kapitel IX.

³⁹⁴ Küstner/Thume in Küstner/Thume, Außendienstrecht II⁸, Rz 57 zu Kapitel VI.

³⁹⁵ Nocker, HVertrG, § 24 Rz 697.

³⁹⁶ Vgl dazu ausführlich Küstner/Thume in Küstner/Thume, Außendienstrecht II⁸, Rz 57 zu Kapitel VI.

³⁹⁷ Vgl zB RIS-Justiz RS 0116277.

Rsp Abzüge wegen der Sogwirkung der Marke zwischen 10 und 25% zu.³⁹⁸ Im Bereich der Kfz-Händler hält der BGH regelmäßig Abzüge in Höhe von ca 25% für billig.³⁹⁹

Nach *Nocker*⁴⁰⁰ wird – basierend auf den Ergebnissen von *Bechtold*⁴⁰¹ – dem Aspekt der Sogwirkung der Marke gerade im Kfz-Bereich von der Rsp zu wenig Beachtung geschenkt. Die Bemühungen des Vertragshändlers seien relativ stark in den Hintergrund gedrängt. Die grundsätzliche Entscheidung für den Kauf eines Kfz einer bestimmten Marke falle nämlich bereits auf Grund von Informationen, welche nicht direkt vom Vertragshändler stammen, wie zB einschlägige Fachzeitschriften, Internet, überregionale Werbung oÄ. *Nocker*⁴⁰² differenziert jedoch – richtigerweise – nach der

³⁹⁸ Vgl zur dt Rsp zB *Küstner/Thume* in *Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 58 zu Kapitel VI mwN OLG München 10.02.1993, 7 U 3781/92 (25%), BB 1994, 533 (535); BGH 10.07.2002, VIII ZR 58/00 (Tankstellen-Urteil, 10%), NJW-RR 2002, 1548; vgl zur österr Rsp zB OGH 20.02.2003, 6 Ob 170/02x, wo es zu 11% Abzug für die Sogwirkung der Marke eines bekannten Herstellers von Unterhaltungselektronik kam. Allerdings sei nach dieser Entscheidung im konkreten Fall die Auswirkung der Sogwirkung der Marke im Handel mit elektronischen Unterhaltungsgeräten mit jener im Autohandel „nicht ohne weiteres zu vergleichen“; vgl auch OGH 30.08.2006, 7 Ob 122/06 (Tankstellen-Shop), wo aufgrund einer „überwiegenden Gewichtung der unternehmensbezogenen Vorteile“ insgesamt ein Billigkeitsabzug von 45% vorgenommen wurde, während die erste Instanz einen Abzug von 10 % für ersparte Werbemaßnahmen und die Sogwirkung der Marke für angemessen hielt.

³⁹⁹ *Thume* in *Küstner/Thume*, Außendienstrecht III³, 301 Rz 58 mwN BGH 14.04.1983, I ZR 20/81, NJW 1983, 2877; BGH 02.07.1987, I ZR 188/85, NJW 1988, 261; BGH 06.10.1993, VIII ZR 172/92, NJW 1994, 724; BGH 05.06.1996, VIII ZR 7/95, NJW 1996, 2302; BGH 26.02.1997, VIII ZR 272/95, NJW 1997, 1503; BGH 22.03.2006, VIII ZR 173/04, NJW-RR 2006 1328.

⁴⁰⁰ *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 701 f, nach welchem die Tätigkeit des Vertragshändlers bei Zuführung neuer Kunden, dh beim Aufbau eines Kundenstammes, überhaupt nur eine völlig untergeordnete Rolle spiele. Ausschlaggebend seien idR vielmehr das Image und die Qualität des Kfz einer bestimmten Marke, nicht die Bemühungen des Vertragshändlers. Die „Markentreue“ sei nach der Untersuchung *Bechtolds* signifikant höher als die „Händlerentreue“.

⁴⁰¹ *Bechtold*, Rechtstatsachen zum Ausgleichsanspruch des Automobil-Händlers, BB 1984, 1262 ff, welcher aufgrund einer vom Bielefelder Meinungsforschungs-Instituts EMNID Mitte 1983 durchgeführten (jedoch nicht veröffentlichten) „Untersuchung der Kaufmotive beim PKW-Neukauf“ zu dem Ergebnis kommt, dass „der Ausgleichsanspruch des § 89 b HGB auf den Automobil-Eigenhändler nicht paßt“. Entgegen den Vorstellungen des Gesetzgebers des HGB über das Verhältnis von Handelsvertreter und Unternehmer zu den Kunden, hätten die Automobil-Hersteller nämlich einen eigenen Zugang zu potentiellen Käufern. Diese würden ihre Entscheidung nicht auf Grund der Bemühungen des Händlers, „sondern nach markenbezogenen Kriterien, insbesondere nach der Qualität, der Preiswürdigkeit und dem Ruf der Marke“ treffen. Die Beeinflussung der Käufer durch den Vertragshändler trete demgegenüber fast völlig zurück. Soweit eine solche Beeinflussung durch die EMNID-Untersuchung trotzdem feststellbar ist, handle es sich um Akquisitionstätigkeiten, die für einen Eigenhändler, aber nicht für einen Handelsvertreter typisch seien; *Bechtolds* Ansicht heftig kritisierend: *Westphalen*, Die analoge Anwendbarkeit von § 89b HGB auf Vertragshändler, DB 1984, Beilage Nr 24/84 zu Heft Nr 47, 1 (6): „Es ist für die Argumentation von *Bechtold* bezeichnend, daß er es unterläßt, sich mit dem vom BGH herausgearbeiteten Grundgedanken der gesetzlichen Regelung des § 89b HGB differenziert auseinanderzusetzen. [...] Wer in methodisch abgesicherten juristischen Kategorien denkt, kann *Bechtold* hier nicht mehr folgen“.

⁴⁰² *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 700, wonach auch der Marktanteil einer Marke an sich in keinem Kausalzusammenhang mit der Sogwirkung einer Marke stehe, da zB beim Kauf eines Bentleys – wenn Bentley auch einen kaum wahrnehmbaren Marktanteil hat – die Marke einen wohl wesentlich höheren Anteil an der Kaufentscheidung haben wird als das Verhalten des jeweiligen Vertragshändlers (anders OGH 26.07.2000, 7 Ob 161/00b [„Citroen II“]). ME kann jedoch auch beim Kauf eines Autos über € 200.000,- die (mit)ursächliche Tätigkeit des jeweiligen Kfz-Händlers nicht außer Acht gelassen werden, da

Substituierbarkeit des jeweiligen Produkts. So werden die Bemühungen des Vertragshändlers in einem derartigen Markensegment einen höheren Stellenwert haben, wo mehrere Hersteller mit einem vergleichbaren Marken- bzw Produktimage auftreten (zB Kompakt- oder Mittelklasse) und sich der Kunde durchaus von der (werbenden) Tätigkeit des Händlers beeinflussen lässt. Ist das jeweilige Produkt jedoch nur schwer substituierbar, desto eher wird die Entscheidung letztendlich wegen der (Sogwirkung der) Marke fallen.

Der BGH vertrat in seinem Urteil vom 25.03.1982⁴⁰³ die Auffassung, das Ausmaß der Sogwirkung der Marke auf die Höhe des Ausgleichsanspruchs sei allein im Rahmen der Billigkeitsprüfung zu berücksichtigen. Er äußerte weiters rechtliche Bedenken gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, wonach ein Vorteil des Unternehmers in der Kfz-Branche bereits deshalb ausscheide, weil Autokäufer offensichtlich der Sogwirkung der Marke folgten und deshalb im Verhältnis zwischen Kfz-Händler und Autokäufer grds kein übertragbarer Kundenstamm entstehen könne.

Der Ansicht des BGH ist zuzustimmen. Bei einer ausgeprägten Markenpräsenz und -bekanntheit ist ein Abzug bei der Berechnung der Höhe im Rahmen der Billigkeitsüberlegungen jedenfalls gerechtfertigt, da die notwendige werbende Tätigkeit des Franchisenehmers oder Vertragshändlers verringert ist. Es ist jedoch nicht einzusehen, warum der Ausgleichsanspruch aufgrund des Vertriebs eines besonders beliebten Produkts – wie es *Bechtold*⁴⁰⁴ verlangt – von vornherein versagt werden soll. Ist die Marke auch noch so stark nachgefragt, spielen doch immer – wenn auch nur untergeordnet – Aspekte der Tätigkeit des Franchisenehmers oder Vertragshändlers eine Rolle und sind insofern als (ausgleichsrelevante) werbende Tätigkeit zu qualifizieren. So geht ja auch selbst aus der von *Bechtold* behandelten EMNID-Untersuchung hervor, dass zwar anscheinend gerade im Kfz-Bereich die Marke eine zu großem Teil kaufentscheidende Rolle spielt, die Kunden daneben aber auch genauso der Tätigkeit des Kfz-Händlers Wichtigkeit beimessen und diese oftmals kausal – also

auch in diesem Luxussegment zB der Umgang mit dem Kunden oder die Service- und Betreuungsleistungen während und nach dem Kauf (zB ein entsprechender Ersatzwagen während eines Service) eine ausgleichsrelevante Rolle spielen.

⁴⁰³ BGH 25.03.1982, I ZR 146/80, NJW 1982, 2819 zitiert in *Thume in Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 120 zu Kapitel IX.

⁴⁰⁴ *Bechtold*, Rechtstatsachen zum Ausgleichsanspruch des Automobil-Händlers, BB 1984, 1262 (1267); *ders*, Ausgleichsansprüche für Eigenhändler dargestellt am Beispiel des Automobilvertriebs, NJW 1983, 1393 (1399).

„mitursächlich“ - für den Kauf ist.⁴⁰⁵ Der Abzug bei der Berechnung der Höhe des Ausgleichsanspruchs ist deshalb durch die – wenn auch nur in geringerem Ausmaß – notwendige werbende Tätigkeit des Kfz-Vertragshändlers gerechtfertigt. Die sogenannte „Sogwirkung der Marke“ ist jedoch „aus Rechtsgründen nicht geeignet, Existenz und Übertragbarkeit eines vom Vertragshändler im Sinn von § 89b HGB geschaffenen Kundenstamms zu negieren“.⁴⁰⁶ *Westphalen*⁴⁰⁷ kritisiert außerdem den „grundlegenden Irrtum von Bechtold“, dass dieser die Tatbestandsvoraussetzung einer „Gesetzesanalogie“ außer Acht lässt. *Bechtold* gehe wohl fälschlicherweise davon aus, dass eine Gesetzesanalogie „auf dem Kriterium der Identität oder der Feststellung der Nicht-Identität basiert.“ Vielmehr sei aber das Merkmal der Ähnlichkeit die Basis, „was denklogisch einschließt, daß der gesetzliche und der gesetzlich nicht geregelte Tatbestand in einigen Aspekten übereinstimmen, in anderen aber nicht.“

Der BGH stellte in seinem Urteil vom 14.04.1983⁴⁰⁸ weiters fest: „Für die Kfz-Branche entspricht es im übrigen der Lebenserfahrung und ist vom Berufungsgericht in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des BGH unter dem Gesichtspunkt der Mitursächlichkeit zutreffend ausgeführt worden, daß bei der Entscheidung über den Kauf eines Neufahrzeugs neben der Marke auch die Werbung des Vertragshändlers einschließlich seiner Betreuung und seiner Serviceleistungen eine nicht völlig bedeutungslose Rolle zukommt“.

Weiters ist in diesem Zusammenhang mE auch zu beachten, dass Franchisenehmer und Vertragshändler von derart präsenten und stark nachgefragten Marken ohnehin eine verringerte Handelsspanne zugesprochen bekommen und insofern die „Sogwirkung der Marke“ von vornherein Einfluss in das Vertragsverhältnis findet. Es sollte somit im Einzelfall geprüft werden, ob ein Abzug für die Sogwirkung der Marke überhaupt in der sonst üblichen Höhe billig ist.

⁴⁰⁵ Vgl aber *Bechtold*, Rechtstatsachen zum Ausgleichsanspruch des Automobil-Händlers, BB 1984, 1262 (1264 ff), welcher nicht müde wird zu betonen, dass die werbende Aktivität der Kfz-Vertragshändler für einen Handelsvertreter „nicht charakteristisch“ sei und ua deshalb eine Analogie verneint werden müsse; vgl auch *Westphalen*, Die analoge Anwendbarkeit von § 89b HGB auf Vertragshändler, DB 1984, Beilage Nr 24/84 zu Heft Nr 47, 1 (7), welcher ebenfalls die Mitursächlichkeit der Tätigkeit des Kfz-Vertragshändlers in der EMNID-Untersuchung bestätigt sieht.

⁴⁰⁶ *Westphalen*, Die analoge Anwendbarkeit von § 89b HGB auf Vertragshändler, DB 1984, Beilage Nr 24/84 zu Heft Nr 47, 1 (3) mwN BGH 25.03.1982, I ZR 146/80, NJW 1982, 2819 (2820); BGH 14.04.1983, I ZR 20/81, NJW 1983, 2877 (2879), wonach der BGH die von *Bechtold* vertretene – gegenteilige – Auffassung aus Rechtsgründen abgelehnt hat.

⁴⁰⁷ *Westphalen*, Die analoge Anwendbarkeit von § 89b HGB auf Vertragshändler, DB 1984, Beilage Nr 24/84 zu Heft Nr 47, 1 (6) mwN.

⁴⁰⁸ BGH 14.04.1983, I ZR 20/81, NJW 1983, 2877 (2879).

Zur Relevanz einer Monopolstellung im Rahmen der Mitursächlichkeit des Vertriebsmittler vgl oben Seite 48.

ff. Abspringen alter Kunden & Konjunkturschwankungen

Lösen sich Geschäftsverbindungen zu Altkunden, welche der Handelsvertreter vom Unternehmer übergeben bekommen hat, so führt dies grds zu keiner Minderung des Ausgleichsanspruchs.⁴⁰⁹ Die konkreten Kundenbeziehungen werden im Rahmen der Unternehmervorteile berücksichtigt und dürfen insofern nicht im Rahmen der Billigkeit (ein zweites Mal) zu einem Abzug oder zu einer Erhöhung führen.⁴¹⁰

Der Verlust von Altkunden kann jedoch dann im Rahmen der Billigkeit Berücksichtigung finden, wenn sich der Handelsvertreter bewusst auf die Schaffung neuer (ausgleichsrelevanter) Geschäftsverbindungen konzentriert und schuldhaft die Altkunden vernachlässigt, weshalb diese die Geschäftsverbindung beenden.⁴¹¹

Meinungsverschiedenheiten zwischen Unternehmer und Handelsvertreter ergeben sich immer wieder, wenn der Handelsvertreter durch einen allgemeinen Konjunkturanstieg besonders erfolgreich ist.⁴¹² Hier wird oft ins Treffen geführt, die starke Umsatzausweitung sei dem Handelsvertreter ohne besonderen Arbeitsaufwand „in den Schoß gefallen“.⁴¹³

Der konkrete – nicht bloß unsubstantiierte – Nachweis, inwiefern der Handelsvertreter ohne die positive Konjunktur weniger erfolgreich gewesen wäre, ist in der Praxis nur sehr schwer zu erbringen. Es wird aber abzulehnen sein, einen solchen Umstand im Rahmen der Billigkeit einfließen zu lassen, hat doch auch der Unternehmer von dem Konjunkturaufschwung profitiert. Insofern würde es wahrscheinlich gerade nicht der

⁴⁰⁹ Emde in Staub, Großkomm HGB II⁵, § 89b Rz 162 („Abspringen von Altkunden“).

⁴¹⁰ Nocker, HVertrG, § 24 Rz 686 mwN BGH 29.03.1990, I ZR 2/89 = NJW 1990, 2889.

⁴¹¹ Emde in Staub, Großkomm HGB II⁵, § 89b Rz 162 („Abspringen von Altkunden“) mwN; Thume in Küstner/Thume, Außendienstrecht II⁸, Rz 107 zu Kapitel IX mwN zur dt Rsp; vgl auch Nocker, HVertrG, § 24 Rz 686; von Hoyningen-Huene, MünchKommHGB³ (2010), § 89b Rz 119 mwN zur dt Rsp.

⁴¹² Vgl Emde in Staub, Großkomm HGB II⁵, § 89b Rz 162 („Konjunktur/wirtschaftliche Lage“), wonach die allgemeine wirtschaftliche Lage bei oder vor Vertragsende als wirtschaftsfremder Umstand regelmäßig keinen Einfluss auf die Ausgleichshöhe haben soll.

⁴¹³ Thume in Küstner/Thume, Außendienstrecht II⁸, Rz 97 zu Kapitel IX.

Billigkeit entsprechen, diesen Aspekt nur einseitig und zu Lasten des Handelsvertreters zu berücksichtigen.⁴¹⁴

D. Grundsätzliches zur Höhe

Sind sowohl die formellen als auch materiellen Anspruchsvoraussetzungen dem Grunde nach erfüllt, stellt sich in weiterer Folge die Frage der Höhe des Ausgleichsanspruchs. Das Gesetz bestimmt in § 24 Abs 4 HVertrG lediglich eine Obergrenze, sagt jedoch nichts über die genaue Berechnungsmethode.

Entsprechend der erwähnten Obergrenze beträgt der Ausgleichsanspruch – mangels einer für den Handelsvertreter günstigeren Vereinbarung – höchstens eine Bruttojahresvergütung⁴¹⁵, welche aus dem Durchschnitt der letzten fünf Jahre errechnet wird. Bei kürzerer Vertragsdauer ist der Durchschnitt der gesamten Zeit maßgeblich.⁴¹⁶ Die Obergrenze stellt keine Bemessungsgrundlage dar. Ihr kommt vielmehr nur eine „Maximierungsfunktion“ zu.⁴¹⁷

Obwohl die konkrete Berechnung stark vom Einzelfall abhängt,⁴¹⁸ hat die dt Rsp ein „relativ brauchbares“ **zweistufiges Berechnungsmodell** entwickelt, welches sowohl von der österr Lit als auch Rsp aufgrund der Ähnlichkeit der gesetzlichen Bestimmungen übernommen wurde.⁴¹⁹

⁴¹⁴ Thume in Küstner/Thume, Außendienstrecht II⁸, Rz 98 ff zu Kapitel IX mwN zur dt Rsp in ähnlich gelagerten Fällen: zB OLG Celle 25.01.1968, 7 U 146/67, NJW 1968, 1141 [Tätigkeit des Handelsvertreters durch staatliche Förderung begünstigt; OLG billigte keinen Abzug]; aA Nocker, HVertrG, § 24 Rz 688, welcher meint, das Argument, der Unternehmer würde ja auch von der Konjunktur profitieren, übersähe, dass „grds nur solche Umsatzsteigerungen bei der Ausgleichsberechnung berücksichtigt werden sollen, für welche der Handelsvertreter in irgendeiner Form verdienstlich tätig geworden ist.“ Er relativiert diese Aussage allerdings dahingehend, dass die verdienstliche Tätigkeit des Handelsvertreters nicht an dessen Arbeitseinsatz, sondern nur an dessen Erfolg gemessen werden dürfe.

⁴¹⁵ Nocker, Handelsvertretervertrag (2000), Rz 573 mwN BGH 19.11.1970, VII ZR 47/69, NJW 1971, 462.

⁴¹⁶ Vgl ausführlich Küstner in Küstner/Thume, Außendienstrecht II⁸, Kapitel XII.

⁴¹⁷ Küstner in Küstner/Thume, Außendienstrecht II⁸, Rz 8 zu Kapitel IV; Nocker, HVertrG, § 24 Rz 710; Tschuk, Ausgleichsanspruch (1994), 103; vgl dazu auch oben Seite 39.

⁴¹⁸ RIS-Justiz RS 0112590: „Die [...] Ausgleichszahlung ist geradezu ein Musterbeispiel für eine nach dem jeweiligen Einzelfall zu treffende Billigkeitsentscheidung [...]“.

⁴¹⁹ Nocker, HVertrG, § 24 Rz 711; vgl auch Bacovsky in Westphalen, Handbuch des Handelsvertreterrechts (1995), Österreich, 967 Rz 257; Naderhirn, Höchstgrenze des Ausgleichsanspruchs des Handelsvertreters, RdW 2002, 226 (227).

Demnach wird in einem **ersten Schritt** anhand der materiellen Anspruchsvoraussetzungen der sogenannte „Rohausgleich“ ermittelt.⁴²⁰ Alle drei materiellen Anspruchsvoraussetzungen müssen nicht nur dem Grunde nach, sondern auch nebeneinander übereinstimmend in gleicher Höhe erfüllt sein. „Es kommt nicht darauf an, dass eine Anspruchsvoraussetzung in Höhe von € 60.000.- vorliegt, während die anderen zwei mit nur € 50.000.- vorliegen. Im Endeffekt bleibt der übereinstimmende Betrag von € 50.000.- relevant.“⁴²¹ Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut des Gesetzes: „[...] wenn und soweit [...]“.⁴²²

In der Praxis dienen jedoch meist jene (Brutto-)Provisionsverluste⁴²³ als Berechnungsgrundlage, welche der Handelsvertreter in den letzten zwölf Monaten seiner Tätigkeit erzielt hat.⁴²⁴ Ein bereits absehbarer Wegfall von ausgleichspflichtigen Kunden ist im Rahmen der „Abwanderungsquote“ entsprechend zu berücksichtigen.⁴²⁵

Werden die prognostizierten Provisionsverluste in die Ermittlung des Rohausgleichs einbezogen, muss noch eine Abzinsung derselben vorgenommen werden.⁴²⁶

Schon aus Gründen der Rechtssicherheit sollte die Möglichkeit der Festsetzung der Höhe des Ausgleichsanspruchs bzw Rohausgleichs nach richterlichem Ermessen (§ 273 ZPO) „nur dort zur Anwendung kommen, wo bestimmte Parameter der Ausgleichsberechnung mit wirtschaftlich vertretbarem Aufwand nicht zu bestimmen sind.“⁴²⁷

In einem **zweiten Schritt** wird der durch die materiellen Anspruchsvoraussetzungen ermittelte und abgezinste Rohausgleich der bereits angesprochenen Obergrenze gegenübergestellt. Nur wenn der Rohausgleich die Obergrenze übersteigt, wird der Anspruch begrenzt. Ansonsten bleibt die Obergrenze irrelevant und der Ausgleichsanspruch besteht in der Höhe des Rohausgleichs.⁴²⁸

⁴²⁰ Vgl die Berechnungsbeispiele bei *Nocker*, Ausgleichsanspruch (2001), 147 ff; *Küstner* in *Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 20 zu Kapitel XIX.

⁴²¹ Vgl dazu ausführlich *Küstner* in *Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 13 f zu Kapitel IV; *Tschuk*, Ausgleichsanspruch (1994), 98 f, 106 f.

⁴²² § 24 Abs 1 HVertrG; § 89b Abs 1 dHGB; Art 17 Abs 2 lit a HV-RL.

⁴²³ *Nocker*, Ausgleichsanspruch (2001), 122 Rz 460.

⁴²⁴ *Westphal* in *Westphalen*, Handbuch des Handelsvertreterrechts (1995), Deutschland, 304 Rz 702 ff; *Küstner* in *Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 23 ff zu Kapitel XIX; *Tschuk*, Ausgleichsanspruch (1994), 99 f; RIS-Justiz RS 0121117; OGH 10.06.2009, 2 Ob 252/08k.

⁴²⁵ So zB RIS-Justiz RS 0121117.

⁴²⁶ *Tschuk*, Ausgleichsanspruch (1994), 100 f; *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 716 ff; *ders*, Ausgleichsanspruch (2001), Rz 463 ff; *Westphal* in *Westphalen*, Handbuch des Handelsvertreterrechts (1995), Deutschland, 305 Rz 707 ff.

⁴²⁷ *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 713.

⁴²⁸ *Naderhirn*, Höchstgrenze des Ausgleichsanspruchs des Handelsvertreters, RdW 2002, 226 (228 ff), will jedoch offensichtlich auch noch *nach* Ermittlung der Höhe Ausgleichsanspruchs eine *nochmalige*

V. Analoge Anwendung von § 24 HVertrG

A. Die analoge Anwendung aus rechtsdogmatischer Sicht

Gerade bei der analogen Anwendung des Ausgleichsanspruchs werden die europarechtlichen Hintergründe nur selten thematisiert.⁴²⁹ Ebenso gibt es kaum Lit⁴³⁰ oder Jud⁴³¹, welche sich ernsthaft mit der Frage befasst, ob eine analoge Anwendung des handelsvertreterrechtlichen Ausgleichsanspruchs dogmatisch überhaupt gerechtfertigt ist. So basieren die von Rsp und Lit entwickelten Argumente, wie zB die Einbindung in die Absatzorganisation, offensichtlich auf der Annahme, dass die Grundvoraussetzung der Analogie, nämlich eine „planwidrige Lücke“, jedenfalls vorliegt. Ob dies tatsächlich der Fall ist, soll im Folgenden kurz untersucht werden.

1. Direkte Anwendung von § 24 HVertrG

Sowohl die HV-RL⁴³² als auch das HVertrG⁴³³ definieren den Handelsvertreter ua als jemanden, welcher Geschäfte in fremdem Namen und für fremde Rechnung vermittelt oder abschließt. Unabhängig von diversen Gemeinsamkeiten der beiden Absatzmittler Handelsvertreter und Franchisenehmer⁴³⁴ muss letzterer allein schon durch seine Tätigkeit als eigenständiger Unternehmer, welcher in eigenem Namen und für eigene Rechnung handelt, von der direkten Anwendung des Handelsvertreterrechts ausgenommen sein.

⁴²⁹ Ein Ausnahme zB bei *Canaris*, Handelsrecht²⁴ (2006), § 15 Rz 98, welcher im Rahmen der dogmatischen Einordnung des § 89b dHGB zumindest auf die Notwendigkeit der richtlinienkonformen Auslegung des Art 17 Abs 2 lit a HV-RL hinweist; durchgehend den europarechtlichen Hintergrund beachtend: *Fock*, Die europäische HV-RL (2001).

⁴³⁰ Für die dt Rechtslage zB: *Rafsendjani*, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (1999), 152 ff.

⁴³¹ Siehe aber OGH 17.12.1997, 9 Ob 2065/96h, wonach sich nach Ansicht des OGH aus den Materialien zum HVertrG 1993 (EB RV 578 BlgNR 18. GP) gerade nicht ergäbe, dass Vertragshändler und Franchisenehmer von der analogen Anwendung des § 24 HVertrG ausgeschlossen wären.

⁴³² Art 1 Abs 2 HV-RL.

⁴³³ § 1 Abs 1 HVertrG.

⁴³⁴ Vgl dazu zB *Rafsendjani*, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (1999), 186 ff.

2. Analoge Anwendung von § 24 HVertrG

a) Die Regelungslücke als Voraussetzung der Analogie

Da eine direkte Anwendung von § 24 HVertrG bzw Art 17 HV-RL auf Franchisenehmer – wie oben erwähnt - nicht in Frage kommt, ist eine analoge Anwendung näher zu untersuchen. Grundvoraussetzung der Analogie gem § 7 ABGB ist eine planwidrige, „vom Gesetzgeber nicht gewollte“ Regelungslücke.⁴³⁵

Im konkreten Fall bietet sich eine Gesetzesanalogie (Einzelanalogie) an. Bei dieser wird eine bestimmte gesetzliche Regel, genauer ihre Rechtsfolge, im Einklang mit ihrer „ratio“, aber über ihren Wortlaut hinaus auf den „ähnlichen Fall“ erstreckt. Die Ähnlichkeit besteht hier gerade in der „Gleichheit des Rechtsgrundes und des Schutzbedürfnisses“.⁴³⁶

Bei der österr Regelung des § 24 HVertrG kann von einer Planwidrigkeit ieS vorerst nicht gesprochen werden. Der Gesetzgeber lehnte bewusst gesetzliche Regelungen für Franchisenehmer und Vertragshändler ab. Allerdings tat er dies deshalb, weil seiner Meinung nach „eine Einbeziehung dieser Personengruppen“ durch die Richtlinie „nicht geboten“ sei. Vielmehr sei „die Gefahr unvollständiger Regelungen groß“.⁴³⁷

Der Gesetzgeber hält es allerdings ausdrücklich für „zweckmäßig, alle damit in Zusammenhang stehenden Fragen der in Fluß befindlichen Rechtsprechung zu überlassen“. Insofern kann nicht von einer Planwidrigkeit ieS gesprochen werden. Genauso handelt es sich aber auch um keine bewusste Lücke ieS.

Es würde jedenfalls dann an einer Gesetzeslücke und somit an der Möglichkeit ergänzender Rechtsfindung fehlen, wenn „für einen bestimmten Sachverhalt eine bestimmte Rechtsfolge von der Gesetzgebungsinstanz bewußt *abgelehnt* [Anm: Hervorhebung durch den Autor] wurde“.⁴³⁸ Von einer „Ablehnung“ kann jedoch nicht gesprochen werden, wenn der Gesetzgeber die Anwendung ausdrücklich offen läßt und „der in Fluß befindlichen Rechtsprechung“ überträgt. Der Gesetzgeber fordert die

⁴³⁵ OGH 21.04.1982, 1 Ob 778/81: „Analogie setzt das Vorhandensein einer Gesetzeslücke voraus; eine solche liegt nur bei planwidriger Unvollständigkeit des Gesetzes vor. Das Gesetz ist dann, gemessen an seiner eigenen Absicht und immanenten Teleologie, ergänzungsbedürftig, ohne daß seine Ergänzung einer von ihm gewollten Beschränkung widerspricht.“; vgl auch OGH 13.07.1994, 9 ObA 103/94: „Nur wenn für einen bestimmten Sachverhalt eine bestimmte Rechtsfolge von der Gesetzgebungsinstanz bewußt nicht angeordnet worden ist, fehlt es an der Gesetzeslücke und daher an der Möglichkeit ergänzender Rechtsfindung.“; vgl auch *Hörtl*, Die Lückenfüllung der klassisch-europäischen Kodifikationen (2005), 122; *Jud*, Die Grenzen der richtlinienkonformen Interpretation, ÖJZ 2003, 521 (525) mwN.

⁴³⁶ Vgl dazu ausführlich *F. Bydlinski*, Methodenlehre² (1991), 477 mwN.

⁴³⁷ EB RV 578 BlgNR 18. GP, 10.

⁴³⁸ *F. Bydlinski*, Methodenlehre² (1991), 475.

Gerichte ja vielmehr auf, sich mit der Frage einer analogen Anwendung zu beschäftigen. So meint auch der OGH⁴³⁹ richtigerweise, es ergebe sich aus den Materialien zum neuen HVertrG, „daß nach wie vor den Gerichten die Klärung der Frage der Einbeziehung anderer Umsatzmittel, zum Beispiel Vertragshändler oder Franchisenehmer, nach allgemeinen Auslegungsregeln obliegt und keine bewußte Lücke vorliegt“.

Auch *Roth*⁴⁴⁰ meint im Zusammenhang mit der innerstaatlichen Umsetzung von Richtlinien: „Wo hingegen der Gesetzgeber ohne Anspruch auf Vollständigkeit oder gar nicht tätig geworden ist, überlässt er [...] die Rechtsfindung der Judikative.“

Wohl auch wegen der Gefahr unvollständiger Regelungen – man bedenke nur die vielfältigen Formen des Franchisings⁴⁴¹ – erscheint dem Gesetzgeber eine gesetzliche Ausgestaltung derzeit nicht zweckmäßig und er hält es für zielführender, die etwaigen Einzelfragen der Rechtsprechung zu überlassen.

Fraglich ist natürlich, ob diese Vorgangsweise des Gesetzgebers nicht das verfassungsrechtliche Prinzip der Gewaltentrennung stark strapaziert.⁴⁴² Nichtsdestotrotz lassen sich daraus mE keine Argumente gegen eine Analogie finden. Aufgrund der Klarstellung des OGH im Urteil vom 17.12.1997⁴⁴³ bleibt das hier behandelte Problem auf akademischer Ebene hängen und ist in der Praxis von wohl geringer Relevanz.

b) Der „vergleichbare“ Tatbestand

Beim Analogieschluss wird die Rechtsfolge einer nach der Tatbestandsformulierung (dem Gesetzestext) unmittelbar gar nicht passenden Norm auf den „ähnlichen Fall“ erstreckt. Die Ähnlichkeit bestimmt sich dabei gem § 7 Satz 1 ABGB nach den „Gründen“, der „ratio legis“ des auf seine analoge Anwendbarkeit zu prüfenden Gesetzes.⁴⁴⁴

⁴³⁹ RIS-Justiz RS 0109281; OGH 17.12.1997, 9 Ob 2065/96h.

⁴⁴⁰ *Roth* in *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre² (2010), § 14 Rz 49.

⁴⁴¹ Vgl hierzu etwa *Mohr*, Der Franchisevertrag, 6 ff; *Martinek* in *Martinek/Semler*, Vertriebsrecht, Rz 18 ff zu § 18.

⁴⁴² Allgemein zum Prinzip der Gewaltentrennung vgl zB *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ (2007), Rz 162 f.

⁴⁴³ OGH 17.12.1997, 9 Ob 2065/96h; RIS-Justiz RS 0109281.

⁴⁴⁴ *F. Bydlinski*, Methodenlehre² (1991), 475.

Diese ratio legis wird nach den Methoden der Gesetzesauslegung ermittelt; also mittels der grammatischen, systematischen, historischen und objektiv-teleologischen Auslegung.⁴⁴⁵

Eng damit verbunden ist die Frage, welcher Natur der Ausgleichsanspruch ist.⁴⁴⁶ Allgemein gibt es zu dieser Frage in der Lit höchst kontroverse Meinungen. Teilweise wird die Vergütungsfunktion⁴⁴⁷, teilweise die Schutzfunktion und auch der bereicherungsrechtliche Gedanke⁴⁴⁸ in den Vordergrund gestellt. Der Großteil der Lehre⁴⁴⁹ und der BGH⁴⁵⁰ vertreten die sogenannte „modifizierte“ bzw „gemischte“ Vergütungstheorie, welche den Ausgleichsanspruch als eine durch Billigkeitsgesichtspunkte beeinflusste Vergütung für den vom Handelsvertreter für den Unternehmer geworbenen Kundenstamm ansieht.⁴⁵¹

Für die Übertragbarkeit der ratio legis des Ausgleichsanspruchs auf den Franchisenehmer muss eine vergleichbare Interessenlage vorliegen. Diese ist dann

⁴⁴⁵ F. Bydlinski, Methodenlehre² (1991), 437.

⁴⁴⁶ Vgl zB Fock, Die europäische HV-RL (2001), 215 f, FN 912, welcher meint, die Frage, ob das Ausgleichsrecht als eine gesetzlich angeordnete Entgeltvorschrift oder als eine letztlich bereicherungsrechtlich motivierte Vertragsabwicklungsregelung eingeordnet wird, sei insofern nicht wesentlich, da jeweils nur der tatsächlich eingetretene nachvertragliche Vorteil des Unternehmers ausgleichspflichtig sei. Ein Unterschied ergebe sich deshalb nur bei der Diskussion über die entsprechende Anwendung des Ausgleichsanspruchs auf andere Vertriebsmittler, da man es erwägen könne, den Ausgleichsanspruch – unabhängig der Frage einer analogen Anwendung des Handelsvertreterrechts – direkt aus dem Bereicherungsrecht herzuleiten, sieht man das Ausgleichsrecht lediglich als eine spezialgesetzliche Ausprägung der *conditio ob causam finitam* an.

⁴⁴⁷ So zB Emde in Staub, Großkomm HGB II⁵, § 89b Rz 17.

⁴⁴⁸ So vor allem Canaris, Handelsrecht²⁴ (2006), § 15 Rz 98 ff, welcher noch vor der Novellierung des § 89b dHGB betonte (Rz 98), es ergäbe sich schon aus dem Gebot der richtlinienkonformen Auslegung [Anm: In dieser seien nämlich nur die Vorteile des Unternehmers, aber nicht die Verluste des Handelsvertreters erwähnt], dass der Anspruch „primär den Ausgleich von Vorteilen des Unternehmers zu dienen bestimmt ist und sich nur sekundär auch an den Nachteilen des Handelsvertreters orientiert.“ Es sei klar festzuhalten, dass § 89b dHGB dogmatisch „kein Entschädigungs-, sondern ein Vorteilsabschöpfungsanspruch ist oder zumindest Letzterem wesentlich näher steht“; vgl auch J. Schacherreiter, Bellt der Hund, um vor dem Einbrecher zu warnen?, *juridikum* 2004, 92 (93 f), welche zwar „eine gewisse Verwandtschaft zum Bereicherungsrecht“ sieht, den Ausgleichsanspruch aber letztendlich auch nicht als rein bereicherungsrechtlichen Beendigungsanspruch einordnet.

⁴⁴⁹ Küstner in Küstner/Thume, Außendienstrecht II⁸, Rz 35 ff zu Kapitel I; Hopt in Baumbach/Hopt, HGB³³ (2008), § 89b Rz 2 f; Martinek, Moderne Vertragstypen II (1992), 150 ff; Fock, Die europäische HV-RL, 247 f; Foth, Der Ausgleichsanspruch des Vertragshändlers (1985), 97 f, welcher den Ausgleichsanspruch als „Anspruch sui generis“ bezeichnet.

⁴⁵⁰ BGH 10.07.2002, VIII ZR 58/00, NJW-RR 2002, 1548 (1549): „Sinn und Zweck des § 89b HGB ist es, dem Handelsvertreter einen Ausgleich dafür zu schaffen, dass der Unternehmer aus der vom Handelsvertreter zu Stande gebrachten Geschäftsverbindung durch weitere Geschäftsabschlüsse auch dann noch erhebliche Vorteile hat, wenn der Handelsvertreter infolge der Beendigung seines Vertragsverhältnisses eine Provision für Folgegeschäfte mit den von ihm geworbenen Kunden nicht mehr erhält.“; vgl auch BGH 26.02.1997, VIII ZR 272/95, NJW 1997, 1503 (1504): „Die Berücksichtigung dieses Teils der Erstkäufer widerspricht nicht dem Sinn des Ausgleichsanspruchs, den Handelsvertreter bzw. Vertragshändler für die ihm durch die Vertragsbeendigung entgehenden Provisionen zu entschädigen“.

⁴⁵¹ Vgl dazu ausführlich Rafsendljani, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers, 159 ff; vgl auch oben Seite 17 ff.

vorhanden, wenn einerseits Gemeinsamkeiten gegeben sind, welche als Indiz für die Legitimation der Übertragung des Rechtsgedankens gewertet werden können, und andererseits die Unterschiede nicht so gravierend sind, dass von einer Vergleichbarkeit nicht mehr gesprochen werden kann.⁴⁵² Erst hier kommt die von der Rsp geforderte „Einbindung in die Absatzorganisation“ ins Spiel.⁴⁵³

In Anlehnung an die vorherrschende, modifizierte Vergütungstheorie, welche den Vergütungsgedanken des Ausgleichsanspruchs betont, kommt es neben eines in einer Gesamtschau vorzunehmenden Typusvergleichs auch darauf an, ob die Situation des Franchisenehmers bei Vertragsbeendigung mit der des Handelsvertreters vergleichbar ist.⁴⁵⁴

Der BGH stellt im Zusammenhang mit der analogen Anwendung auf Vertragshändler bzw Franchisenehmer vor allem auf zwei Einzelprobleme ab: Die Pflicht zur Überlassung des Kundenstamms⁴⁵⁵ und die Einbindung in die Absatzorganisation.⁴⁵⁶

B. Der analoge Ausgleichsanspruch aus europarechtlicher Sicht

Im noch weitaus ausführlicheren Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie „zur Koordinierung der Rechte der Mitgliedstaaten die (selbstständigen) Handelsvertreter betreffend“⁴⁵⁷ wurden in Art 3 ausdrücklich „Handelsvermittler, die im eigenen Namen tätig sind“ vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen.

In Art 4 Punkt 2 wurde allerdings klargestellt, es stehe den Mitgliedstaaten frei, „Vorschriften dieser Richtlinie ganz oder teilweise auf Angehörige anderer Berufe entsprechend anzuwenden, die, obwohl sie für eigene Rechnung und/oder in eigenem Namen tätig sind, nach dem einzelstaatlichen Recht den Handelsvertretern gleichgestellt werden können“.

Unter die Angehörigen „anderer Berufe“, welche für eigene Rechnung und in eigenem Namen handeln, fallen jedenfalls Franchisenehmer und Vertragshändler. Es wird anzunehmen sein, dass es aufgrund großer nationaler Unterschiede im grundsätzlichen

⁴⁵² *Westphalen*, Die analoge Anwendbarkeit von § 89b HGB auf Vertragshändler, DB 1984, Beilage Nr 24/84 zu Heft Nr 47, 1 (2 ff); *Rafsendjani*, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (1999), 177.

⁴⁵³ Vgl dazu unten Seite 102.

⁴⁵⁴ *Rafsendjani*, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (1999), 177 f.

⁴⁵⁵ Vgl dazu unten Seite 100.

⁴⁵⁶ Vgl dazu unten Seite 102.

⁴⁵⁷ ABl EG 18.01.1977, C 13/2 ff.

Verständnis des Absatzmittlerrechts und dessen konzeptioneller Ausgestaltung, sowie in der Analogiebereitschaft der jeweiligen Rsp, nicht möglich war, in diesem Bereich eine EU-weite Regelung im Rahmen der HV-RL unterzubringen. Ein weiteres Problem könnte natürlich schon darin bestanden haben, dass man sich bei der Aufnahme dieser Absatzmittler auch auf eine einheitliche Begriffsdefinition einigen hätte müssen. Dies hätte schon angesichts der Vielzahl an möglichen Franchisearten⁴⁵⁸ eine große Herausforderung dargestellt. Die Erwähnung dieser - wenn auch nicht ausdrücklich so bezeichneten - Vertriebsformen in Art 4 Punkt 2 des Vorschlags der Kommission für eine Handelsvertreter-Richtlinie⁴⁵⁹ zeigt aber, dass dieses Phänomen jedenfalls ein Thema war.

Wie ist diese „Streichung“ nun zu werten? Und wie soll eine „entsprechende“ Anwendung der Vorschriften – wie sie im Vorschlag für die Richtlinie noch erwähnt ist - aussehen?

1. Die Streichung der Angehörigen „anderer Berufe“

Für die Streichung der Angehörigen „anderer Berufe“ sind verschiedenste Gründe denkbar. Zuerst muss festgehalten werden, dass die endgültige Version der HV-RL in allen Punkten wesentlich kürzer ausgefallen ist als der ursprüngliche Vorschlag der Kommission. Allein durch dieses Faktum wird man die Streichung jener Absatzmittler, welche im eigenen Namen und für eigene Rechnung tätig sind, jedoch nicht so auslegen können, dass der europäische Gesetzgeber diese Gruppe von einer Anwendung der Vorschriften der HV-RL ausschließen wollte. Eine Rolle könnten natürlich auch die zahlreichen Diskussionen und Probleme rund um eine europaweite Anpassung des Handelsvertreterrechts gespielt haben. Nach dem Motto „Lieber der Spatz in der Hand als die Taube auf dem Dach“ könnte der Gesetzgeber darauf abgezielt haben, wenigstens das Handelsvertreterrecht einheitlich zu gestalten und äußerst brisante und komplexe Themen wie das Franchising oder den Vertragshandel unbehandelt zu lassen. Alles

⁴⁵⁸ Vgl dazu ausführlich *Martinek*, Franchising (1987), 246 ff.

⁴⁵⁹ ABl EG 18.01.1977, C 13/3.

andere hätte wohl auch die Absegnung der HV-RL nicht nur weiter hinausgezögert, sondern vielleicht einen Konsens der Mitgliedstaaten überhaupt gefährdet.⁴⁶⁰

So hält die Kommission im „Explanatory Memorandum“ vom 14.12.1976 fest, in Art 3 würden „for the sake of clarity“ die wichtigsten Gruppen von Personen ausgenommen, welche nicht unter die Definition von Art 2 fielen.⁴⁶¹ Zu Art 4 wird weiters ausgeführt, es könne im Rahmen von Vertragshändlerverträgen⁴⁶² aus einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise durchaus vorkommen, dass eine Vertragsbeziehung vorliegt, welche derjenigen zwischen einem Geschäftsherrn und Handelsvertreter gleichkommt. Die Kommission ging auch davon aus, einige unabhängige oder als Einzelunternehmen ausgestaltete Geschäftsmodelle würden in der Praxis lediglich zur Umgehung für sonst zwingende Rechtsnormen verwendet. In derartigen Fällen könne es durchaus notwendig sein, Handelsvertreterrecht entsprechend anzuwenden. Es schiene jedoch nicht notwendig, derartige Spezialfälle in der HV-RL zu regeln.⁴⁶³

Aus den Verhandlungsprotokollen des Europäischen Parlaments zeigt sich eine teilweise stark ausgeprägte Skepsis gegenüber dem ursprünglichen Versuch der Kommission, das Handelsvertreterrecht sehr detailliert und teilweise auffallend Handelsvertreter-freundlich zu regeln. So plädiert zB der Abgeordnete Sir Derek Walker-Smith von der Europäischen Konservativen Fraktion dafür, auch das Recht der Handelsvertretung solle dem Grundsatz folgen, nur in einem Mindestmaß in die Vertragsfreiheit einzugreifen. Der von der Kommission vorgelegte Vorschlag sei „zu restriktiv angelegt“ und biete den Parteien „zu wenig Spielraum für Abmachungen [...], die ihren ganz persönlichen Bedürfnissen entsprechen“.⁴⁶⁴ Er kritisiert weiters die allgemeine Aussage der Kommission, der Handelsvertreter habe eine wirtschaftlich schwache Stellung.⁴⁶⁵

⁴⁶⁰ Vgl dazu zB die Ausführungen zum heftigen Streit der Mitgliedstaaten über die Formulierung eines handelsvertreterrechtlichen Kundschaftsentschädigungsanspruchs bei *Tschuk*, *Der Ausgleichsanspruch* (1994), 125.

⁴⁶¹ Kommission, Explanatory Memorandum vom 14.12.1976, Com (76), 670 final, 5.

⁴⁶² „[...] persons who carry on some other trade or profession and who have a standing arrangement to sell goods which they have bought from the other party to that arrangement [...]“.

⁴⁶³ Kommission, Explanatory Memorandum vom 14.12.1976, Com (76), 670 final, 5.

⁴⁶⁴ Sitzungsprotokoll des Eur Parlaments vom 11.09.1978, 27 f.

⁴⁶⁵ Vgl dazu auch die Stellungnahme des Abgeordneten Schwörer der Christlich-Demokratischen Fraktion (EVP) im Sitzungsprotokoll des Eur Parlaments vom 11.09.1978, 29, welcher ebenfalls diese Grundannahme kritisiert und auf die möglichen negativen Folgen eines zu umfangreichen Schutzes der Handelsvertreter (auch für diese selbst) hinweist.

Besonders starke Bedenken gegenüber dem Vorschlag der Kommission hinsichtlich der richtigen Ausgewogenheit „zwischen einem angemessenen Sozial- und Rechtsschutz des „wirtschaftlich schwächeren Partners“ in einem Vertragsverhältnis und der Erhaltung des Charakters des Handelsvertreters als selbständiger Gewerbetreibender“ formuliert Herr Guldberg als Verfasser der Stellungnahme des Ausschusses für Wirtschaft und Währung. So wird der Rechtsausschuss des Europäischen Parlaments von ihm insb darauf aufmerksam gemacht, dass „die von der Kommission vorgeschlagenen Vorschriften einen besseren Schutz für den Handelsvertreter bedeuten, als ihn zum Beispiel die derzeitigen bundesdeutschen Gesetzesvorschriften bieten, die neben den französischen und belgischen Rechtsvorschriften auf diesem Gebiet als die fortschrittlichsten der Gemeinschaft zu werten sind“.⁴⁶⁶

In den Verhandlungsprotokollen des Europäischen Parlaments finden sich keinerlei Hinweise, dass Art 4 Punkt 2 des Vorschlags einer HV-RL des Rats⁴⁶⁷ beanstandet oder gutgeheißen wurde. Dieser wurde lediglich unkommentiert wiedergegeben.⁴⁶⁸ Insofern lässt sich aus den Verhandlungsprotokollen des Europäischen Parlaments zur HV-RL kein Rückschluss darauf ziehen, warum es letztendlich zur Streichung der Angehörigen „anderer Berufe“ gekommen ist.

Ergiebiger könnte hier noch die Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses sein. Darin wird vorgeschlagen, den oben erwähnten Art 4 Punkt 2 komplett zu streichen, da dieser den Mitgliedstaaten zuviel Freiheit lasse, „wodurch sich die Grenzen des Geltungsbereichs verwischen können“.⁴⁶⁹

In der Änderung des Vorschlags der HV-RL berücksichtigte die Kommission die Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses bzgl Art 4 Punkt 2 jedoch nicht und ließ diesen in unveränderter Form bestehen.⁴⁷⁰ Die Kommission nimmt dazu auch in ihrem „Explanatory Memorandum“ vom 22.01.1979⁴⁷¹ keine Stellung.

⁴⁶⁶ Stellungnahme des Ausschusses für Wirtschaft und Währung, verfasst von Ove Guldberg, in: Eur Parlament, Sitzungsdokumente, Dokument 222/78 vom 27.07.1978, 48 (50).

⁴⁶⁷ „Es steht den Mitgliedstaaten frei, die Vorschriften dieser Richtlinie ganz oder teilweise auf Angehörige anderer Berufe entsprechend anzuwenden, die, obwohl sie für eigene Rechnung und/oder in eigenem Namen tätig sind, nach dem einzelstaatlichen Recht den Handelsvertretern gleichgestellt werden können“.

⁴⁶⁸ Eur Parlament, Sitzungsdokumente, Dokument 222/78 vom 27.07.1978, 27.

⁴⁶⁹ Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses, ABl EG 08.03.1978, C 59/33.

⁴⁷⁰ Vgl ABl EG 02.03.1979, C 56/7.

⁴⁷¹ Kommission, Explanatory Memorandum vom 22.01.1979, COM (78) 773 final, 3.

Weitere Dokumente zur Entstehungsgeschichte der HV-RL in ihrer aktuellen Form sind nicht verfügbar.⁴⁷² So lässt sich die Streichung der Angehörigen „anderer Berufe“ nicht eindeutig interpretieren. Da grds alle Teile des ursprünglichen Vorschlags zur HV-RL nur in sehr verkürzter Form umgesetzt wurden, wäre mE eine Interpretation, dass die Kommission dem Vorschlag des Wirtschafts- und Sozialausschusses nachkommen und derartige Berufsgruppen deshalb von der Anwendung prinzipiell ausschließen wollte, zu weit hergeholt. ME ist die Streichung im Gesamtbild der Entwicklung des Richtlinien-Vorschlags zu sehen und als bloße Lese-Vereinfachung oder uU Zugeständnis an die vertragliche Dispositionsfreiheit der Vertragspartner zu deuten. Es ist deshalb mE von den bereits am Anfang des Kapitels genannten Überlegungen auszugehen: Aus Praktikabilitätsgründen wollte die Kommission „nur“ eine Richtlinie für Handelsvertreter verabschieden und alle juristischen Herausforderungen im Zusammenhang mit anderen Vertriebsmittlern den jeweiligen Mitgliedstaaten überlassen, ohne eine eindeutige Richtung für die jeweilige Handhabung dieser rechtlich und wirtschaftliche komplexen Fragestellungen zu geben.

2. Die „entsprechende“ Anwendung

Im noch weitaus ausführlicheren Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie „zur Koordinierung der Rechte der Mitgliedstaaten die (selbstständigen) Handelsvertreter betreffend“⁴⁷³ wurde in Artikel 4 Punkt 2 den Mitgliedstaaten freigestellt, „die Vorschriften dieser Richtlinie ganz oder teilweise auf Angehörige anderer Berufe *entsprechend* (Anm: Hervorhebung durch den Autor) anzuwenden, die, obwohl sie für eigene Rechnung und/oder in eigenem Namen tätig sind, nach dem einzelstaatlichen Recht den Handelsvertretern gleichgestellt werden können“. Wie bereits bei der Streichung der Angehörigen „anderer Berufe“ finden sich in den Verhandlungsprotokollen des Europäischen Parlaments keine Stellungnahmen zu diesem Thema. Im „Explanatory Memorandum“ der Kommission vom 14.12.1976⁴⁷⁴ wird bzgl der oben genannten Fälle, wonach aus wirtschaftlicher Sicht eine

⁴⁷² Vgl aber in diesem Zusammenhang *Tschuk*, Der Ausgleichsanspruch (1994), 54, welche schon bzgl der Verhandlungsprotokolle des Eur Parlaments und der „Explanatory Memorandi“ der Kommission meinte, an interne Arbeitspapiere über die eigentliche Willensbildung sei „nicht heranzukommen“.

⁴⁷³ ABl EG 18.01.1977, C 13/3.

⁴⁷⁴ Kommission, Explanatory Memorandum vom 14.12.1976, Com (76), 670 final, 5.

handelsvertreterähnliche Geschäftsbeziehung besteht und andere Absatzwege bloß zur Umgehung einzelner zwingender Vorschriften gewählt werden, festgehalten : „In such cases as these it may be necessary to apply the legal provisions relating to commercial agents.“ Aus dieser unverfänglichen Formulierung lässt sich wohl nur herauslesen, dass der eur Gesetzgeber zwar eine „entsprechende“ Anwendung in manchen Fällen für möglich oder sinnvoll hält. In welcher Form diese „entsprechende“ Anwendung erfolgen soll, ergibt sich daraus jedoch vorerst nicht eindeutig.

Mittels einer grammatikalisch-systematischen Interpretation⁴⁷⁵ lässt sich jedoch ein brauchbares Ergebnis finden. Es stellt sich insb die Frage, ob mit dem Wort „entsprechend“ ursprünglich „nur“ eine analoge Anwendung oder doch eine gesetzliche Regelung gemeint war. Da es den Mitgliedstaaten „frei steht“, zB Franchisenehmer oder Vertragshändler unter den Schutz der HV-RL bzw des nationalen Handelsvertreterrechts zu stellen, kann es nicht zu einer mangelnden oder überhaupt fehlenden Umsetzung der Richtlinie kommen. Die Umsetzung, in welcher Form sie dann auch geschehen mag, ist ja gerade freiwillig. Der österr Gesetzgeber hat die Anwendung des Handelsvertreterrechts auf die genannten Absatzmittler ausdrücklich der „in Fluß befindlichen Rechtsprechung“ überlassen, da er – richtigerweise⁴⁷⁶ - davon ausging, dass eine Einbeziehung dieser Absatzformen „durch die RL nicht geboten“ sei.⁴⁷⁷ Nimmt der österr Gesetzgeber in diesem Zusammenhang zwar auf die geltende HV-RL Bezug, welche ja andere Absatzmittlerformen nicht erwähnt, so wären diese Überlegungen aber auch dann richtig, hätte der eur Gesetzgeber den besagten Abschnitt des Richtlinienentwurfs vom 18.01.1977 übernommen.

Es wäre unlogisch, eine nicht gebotene, sondern vielmehr freiwillige Umsetzung, an das Erfordernis einer gesetzlichen Regelung zu binden und die Umsetzung dieser Wahlmöglichkeit durch Richterrecht⁴⁷⁸ als „unzureichend“ oder „nicht richtlinienkonform“ abzuurteilen. Lassen sich vielleicht verfassungsrechtliche Bedenken gegen diese Vorgehensweise des österr Gesetzgebers diskutieren⁴⁷⁹, so kann zumindest nicht von einem Verstoß gegen das Europarecht in Bezug auf die ordentliche Umsetzung der Richtlinie gesprochen werden.

⁴⁷⁵ F. Bydlinski, Methodenlehre² (1991), 437 ff, 442 ff.

⁴⁷⁶ Kommission, Explanatory Memorandum vom 14.12.1976, Com (76), 670 final, 5: „But it does not appear to be necessary to lay down rules to cover these special cases in this Directive [...]“.

⁴⁷⁷ EB RV 578 BlgNR 18. GP, 10.

⁴⁷⁸ Vgl dazu ausführlich C. Herrmann, Richtlinienumsetzung durch die Rechtsprechung (2003), 190 ff.

⁴⁷⁹ So wird wahrscheinlich das Prinzip der Gewaltentrennung zumindest strapaziert, vgl dazu allgemein zB Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht¹⁰ (2007), Rz 162 f.

3. Exkurs: Die richtlinienkonforme Auslegung im Rahmen der Analogie

Das österr HVertrG wurde 1993 entsprechend der HV-RL umgesetzt. Diese stellt insofern die „Basis“ des österr HVertrG dar. Im Rahmen der Interpretation ist eine Norm selbst dann richtlinienkonform auszulegen, „wenn die nationale Bestimmung im Lichte des nationalen Rechts nicht zweideutig oder unklar ist“.⁴⁸⁰ Fraglich könnte jedoch sein, ob diese Pflicht zur richtlinienkonformen Interpretation auch dann gilt, wenn das Gesetz bzw die jeweilige Norm analog angewendet wird und die Richtlinie sich zu dieser Analogie weder positiv noch negativ äußert.

Als konkretes Beispiel bietet sich die Regelung der Provisionsverluste als eigene, materielle Anspruchsvoraussetzung in § 89b dHGB aF an. Demnach waren in Deutschland bis zur Novelle durch das Gesetz vom 31.07.2009 (SchVGEG)⁴⁸¹ die Provisionsverluste als vierte, eigenständige materielle Voraussetzung in § 89b dHGB aF normiert. Die Provisionsverluste waren also nicht wie in der HV-RL vorgesehen, bloß ein Unterfall des Billigkeitsgrundsatzes, sondern mussten jedenfalls vorliegen, um den Handelsvertreter in den Genuss eines Ausgleichsanspruchs kommen zu lassen. Ein Ausgleichsanspruch entfiel, wenn der Handelsvertreter keine Provisionsverluste erlitt. Diese Einschränkung war aber nicht im Einklang mit der HV-RL und damit europarechtswidrig, weshalb es in weiterer Folge zur Gesetzesänderung kam.⁴⁸²

Im Rahmen der direkten Anwendung auf Handelsvertreterstreitigkeiten ergibt sich wohl wenig Diskussionspotential über die Notwendigkeit der richtlinienkonformen Interpretation. Fraglich ist jedoch, ob der § 89b dHGB aF auch im Rahmen der analogen Anwendung richtlinienkonform ausgelegt werden hätte müssen. Wie wäre es zu beurteilen, wenn einem Vertragshändler deshalb der Ausgleichsanspruch verwehrt wird, weil er aufgrund von Einmalprovisionen keine Provisionsverluste erleidet, ansonsten aber alle Voraussetzungen eines Ausgleichsanspruchs vorlägen? Nach richtlinienkonformer Interpretation dürften die fehlenden Provisionsverluste keine eigenständige Anspruchsvoraussetzung darstellen.⁴⁸³ Die Verneinung des Anspruchs wäre (europa)rechtswidrig. Spricht man sich aber gegen die richtlinienkonforme

⁴⁸⁰ Klamert, Die richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts (2001), 66.

⁴⁸¹ „Gesetz zur Neuregelung der Rechtsverhältnisse bei Schuldverschreibungen aus Gesamtemissionen und zur verbesserten Durchsetzbarkeit von Ansprüchen von Anlegern aus Falschberatung“ (SchVGEG) vom 31.07.2009, dBGBL 2009, Teil I, 2512 (2519), § 24 Art 6a, ausgegeben zu Bonn am 04.08.2009, in Kraft getreten am 05.08.2009.

⁴⁸² Vgl dazu ausführlich oben Seite 65.

⁴⁸³ Vgl dazu oben Seite 65.

Interpretation aus, bliebe bloß die innerstaatliche Norm relevant und es wäre nur stringent, den Ausgleichsanspruch wegen fehlender Erfüllung aller Voraussetzungen zu verneinen.

Grds sind alle Normen „formell untergeordneter Rechtsstufen [...] tunlichst so zu interpretieren, daß sie mit den Normen höherer Stufe nicht im Widerspruch stehen“.⁴⁸⁴ Das Gemeinschaftsrecht hat jedenfalls Vorrang vor später, wie auch früher erlassenen nationalem Recht und somit auch Vorrang vor nationalem Verfassungsrecht.⁴⁸⁵ Es ist jedoch mE zumindest hinterfragenswert, ob man einer analog angewandten Norm überhaupt eine europarechtliche Norm auf höherer Stufe zuordnen kann.

Fraglich ist vielleicht auch, ob der europarechtliche Hintergrund – also die Richtlinie – zu den Materialien der jeweiligen innerstaatlichen Norm gezählt werden kann, wenn diese Norm nicht im engeren Sinne der Richtlinie, dh direkt, angewendet wird. Der Zweck des Gesetzes bzw der jeweiligen Norm ergibt sich jedoch gezwungenermaßen (auch) aus der Richtlinie, da ja die jeweilige Norm das Ziel (richtiger das Ergebnis) der Richtlinie umsetzen muss.⁴⁸⁶ Insofern kann die Richtlinie mE nur als fixer Bestandteil der jeweiligen Norm gesehen werden. Damit müsste im konkreten Fall § 89b dHGB aF – auch bei einer analogen Anwendung – richtlinienkonform ausgelegt werden und dürften fehlende Provisionsverluste somit nicht dazu führen, dass ein Ausgleichsanspruch verwehrt wird. Das jeweilige Ausmaß der richtlinienkonformen Auslegung im Rahmen einer eventuellen Analogie kann jedoch „nur für jede nationale Rechtsordnung gesondert festgestellt werden.“⁴⁸⁷

Selbst wenn man die richtlinienkonforme Auslegung im Rahmen der analogen Anwendung des innerstaatlichen Gesetzes ablehnt, so ist die Richtlinie außerhalb ihres (direkten) Anwendungsbereichs nicht ohne jede Bedeutung. Vielmehr muss ihr eine Art „Ausstrahlungswirkung auf das richtlinienferne Recht“ und somit auch auf die analoge Anwendung zugesprochen werden.⁴⁸⁸

Das Argument, eine richtlinienkonforme Auslegung dürfe nicht zu Lasten des Einzelnen (hier zB des Lieferanten oder Franchisegebers) gehen, kann hier nicht ins Treffen geführt werden. Eine solche Schranke besteht nämlich nur bei der unmittelbaren

⁴⁸⁴ F. Bydlinski, Methodenlehre² (1991), 456.

⁴⁸⁵ Klamert, Die richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts (2001), 3 mwN; Pechstein/Drechsler in Riesenhuber, Europäische Methodenlehre² (2010), § 8 Rz 5.

⁴⁸⁶ Schweitzer/Hummer/Obwexer, Europarecht (2007), Rz 267.

⁴⁸⁷ Roth in Riesenhuber, Europäische Methodenlehre² (2010), § 14 Rz 46 mwN.

⁴⁸⁸ Canaris, Die richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung, 47 (74), in FS Bydlinski (2002).

Anwendbarkeit von Richtlinienbestimmungen im Verhältnis des Einzelnen zum Staat und bei einer richtlinienkonformen Auslegung im Bereich strafrechtlicher Regelungen.⁴⁸⁹

Im Urteil *Marleasing*⁴⁹⁰ hielt der EuGH fest, die Auslegung nationalen Rechts hätte sich „soweit wie möglich“ am Wortlaut und Zweck der Richtlinie auszurichten. „Damit wird auf die nationale Methodik der Rechtsfortbildung und den ihr durch das nationale Recht gesetzten Schranken verwiesen.“⁴⁹¹ Die richtlinienkonforme Auslegung gewinnt lt *Canaris*⁴⁹² die Bedeutung einer „interpretatorischen Vorrangregel“, wonach einer im nationalen Recht anerkannten Auslegungsmethode gegenüber einer anderen der Vorrang einzuräumen ist, wenn und soweit dies dem Ziel der Richtlinie entspricht.⁴⁹³ Für *Jud*⁴⁹⁴ steht es „außer Streit“, „dass das gemeinschaftsrechtliche Gebot der richtlinienkonformen Interpretation nicht nur die Auslegung iES, sondern auch die ergänzende Rechtsfortbildung erfasst“.

C. Zwischenfazit

Aus (österr) rechtsdogmatischer und europarechtlicher Sicht kann zusammengefasst gesagt werden, dass der analogen Anwendung des handelsvertreterrechtlichen Ausgleichsanspruchs auf Franchisenehmer oder Vertragshändler grds nichts entgegensteht.

Eine analogierelevante Regelungslücke muss jedenfalls angenommen werden. Auch die Analogievoraussetzung einer vergleichbaren Interessenlage liegt beim Subordinationsfranchisenehmer prinzipiell vor. Es gibt somit mE keine stichhaltigen Argumente, die analoge Anwendung des Ausgleichsanspruchs aus rechtsdogmatischen Überlegungen zu verneinen.

⁴⁸⁹ Roth in *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre² (2010), § 14 Rz 35 mwN.

⁴⁹⁰ EuGH 13.11.1990, Rs C-106/89 (*Marleasing*).

⁴⁹¹ Roth in *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre² (2010), § 14 Rz 46.

⁴⁹² *Canaris*, in FS R. Schmidt (2006), 41 (49) zitiert bei Roth in *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre² (2010), § 14 Rz 26; vgl auch *Canaris*, Die richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung, 47 (57 f) in FS Bydlinski (2002).

⁴⁹³ Roth in *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre² (2010), § 14 Rz 26 mwN *Gebauer*, Umsetzungsprobleme von EG-Richtlinien und ihre Lösung, AnwBl 2007, 314 (317).

⁴⁹⁴ *Jud*, Die Grenzen der richtlinienkonformen Interpretation, ÖJZ 2003, 521 (524).

Aufgrund der umfangreich vorliegenden Materialien zur HV-RL lassen sich auch europarechtlich keine Bedenken gegen die Analogie finden. Die Materialien zur HV-RL deuten vielmehr in die Richtung, die Frage der analogen Anwendung den jeweiligen Mitgliedstaaten zu überlassen. Österreich hat von dieser Möglichkeit in vielleicht verfassungsrechtlich diskutierbarer Weise (Stichwort: Gewaltenteilung) Gebrauch gemacht. Daraus lassen sich jedoch keine Argumente ableiten, welche die Analogie von Grund auf verbieten würden.

Im europarechtlichen Kontext sei auch auf die Notwendigkeit der richtlinienkonformen Auslegung hingewiesen. Diese ist nämlich selbst im Rahmen der analogen Anwendung des Ausgleichsanspruchs zu beachten.

D. Entwicklung der Analogie

In der Entscheidung vom 10.04.1991⁴⁹⁵ stellt der OGH erstmals klar, dass einem Subordinationsfranchisenehmer – wie er von *Martinek*⁴⁹⁶ definiert wird – in analoger Anwendung von § 25 HVG aF ein Ausgleichsanspruch zustehen kann. Voraussetzung sollte demnach – wie bereits davor für den Vertragshändler judiziert⁴⁹⁷ – ein Pflichtenkatalog sein, wonach der Franchisenehmer ähnlich einem Handelsvertreter in die Absatzorganisation des Franchisegebers eingegliedert ist und Aufgaben zu erfüllen hat, welche sonst von Handelsvertretern wahrgenommen werden. Die analoge Anwendung des § 25 HVG aF solle dann gerechtfertigt sein, wenn der Vertrag den Wesensmerkmalen des Handelsvertretervertrags derart angenähert ist, „daß dessen Elemente überwiegen und die Verwehrung des Ausgleichsanspruchs den Zielsetzungen des Gesetzes zuwiderliefe.“⁴⁹⁸

Der OGH hält auch die Rechtsstellung des Franchisenehmers mit jener des Vertragshändlers für „durchaus vergleichbar“.⁴⁹⁹ Weiters wurde erstmals im

⁴⁹⁵ OGH 10.04.1991, 9 ObA 8/91 (9 Ob A 9/91).

⁴⁹⁶ *Martinek*, Franchising (1987), 247 f.

⁴⁹⁷ OGH 24.10.1973, 5 Ob 157/73; OGH 29.11.1989, 1 Ob 692/89, WBl 1990, 152 (Anm Aicher); vgl zur Entwicklung der österr Jud zum Ausgleichsanspruchs des Vertragshändlers ausführlich *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 136 ff.

⁴⁹⁸ Vgl dazu die Kritik bei *Liebscher*, Die analoge Anwendung von § 25 HVG auf Franchiseverträge, WBl 1992, 105 ff, wonach eine analoge Anwendung nur dann gerechtfertigt sei, wenn ein Ungleichgewicht in der Verhandlungsmacht der Vertragsparteien vorliegt, die Eingliederung hingegen ein „untaugliches“ Kriterium sei.

⁴⁹⁹ OGH 10.04.1991, 9 ObA 8/91 (9 Ob A 9/91) mwN OGH 11.10.1990, 6 Ob 644/90; *Jabornegg*, HVG (1987), 67 ff.

Zusammenhang mit einem Franchisevertrag klargestellt, dass den Franchisegeber die Behauptungs- und Beweislast dafür trifft, dass die ihm durch den Franchisenehmer geschaffenen Verdienstchancen „im Einzelfall über die Beendigung des Vertragsverhältnisses hinaus keinen Bestand haben oder haben werden.“⁵⁰⁰

Heftige Kritik am besprochenen Urteil übte *Liebscher*⁵⁰¹. Dieser lehnte die Analogie zugunsten von Franchisenehmer ab, da insb „das spezifische Schutzgut des § 25 HVG, die volks- und betriebswirtschaftlich wesentliche, unabhängige Zentralisierungsfunktion des Handelsvertreters“, beim Franchisenehmer nicht vorliege. Außerdem wäre keine dem Handelsvertreterverhältnis vergleichbare Risiko-Nutzen-Struktur vorhanden. Nicht aussagekräftig und „untauglich“ sei seiner Meinung nach auch das Kriterium der Eingliederung in die Absatzorganisation.⁵⁰²

In Deutschland wurde ursprünglich neben der handelsvertreterähnlichen Einbindung in die Absatzorganisation und der Pflicht zur Überbindung des Kundenstamms als dritte Voraussetzung eine konkrete Schutzbedürftigkeit des Vertragshändlers gefordert.⁵⁰³ Im Rahmen dieser Schutzbedürftigkeit sollte auch ein hoher Kapitaleinsatz des Vertragshändlers zu einer fehlenden Schutzbedürftigkeit führen und somit einer Analogie entgegenstehen.⁵⁰⁴ Seit dem Urteil vom 11.02.1977⁵⁰⁵ hält der BGH jedoch nicht mehr an dieser zusätzlichen Voraussetzung fest. Seiner Ansicht nach komme es schon beim Handelsvertreter selbst nicht auf dessen Schutzbedürftigkeit an. Es bestehe deshalb auch kein Grund, eine konkrete Schutzbedürftigkeit des Vertragshändlers im Rahmen der Analogie zu fordern.

⁵⁰⁰ OGH 10.04.1991, 9 ObA 8/91 (9 ObA 9/91) mwN OGH 11.10.1990, 6 Ob 644/90; OGH 09.10.1986, 6 Ob 506/85; OGH 16.09.1985, 1 Ob 659/85.

⁵⁰¹ *Liebscher*, Die analoge Anwendung von § 25 HVG auf Franchiseverträge, WBl 1992, 105 (106 ff).

⁵⁰² *Liebscher*, Die analoge Anwendung von § 25 HVG auf Franchiseverträge, WBl 1992, 105 (108 f).

⁵⁰³ *Küstner* in *Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 68 zu Kapitel II mwN BGH 11.12.1958, II ZR 73/57, NJW 1959, 144; BGH 16.02.1961, VII ZR 239/59, BGHZ 34, 282 (284).

⁵⁰⁴ *Küstner* in *Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 68 zu Kapitel II mwN BGH 16.02.1961, VII ZR 239/59, BGHZ 34, 282 (293); vgl dazu auch *H. G. Schön*, Die Vertragshändlerabrede (1968), 88 ff, welcher damals schon die Schutzbedürftigkeit als Analogievoraussetzung ablehnte und diese allenfalls im Rahmen der Billigkeit berücksichtigt wissen wollte.

⁵⁰⁵ *Thume* in *Küstner/Thume*, Außendienstrecht III³, 288 Rz 22 mwN BGH 11.02.1977, I ZR 185/75, NJW 1977, 896: „Eine entsprechende Anwendung des § 89b HGB auf Vertragshändler ist nicht davon abhängig, ob und in welchem Umfang diese in ihrem Geschäftsbetrieb eigenes Kapital eingesetzt haben (Abweichung von BGH 16.02.1961, VII ZR 239/59, NJW 1961, 662)“; BGH 06.02.1985, I ZR 175/82, NJW 1985, 3076; *Nocker*, HVertrG, § 1 Rz 222; vgl zur Entwicklung der Rsp in diesem Thema ausführlich *Küstner* in *Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 65 ff zu Kapitel II mwN.

E. Aktueller Stand

Eine vorbehaltlose analoge Anwendung des HVertrG auf Franchisenehmer ist abzulehnen.⁵⁰⁶ Bei einzelnen Bestimmungen wird jedoch unter noch zu erörternden Voraussetzungen sowohl in Österreich als auch in Deutschland von der hA eine analoge Anwendung auf Subordinationsfranchiseverträge bejaht.⁵⁰⁷ So steht insb der Ausgleichsanspruch gem § 24 HVertrG bzw § 89b dHGB im Mittelpunkt der Diskussion.⁵⁰⁸

In bereits gefestigter Rsp⁵⁰⁹ wird dem Franchisenehmer und Vertragshändler sowohl hinsichtlich § 25 HVG aF als auch § 24 HVertrG neu ein Ausgleichsanspruch unter den im Anschluss erörterten Voraussetzungen zugesprochen.

Dem Franchisenehmer und Vertragshändler stehen ein Ausgleichsanspruch analog § 24 HVertrG dann zu, wenn deren Vertrag so sehr den Wesensmerkmalen eines Handelsvertretervertrags angenähert ist, dass dessen Elemente überwiegen und die Verwehrung des Ausgleichsanspruchs den Zielsetzungen des Gesetzes zuwiderliefe.⁵¹⁰

⁵⁰⁶ So zB OGH 07.12.2001, 7 Ob 265/01y; *Genzow in Ensthaler*, KommHGB⁷ (2007), § 89b Rz 82.

⁵⁰⁷ Nach der dt Rsp werden die §§ 84, 85, 86a, 87b, 88a, 89a Abs 2, 89b, 90, 90a Abs 1 zweiter Satz analog auf Franchisenehmer angewandt; vgl ua *Emde*, Rsp- und LitÜbersicht 2008, 2714 (2716) mwN BGH 12.11.1986, I ZR 209/84, NJW-RR 1987, 612; *Prasse*, Der Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers, MDR 2008, 122 (123); *Schröder in Küstner/Thume*, Außendienstrecht III³, 384 Rz 26 ff; *Genzow in Ensthaler*, KommHGB⁷ (2007), § 89b Rz 80 mwN; *Hopt*, Handelsvertreterrecht⁴ (2009), § 84 Rz 11; vgl auch BGH 29.04.2010, I ZR 3/09 („JOOP“), GRUR 2010, 1107 (Anm *Imhof*), wonach einem Lizenznehmer eines Markenlizenzvertrags ein Ausgleich analog zu § 89b dHGB zustehen kann, im konkreten Fall jedoch der Anspruch verneint wurde, da der Lizenzgeber weder vertrieb noch produzierte; zur Rsp des BGH im Zusammenhang mit Franchising vgl zB BGH 17.07.2002, VIII ZR 59/01, NJW-RR 2002, 1554 (Entsprechende Anwendung der Kündigungsfristen des § 89 dHGB auf Franchise-Kettenverträge); BGH 18.04.2007, VIII ZR 117/06, NJW-RR 2007, 1286 (Tankstellenshop-Franchisenehmer); BGH 23.07.1997, VIII ZR 130/96 („Benetton I“), NJW 1997, 3304; BGH 23.07.1997, VIII ZR 134/96 („Benetton II“), NJW 1997, 3309; BGH Beschluss vom 04.11.1998, VIII ZB 12/98 („Eismann“), NJW 1999, 218 (Franchisenehmer als arbeitnehmerähnliche Person).

⁵⁰⁸ *Küstner in Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 116 zu Kapitel II.

⁵⁰⁹ So zB OGH 22.04.2009, 3 Ob 44/09f (Vertragshändler); OGH 30.08.2006, 7 Ob 122/06a (Franchisenehmer Tankstellenshop); OGH 26.11.2002, 1 Ob 238/02k (Vertragshändler); OGH 09.04.2002, 4 Ob 54/02y (Kfz-Vertragshändler); OGH 07.12.2001, 7 Ob 265/01y (Vertragshändler); OGH 23.10.2000, 8 Ob 74/00s (Kfz-Vertragshändler); OGH 26.07.2000, 7 Ob 161/00b (Kfz-Vertragshändler); OGH 15.09.2000, 7 Ob 328/99g (Vertragshändler); OGH 25.01.2000, 1 Ob 359/99x (Kfz-Vertragshändler); OGH 25.08.1999, 3 Ob 10/98m (Vertragshändler; Verneinung des Anspruchs wegen fehlendem Konkurrenzverbot und tatsächlicher Führung von Fremdprodukten); OGH 30.03.1999, 10 Ob 61/99i (Vertragshändler); OGH 24.11.1998, 1 Ob 251/98p (Vertragshändler); OGH 30.06.1998, 1 Ob 342/97v (Kfz-Vertragshändler); OGH 17.12.1997, 9 Ob 2065/96h (Vertragshändler; inkl Ausführungen zur dogmatischen Rechtfertigung der Analogie); OGH 30.09.1996, 6 Ob 2072/96s (Vertragshändler); OGH 10.04.1991, 9 ObA 8/91 (Vertragshändler und Franchisenehmer); OGH 11.10.1990, 6 Ob 644/90 (Vertragshändler); RIS-Justiz RS 0063564 (Vertragshändler); OGH 24.10.1973, 5 Ob 157/73 (Eigenhändler); RIS-Justiz RS 0062645 (Kfz-Vertragshändler); RIS-Justiz RS 0110369 (Vertragshändler); RIS-Justiz RS 0062580 (Vertragshändler und Franchisenehmer); RIS-Justiz RS 0018335 (Eigenhändler); RIS-Justiz RS 0109283 (Kfz-Vertragshändler).

⁵¹⁰ RIS-Justiz RS 0062580.

Hauptkriterium für diese „Annäherung“ an die Wesensmerkmale eines Handelsvertretervertrages soll „die Einbindung in die Absatzorganisation des Unternehmers“ sein.⁵¹¹ Auf eine konkrete Schutzbedürftigkeit⁵¹² oder Arbeitnehmerähnlichkeit⁵¹³ kommt es nicht an.

Für das Subordinationsfranchising werden sowohl von der Rsp⁵¹⁴ als auch der Lit⁵¹⁵ prinzipiell die gleichen Überlegungen und Argumente für die analoge Anwendung des Handelsvertreterrechts herangezogen, wie sie auch für den Vertragshandel verwendet werden. Die Rechtsstellung eines Franchisenehmers wird grds mit der eines Vertragshändlers als „durchaus vergleichbar“ angesehen.⁵¹⁶ Insofern ist davon auszugehen, dass die Überlegungen für eine analoge Anwendung auf Vertragshändler auch für Franchisenehmer gelten.⁵¹⁷

Der BGH hat die Frage, ob auch einem Franchisenehmer ein Ausgleichsanspruch analog zu § 89b dHGB zusteht, bislang offen gelassen.⁵¹⁸ Allerdings wurde eine entsprechende Anwendung für Franchisenehmer unter den für Vertragshändler entwickelten Voraussetzungen in nichthöchstrichterlichen Entscheidungen bejaht.⁵¹⁹ Die herrschende dt Lehre spricht sich für eine analoge Anwendung aus.⁵²⁰

⁵¹¹ So zB OGH 30.08.2006, 7 Ob 122/06a (Franchisenehmer); OGH 07.12.2001, 7 Ob 265/01y (Vertragshändler); OGH 15.09.2000, 7 Ob 328/99g (Vertragshändler); OGH 27.04.1999, 4 Ob 79/99t (Vertragshändler); OGH 11.10.1990, 6 Ob 644/90 (Kfz-Vertragshändler); OGH 29.11.1989, 1 Ob 692/89 (Vertragshändler mit Bezug auf die dtRsp).

⁵¹² Nocker, HVertrG, § 1 Rz 222; ausführlich zur Entwicklung der dtRsp in diesem Thema Küstner in Küstner/Thume, Außendienstrecht II⁸, Rz 65 ff zu Kapitel II mwN; vgl auch oben Seite 138.

⁵¹³ Vgl OGH 11.10.1990, 6 Ob 644/90 („Honda“), wonach Jaborneggs Forderung der Arbeitnehmerähnlichkeit ausdrücklich abgelehnt wurde.

⁵¹⁴ RIS-Justiz RS 0062580; OGH 10.04.1991, 9 ObA 8/91 (9 ObA 9/91) mwN Jabornegg, HVG (1987), 67 ff: „Die Rechtsstellung eines Franchisenehmers ist jener eines Vertragshändler durchaus vergleichbar“.

⁵¹⁵ Für Nocker, Ausgleichsanspruch (2001), 19 Rz 79 „verschwimmen die Unterschiede zwischen Franchisenehmer und Vertragshändler in der Praxis zunehmend“; auch M. Mohr, Der Franchisevertrag (1999), 30 f, vertritt die Ansicht, eine „eindeutige Abgrenzung zwischen Vertragshändlern und Franchisenehmern sei kaum möglich“. Dies gelte insb für das Vertriebsfranchising, aber auch für viele Dienstleistungs-Franchiseverhältnisse. Am wenigsten mit dem Vertragshandel vergleichbar sei für sie noch das Produktionsfranchising.

⁵¹⁶ OGH 10.04.1991, 9 ObA 8/91 (9 ObA 9/91) mwN Jabornegg, HVG (1987), 67 ff.

⁵¹⁷ Hopt, Handelsvertreterrecht⁴ (2009), § 84 Rz 11; diesem zustimmend Emde, Handelsvertreterrecht – (Buchbesprechung von Hopt, Handelsvertreterrecht⁴), NJW 2010, 667.

⁵¹⁸ BGH 23.07.1997, VIII ZR 130/96, BB 1997, 1860 = NJW 1997, 3304 („Benetton II“) zitiert in Emde, Rechtsprechungs- und Literaturübersicht zum Vertriebsrecht des Jahres 2008, BB 2009, 2714 (2719, FN 92).

⁵¹⁹ Schröder in Küstner/Thume, Außendienstrecht III³ (2009), 387 Rz 41 mwN OLG Celle 19.04.2007, 11 U 279/06, BB 2007, 1862 (Anm Flohr); LG Frankfurt 19.11.1999, 3-8 O 28/99, EWiR 2004, 69; OLG Dresden 27.09.2001, 19 U 881/01, BeckRS 2001, 30208730; Haager, Die Entwicklung des Franchiserechts seit dem Jahre 2002, NJW 2005, 3394 (3401) mwN.

⁵²⁰ Vgl zB die umfangreiche Auflistung namhafter Befürworter bei Emde, Rechtsprechungs- und Literaturübersicht zum Vertriebsrecht des Jahres 2008, BB 2009, 2714 (2719, FN 90).

In der Folge sollen nur mehr die für die analoge Anwendung relevanten Aspekte behandelt werden. Für alle anderen Voraussetzungen des Ausgleichsanspruchs kann auf die vorigen Kapitel verwiesen werden.

1. Pflicht zur Überlassung des Kundenstamms

Da sich der OGH mit einer bloß tatsächlich möglichen Nutzung des Kundenstamms durch den Unternehmer zufrieden gibt⁵²¹ und eine (vertragliche) Pflicht zur Überlassung des Kundenstamms nicht als Analogievoraussetzung ansieht, beschränkt sich die Debatte über dieses Thema auf die dt Rechtslage.⁵²²

Der BGH judiziert nämlich in stRsp, dass als Analogievoraussetzung neben der Einbindung in die Absatzorganisation des Lieferanten, „die spätestens bei Vertragsende⁵²³, meist konkludent⁵²⁴ durch als vertragsgemäß angesehene tatsächliche Handlungen begründete Verpflichtung des Mittlers“ hinzukommen muss, „dem Unternehmer während oder zum Ende des Vertragsverhältnisses seinen Kundenstamm durch Übermittlung der Kundendaten so zu überlassen, dass dessen Vorteile bei Vertragsende gleich oder bald für den Unternehmer nutzbar sind“.⁵²⁵

Mittlerweile neigt der BGH zu einer etwas großzügigeren Auslegung hinsichtlich der für eine Überlassung des Kundenstamms geforderten Verpflichtung, sofern jedenfalls der Hersteller nach den gegebenen Umständen überhaupt in der Lage ist, den vom Händler aufgebauten Kundenstamm zu nutzen. So wird nun auch nicht mehr auf Absicht und Ziel einer vertraglichen Regelung bzgl der Nutzung des Kundenstamms abgestellt. Es muss

⁵²¹ So meint der OGH, einer vertraglichen Verpflichtung zur Überbindung des Kundenstammes steht es gleich, „wenn dem Vertragspartner bloß tatsächlich ermöglicht wird, den vom Vertragshändler erworbenen Kundenstamm auch nach Auflösung des Vertragsverhältnisses kontinuierlich zu nutzen“; vgl zB OGH 25.08.1999, 3 Ob 10/98m; OGH 24.11.1998, 1 Ob 251/98p; OGH 30.03.1999, 10 Ob 61/99i; so auch schon vorahndend festgestellt von Aicher, Anm zu OGH 29.11.1989, 1 Ob 692/89, WBI 1990, 152.

⁵²² Vgl dazu ausführlich zB Thume in Küstner/Thume, Außendienstrecht III³, 284 Rz 10 ff; Emde, Vertriebsrecht (2009), § 89b Rz 36 ff; zur Diskussion in der Schweiz vgl unten Seite 143.

⁵²³ Emde, Vertriebsrecht (2009), § 89b Rz 36 mwN BGH 07.11.1991, I ZR 51/90, NJW-RR 1992, 421; vgl auch Thume in Küstner/Thume, Außendienstrecht III³, 287 Rz 36 mwN BGH 10.02.1993, VIII ZR 47/92, NJW-RR 1993, 678; BGH 06.10.1993, VIII ZR 172/92, NJW 1994, 724; BGH 12.01.2000, VIII ZR 19/99, NJW 2000, 1413.

⁵²⁴ Emde, Vertriebsrecht (2009), § 89b Rz 36; Löwisch in E/B/J/S, HGB² (2008), § 89b Rz 171; von Hoyningen-Huene, MünchKommHGB³ (2010), § 89b Rz 21 mwN Veltins, Zur analogen Anwendung von § 89b HGB, NJW 1984, 2063 ff; vgl auch Thume in Küstner/Thume, Außendienstrecht III³, 285 Rz 14 mwN BGH 06.10.1993, VIII ZR 172/92, NJW 1994, 724; vgl auch BGH 14.04.1988, I ZR 122/86, NJW 1989, 35.

⁵²⁵ Emde, Vertriebsrecht (2009), § 89b Rz 36 mwN BGH 14.04.1983, I ZR 20/81, NJW 1983, 2877 (2878); BGH 17.04.1996, VIII ZR 5/95, NJW 1996, 2159 (2160); BGH 28.06.2006, VIII ZR 350/04, NJW-RR 2006, 1692; zuletzt BGH 13.06.2007, VIII ZR 352/04, NJW-RR 2007, 1327, zitiert bei Thume in Küstner/Thume, Außendienstrecht III³, 284 Rz 10.

sich nicht „expressis verbis“ um eine Verpflichtung handeln, welche „konkret auf die Überlassung des Kundenstamms“ gerichtet ist. Es genügt, wenn sich aus einer anderen dem Vertragshändler obliegenden Verpflichtung die Folge ergibt, dass dem Hersteller der fragliche Kundenstamm mit Name und Adresse bekannt wird und sich für ihn damit die Möglichkeit der weiteren Nutzung ergibt.⁵²⁶ Entgegen der Kritik der dt Lit⁵²⁷ hält der BGH aber die vertragliche Pflicht zur Überlassung des Kundenstamms weiterhin auch dann für notwendig, wenn die Kundendaten dem Unternehmer faktisch ohnehin bekannt sind.⁵²⁸

Die grundsätzliche Überlegung dahinter hat natürlich ihre Berechtigung. Der Kundenstamm des Handelsvertreters gehört rein rechtlich immer dem Geschäftsherrn. Im Gegensatz dazu ist der Vertragshändler bzw Franchisenehmer prinzipiell selbst Eigentümer des von ihm aufgebauten Kundenstamms. Diese sind ja auch eigenständige Unternehmer und handeln in eigenem Namen und auf eigene Rechnung. Teilweise kennen der Franchisegeber und Lieferant die Kunden gar nicht.⁵²⁹ Insofern muss sichergestellt werden, dass der Kundenstamm nach Vertragsende tatsächlich für diese nutzbar ist und nicht weiterhin vom Absatzmittler verwendet wird, um eine Analogie zu rechtfertigen. Nicht nachvollziehbar ist allerdings, woraus sich die Notwendigkeit einer *vertraglichen* Regelung darüber ergeben soll. Aus einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise – und nur eine solche kann hier zählen – muss es zur Überbindung des Kundenstamms kommen. Was sich die Parteien darüber - oft Jahrzehnte davor - vertraglich ausgemacht haben, kann in diesem Zusammenhang keine Rolle spielen. Die Kritik in der Lit gegen die Rsp des BGH zu diesem Thema ist somit mE gerechtfertigt. Fraglich ist mE auch, wie zB bei einem Subordinationsfranchisenehmer im Fast-Food Bereich die Überbindung des Kundenstamms aussehen soll. Auch Stammkunden werden dem Franchisenehmer selbst nicht bekannt sein. Eine vertragliche Pflicht zur

⁵²⁶ Vgl dazu ausführlich *Küstner in Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 80 ff zu Kapitel II mwN; vgl aber auch BGH 17.04.1996, VIII ZR 5/95, NJW 1996, 2159, wonach der BGH nochmals ausdrücklich feststellte, dass eine bloß faktische Überlassung des Kundenstamms nicht ausreicht.

⁵²⁷ *Thume in Küstner/Thume*, Außendienstrecht III³, 285 Rz 12 mwN *K. Schmidt*, Handelsrecht⁴ (1994), 783 ff; *Köhler*, Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers, NJW 1990, 1689 (1691); *Eckert*, Die analoge Anwendung des Ausgleichsanspruchs nach § 89b HGB, WM 1991, 1237 (1243); *Foth*, Der Ausgleichsanspruch des Vertragshändlers (1985), 160 ff; *Martinek*, Franchising (1987), 362 ff; auch *Emde*, Vertriebsrecht (2009), § 89b Rz 39, findet die Zweifel an der Notwendigkeit dieses Analogiekriteriums berechtigt.

⁵²⁸ BGH 17.04.1996, VIII ZR 5/95, NJW 1996, 2159; BGH 06.10.1993, VIII ZR 172/92, NJW 1994, 724; BGH 01.12.1993, VIII ZR 41/93, NJW 1994, 657.

⁵²⁹ *Thume*, Die Bedeutung des Kundenstammes im Vertriebsrecht, BB 2009, 1026 f.

Überbindung des Kundenstamms, wie sie vom BGH gefordert wird, wäre mE für beide Seiten sinnlos. Eine Überbindung kann nur dort möglich sein, wo die Stammkunden zumindest einer Partei auch tatsächlich bekannt sind.

Es bleibt abzuwarten, wie lange der BGH seine strikte Linie beibehält. Sinnvoll wäre jedenfalls eine Annäherung an die Rsp des OGH in diesem Punkt.

2. Die Einbindung in die Absatzorganisation als Hauptkriterium der Analogie

Unter der Annahme, dass die Überlegungen und Argumente zur analogen Anwendung von § 24 HVertrG auf Vertragshändler grds auch für Subordinationsfranchisenehmer anwendbar sind, lassen sich nach der österr Rsp⁵³⁰ folgende Indizien für eine dem Handelsvertreterverhältnis vergleichbare Eingliederung in die Absatzorganisation des Unternehmers finden⁵³¹:

- Produkt- und vertriebsbezogene Verpflichtungen
 - Verpflichtung zur Absatzförderung und Warenabnahme
 - Mindestabnahmeverpflichtung
 - Pflicht zur Unterhaltung einer leistungsfähigen Verkaufs- und Serviceorganisation sowie eines (Mindest-)Lagers
 - Pflicht zur Beteiligung an der Einführung neuer Modelle
 - Pflicht zur Beteiligung an der Werbung
- Kontrollrechte des Unternehmers
 - Benachrichtigungs- und Mitteilungspflichten
 - Kontroll- und Bucheinsichtsrecht des Unternehmers
 - Zutrittsrecht des Unternehmers zu den Geschäftsräumlichkeiten
 - Weisungsrecht des Unternehmers
- Wettbewerbsverbot – Keine Führung von Konkurrenzprodukten
- Zuweisung eines Vertragsgebiets, wenn auch ohne Gebietsschutz

Nach der Rsp ist es nicht notwendig, dass sämtliche Elemente kumulativ vorliegen. „Maßgeblich ist im Sinn eines beweglichen Systems [...] das Überwiegen der Elemente

⁵³⁰ So zB OGH 05.05.2009, 1 Ob 10/09s; OGH 25.08.1999, 3 Ob 10/98m; OGH 30.09.1996, 6 Ob 2072/96s; OGH 27.04.1994, 7 Ob 550/94; OGH 11.10.1990, 6 Ob 644/90.

⁵³¹ Vgl auch den anschaulichen Kriterienkatalog nach dtRsp bei *Ostendorf*, Grenzen der analogen Anwendung von § 89b HGB, MDR 2008, 1377 (1379) mwN zur dtRsp; vgl auch die Liste bei *Petsche/Zekely* in *Flohr/Petsche*, Franchiserecht² (2008), Rz 507.

des Handelsvertretervertrags [...].⁵³² Wie im Folgenden noch ausführlich behandelt, setzt die Jud an einzelne Aspekte teilweise strengere Anforderungen an, verweist jedoch immer wieder auf die notwendige Gesamtbetrachtungsweise.

3. Die einzelnen Kriterien der Einbindung in die Absatzorganisation

a) Produkt- und vertriebsbezogene Verpflichtungen

aa. Verpflichtung zur Absatzförderung und Warenabnahme

So wie die allgemeine Verpflichtung des Handelsvertreters zur Absatzförderung ausdrücklich im HVertrG genannt ist⁵³³, so muss auch grds der Franchisenehmer einer derartigen Bemühungspflicht unterliegen, damit seine Stellung den wesentlichen Merkmalen eines Handelsvertretervertrags entspricht.⁵³⁴ Auch wenn sich in der Praxis teilweise Vertragsklauseln mit einer allgemeinen Bemühungspflicht finden, stellt sich doch die Frage, ob diese Verpflichtung ausdrücklich im Vertrag vereinbart werden muss, sich diese bereits aus den allgemeinen Treuepflichten der Vertragsparteien ergibt oder überhaupt eine allgemeine „Systemförderungspflicht“⁵³⁵ angenommen werden kann.⁵³⁶ Für *Mohr*⁵³⁷ trifft den Franchisenehmer eine Pflicht zur Nutzung der ihm überlassenen Rechte. Im Vertriebsfranchising sei der Franchisenehmer zur Förderung des Absatzes

⁵³² OGH 05.05.2009, 1 Ob 10/09s mwN: „Einzelne fehlende Elemente reichen [...] nicht aus, um die – einem Handelsvertreter vergleichbare Eingliederung in die Absatzorganisation [...] zu verneinen“.

⁵³³ § 5 Erster Satz HVertrG: „Der Handelsvertreter hat sich um die Vermittlung oder den Abschluß von Geschäften zu bemühen“; vgl auch *Feil*, Handelsvertretergesetz 1993 (1993), 27, Bezug nehmend auf die EB RV 578 BlgNR 18. GP: „Der Handelsvertreter ist nach § 1 Abs 1 HVertrG ständig mit der Vermittlung beauftragt und als Beauftragter muß er sich um die Erfüllung des Auftrags bemühen“; auch in den Sitzungsdocumenten des Eur Parlaments (Dokument 222/78) vom 27.07.1978, 27, wurde die Absatzförderungspflicht als „grundlegende Pflicht“ bezeichnet.

⁵³⁴ So meint auch *Emde*, Rechtsprechungs- und Literaturübersicht zum Vertriebsrecht des Jahres 2008, BB 2009, 2714 (2718) mwN ders in *Staub*, Großkomm HGB II⁵, Vor § 84 Rz 286, es wäre wohl die Vertriebspflicht „wichtigstes Analogiekriterium“; vgl auch *Ostendorf*, Grenzen der analogen Anwendung von § 89b HGB auf Händler außerhalb des Kfz-Vertriebs, MDR 2008, 1377 ff, welcher neben der Vertriebspflicht noch die Interessenwahrungspflicht, die Benachrichtigungs- und Mitteilungspflicht sowie das Weisungsrecht als maßgeblich ansieht.

⁵³⁵ So etwa *M. Mohr*, Der Franchisevertrag (1999), 23.

⁵³⁶ Vgl dazu auch *Liebscher/Petsche*, Franchising in Österreich (2002), 126 f, wonach die in Lit und Rsp angesprochene „Absatzförderungspflicht“ bei genauerer Analyse in verschiedene Pflichten zerfällt, welche unterschiedliche wirtschaftliche Zwecke verfolgen. So sei es „systematisch sinnvoller, einerseits eine grundsätzliche Betriebspflicht, wie sie zB auch bei Lizenz-, Know-how- oder Pachtverträgen bestehen kann, anzunehmen und andererseits eine franchising-spezifische Pflicht zur Konzepttreue“.

⁵³⁷ *M. Mohr*, Der Franchisevertrag (1999), 23; so auch *Martinek*, Moderne Vertragstypen II (1992), 67, der von einer „erhöhten Treuebindung“ spricht; vgl auch den Ethikkodex des Österreichischen Franchise-Verbands (www.franchise.at, zuletzt aufgerufen am 21.05.2011), wonach es eine Pflicht des Franchisenehmers darstellt, „sich nachhaltig um das Wachstum seines Franchise-Betriebs [...] zu bemühen“.

der im Warensortiment seines Vertragspartners enthaltenen Produkte verpflichtet. Bereits aus dem Charakter des Dauerschuldverhältnisses ergebe sich das Erfordernis einer „erhöhten Leistungsbereitschaft“ für beide Parteien.

Die Existenz einer derartigen Pflicht sei auch für andere Vertriebsvertragsverhältnisse unbestritten⁵³⁸, wobei nach *Mohr*⁵³⁹ die Pflicht zur Vertragstreue in einem Franchiseverhältnis verstärkt sei, da es in Franchiseverhältnissen typischerweise ein enges und arbeitsteiliges Zusammenwirken gebe.

Nach *Martinek*⁵⁴⁰ ist die Absatzförderungspflicht sowohl beim Waren- als auch Dienstleistungs-Subordinationsfranchising gleichermaßen die „Haupt(leistungs)pflcht“. Darin liege auch der Hauptunterschied des Subordinations-Franchisings zum Koordinations-Franchising sowie zum Lizenz-Vertrag.

Nach Ansicht des schweizerischen Bundesgerichts sind dem Alleinvertretungsvertrag „zwei Austauschverhältnisse“ eigen. Eines davon bestehe in Recht und Pflicht des Lieferanten zur Warenlieferung einerseits und der Pflicht des Vertreters zur Abnahme der Ware und zur Bezahlung des Warenpreises andererseits.⁵⁴¹

Eine Verpflichtung zur Absatzförderung lässt sich auch teilweise daraus ableiten, dass der Franchisenehmer dem Franchisegeber durch sein Handeln jedenfalls nicht schaden darf und eine „Weigerung zum Absatz der Waren“ sicher als Schädigung des Franchisegebers angesehen werden kann.⁵⁴² Genauso kann in diesem Zusammenhang von einer „Pflicht zur Konzepttreue“ gesprochen werden.⁵⁴³

Es lässt sich somit zusammenfassen, dass auch ohne eine ausdrückliche vertragliche Vereinbarung zwischen Franchisenehmer und Franchisegeber eine wechselseitige Treue- und Förderungspflicht vorliegt, die derjenigen von Handelsvertreter und Unternehmer grds in Nichts nachsteht. Auch aus einem umfassenden Pflichtenkatalog lässt sich eine Absatzförderungspflicht ableiten.⁵⁴⁴

⁵³⁸ Vgl etwa für Handelsvertreter: § 5 Erster Satz HVertrG; *Jabornegg*, HVG (1987), 74 ff; für den Vertragshändler: *Ulmer*, Der Vertragshändler (1969), 410 f, 431 ff.

⁵³⁹ *M. Mohr*, Der Franchisevertrag (1999), 16 f, 22.

⁵⁴⁰ *Martinek*, Franchising (1987), 261 f, mit Verweis auf die üblicherweise detailliert ausgearbeiteten Subordinations-Franchiseverträge.

⁵⁴¹ *Meyer-Marsilius*, Kein Ausgleichsanspruch für Eigenhändler nach schweizerischem Recht, AWD-BB 1962, 261 (262) mwN BGE 17.01.1952, 78 II 32 (34).

⁵⁴² Der Vertrieb von Konkurrenzprodukten stellt ein separates Problem dar, vgl dazu ausführlich unten.

⁵⁴³ *Liebscher/Petsche*, Franchising in Österreich² (2002), 127.

⁵⁴⁴ So etwa eine Abnahmeverpflichtung, die Pflicht zur Unterhaltung einer leistungsfähigen Verkaufs- und Serviceorganisation sowie eines Lagers, die Pflicht zur Einführung neuer Modelle, ein allgemeines Wettbewerbsverbot etc; vgl hierzu auch OGH 30.09.1996, 6 Ob 2072/96s.

bb. Mindestabnahmeverpflichtung; Pflicht zur Unterhaltung einer leistungsfähigen Verkaufs- und Serviceorganisation sowie eines (Mindest-)Lagers

Oft werden im Zusammenhang mit der allgemeinen Absatzförderungspflicht des Franchisenehmers Mindestabnahmevereinbarungen getroffen. Der Franchisenehmer verpflichtet sich, eine bestimmte Menge an Waren vom Franchisegeber oder von diesem bekannt gemachten Händlern abzunehmen.⁵⁴⁵

Einhergehend mit einer Abnahmeverpflichtung ist die Pflicht zur Unterhaltung einer leistungsfähigen Verkaufs- und Serviceorganisation sowie eines Lagers. Wird dem Franchisenehmer vorgeschrieben, eine bestimmte Menge an Waren auf Lager zu halten (sog „Depot-Abrede“), so ist es nur logisch, dass zumindest im Ausmaß dieser Lagerware eine Abnahmeverpflichtung besteht.

Die Pflicht zur Unterhaltung einer leistungsfähigen Verkaufs- und Serviceorganisation sowie eines Lagers wird von der Rsp als Indiz für die Eingliederung eines Vertragshändlers in die Absatzorganisation des Unternehmers angesehen. Die Gedanken dazu können aber genauso für die Eingliederung des Franchisenehmers gebraucht werden.⁵⁴⁶

*Nocker*⁵⁴⁷ sieht in der Verpflichtung zur Abnahme einer Mindestmenge an Vertragsprodukten keine typische Handelsvertreterpflicht, da dieser im Gegensatz zum (Kfz-)Vertragshändler kein eigenes Absatzrisiko trage. Genauso sei die Vorratshaltung an Original-Ersatz- und Zubehörteilen kein entscheidendes Kriterium, dass ein (Kfz-)Vertragshändler ähnlich wie ein Handelsvertreter in die Absatzorganisation seines Unternehmers eingegliedert ist, da es für einen Handelsvertreter untypisch sei ein Auslieferungs- oder Ersatzteillager zu unterhalten.

Selbst wenn eine gewisse Mindestlagerhaltung für das Funktionieren eines (Subordinations-)Franchisesystems in der Praxis unumgänglich sein wird, so wird man dieses Kriterium wohl nicht als maßgeblich für eine ausgleichsrelevante Einbindung in die Absatzorganisation bezeichnen können. Diesem muss in der langen Liste von möglichen Indizien wohl eine eher untergeordnete Rolle zugewiesen werden.

⁵⁴⁵ Zum An- und Verkauf von Fremdprodukten aufgrund von Weisungen des Unternehmers vgl unten Seite 118.

⁵⁴⁶ Vgl zB OGH 11.10.1990, 6 Ob 644/90; OGH 10.04.1991, 9 ObA 8/91 (9 ObA 9/91): „Die Rechtsstellung eines Franchisenehmers ist jener eines Vertragshändlers durchaus vergleichbar“.

⁵⁴⁷ *Nocker*, Der Ausgleichsanspruch des Kfz-Vertragshändlers (2003), 50 f.

Von einem anderen Blickwinkel muss die Unterhaltung einer funktionierenden Kundendienstorganisation gesehen werden. Grds stellt diese keine typische Tätigkeit eines Handelsvertreters dar und kann somit ebenfalls nicht mehr als bloß ein Indiz für die Einbindung in die Absatzorganisation des Franchisegebers sein. Allerdings kann es trotzdem zu einer ausgeprägten Ausgleichsrelevanz kommen, wenn man die Pflicht zur Unterhaltung einer funktionierenden Kundendienstorganisation zu den absatzfördernden Maßnahmen, also zur „werbenden Tätigkeit“ zählt.⁵⁴⁸ Dies ist insofern zu bejahen, als der OGH sehr weit geht und schon das bloße Offenhalten und Betreiben einer Tankstelle als „mitursächlich“ am Geschäftsabschluss mit den Kunden sieht.⁵⁴⁹ Wenn bereits diese Tätigkeit dem Erfordernis einer ausgleichsbegründenden werbenden Tätigkeit entspricht, so muss dies wohl auch für die Unterhaltung einer Kundendienstorganisation gelten.

Weiters muss gerade hier das konkrete Franchisesystem genau betrachtet werden, da es nicht in jedem Franchisesystem notwendig bzw üblich ist, eine Kundendienstorganisation anzubieten. Ist diese notwendig oder üblich, lässt es sich durchaus als ein wichtiger ausgleichsrelevanter Faktor betrachten.⁵⁵⁰

cc. Pflicht zur Beteiligung an der Einführung neuer Modelle

Gerade im Vertriebswesen ist es für ein wirtschaftlich funktionierendes System wichtig, immer auf die aktuellen Anforderungen des Marktes und die Wünsche der Konsumenten einzugehen. Auch im Bereich des Franchisings kommt es somit gezwungenermaßen immer wieder zur Einführung neuer Modelle und Artikel. ZB gibt es im Fast Food Bereich laufend neue Produkte, welche für vorgegebene Zeiträume eingeführt werden und mit eigenen Sonder-Werbeaktionen gefördert werden. Der Franchisenehmer wird sich in aller Regel an derartigen Aktionen beteiligen müssen.⁵⁵¹ Diese Pflicht kann sich schon aus seiner allgemeinen Absatzförderungspflicht ergeben.

⁵⁴⁸ So zB *Nocker*, Der Ausgleichsanspruch des Kfz-Vertragshändlers (2003), 51 f mwN BGH 14.04.1983, I ZR 20/81 = NJW 1983, 2877.

⁵⁴⁹ OGH 30.08.2006, 7 Ob 122/06a; OGH 28.03.2002, 8 ObA 290/01g; OGH 28.03.2002, 8 ObA 299/01f, RIS-Justiz RS 0109607.

⁵⁵⁰ So zB in OGH 05.05.2009, 1 Ob 10/09s.

⁵⁵¹ Sei es aufgrund ausdrücklicher Vertragsklauseln oder aufgrund der allgemeinen wechselseitigen Treue- und Förderungspflicht.

Wie bereits erwähnt wird die Einführung neuer Modelle und somit das mehr oder weniger flexible Handeln des Franchisesystems unumgänglich sein, um auf dem Markt konkurrenzfähig zu bleiben. Die Weigerung der Einführung neuer Produkte von Seiten des Franchisenehmers würde somit eine Verletzung der allgemeinen Absatzförderungspflicht darstellen.

Problematisch könnte sein, unter welchen Bedingungen der Franchisenehmer diese neuen Produkte auf den Markt bringen muss. Die Pflicht zur Einführung neuer Produkte muss gerade beim Subordinationsfranchising sehr weit gefasst werden. Lediglich bei wirtschaftlicher Unzumutbarkeit und dann, wenn die neuen Produkte nichts mehr mit dem ursprünglichen Vertragsgegenstand zu tun haben, wird man mE die Pflicht zur Beteiligung an der Einführung neuer Modelle verneinen müssen.⁵⁵²

Da es in der Praxis kaum Verträge geben kann, in denen die zu vertreibenden Produkte abschließend genau bezeichnet und aufgelistet sind, ergibt sich im Zusammenhang mit der allgemeinen Absatzförderungspflicht des Franchisenehmers – in relativ weiten Schranken – eine somit grundsätzliche Pflicht zur Beteiligung an der Einführung neuer Modelle. Dieser Pflicht des Franchisenehmers entspricht somit jene des Handelsvertreters, auch neu vom Unternehmer eingeführte Produkte zu verkaufen.⁵⁵³

dd. Pflicht zur Beteiligung an der Werbung

Die Beteiligung an der Werbung durch den Franchisenehmer lässt sich wohl als Ausfluss der allgemeinen Pflicht zur Absatzförderung betrachten, soll sie doch gerade den Vertrieb anregen. Auch der Handelsvertreter unterliegt grds mehr als einer „bloß allgemeinen Werbetätigkeit, die nur generell der Weckung von Kaufanreizen dient und nicht unmittelbar auf den Abschluß konkreter Geschäfte gerichtet ist“.⁵⁵⁴ Die Werbetätigkeit des Handelsvertreters unterscheidet sich von der des Franchisenehmers aber insofern, als gerade im Bereich des Franchisings ein einheitliches Auftreten am

⁵⁵² Als letzte Schranke muss natürlich jedenfalls die Sittenwidrigkeit beachtet werden.

⁵⁵³ So sieht auch der OGH in der Pflicht zur Einführung neuer Modelle ein Indiz für eine dem Handelsvertreter ähnliche Einbindung in die Absatzorganisation des Geschäftsherrn: Vgl zB OGH 30.03.1999, 10 Ob 61/99i (Vertragshändler); OGH 25.08.1999, 3 Ob 10/98m (Vertragshändler); OGH 18.12.2002, 3 Ob 85/02z (Vertragshändler); OGH 31.01.2007, 8 Ob 4/07g (Vertragshändler); OGH 22.04.2009, 3 Ob 44/09f (Vertragshändler); OGH 05.05.2009, 1 Ob 10/09s (Vertragshändler); OGH 27.01.2010, 7 Ob 255/09i (7 Ob 256/09m) (Vertragshändler).

⁵⁵⁴ *Jabornegg*, HVG (1987), 10.

Markt von entscheidender Relevanz ist⁵⁵⁵. Dieses wird üblicherweise durch ein ebenso einheitliches Werbekonzept ergänzt.

In der Praxis finden sich verschiedene vertragliche Regelungen über die genaue Ausgestaltung der Werbung und ihrer Finanzierung.⁵⁵⁶ Einerseits gibt es das System, dass die Franchisenehmer zur Finanzierung der Werbekosten in gewissen Zeitabständen Pauschalbeträge leisten oder ein Marketing- und Werbefonds („Pool“) gebildet wird, wobei in beiden Konstellationen grds der Franchisegeber über den konkreten Mitteleinsatz entscheidet. Den Franchisenehmern wird ein Einsichtsrecht in die Werbeunterlagen zugestanden, um sich über die zweckentsprechende Geldwidmung informieren zu können.⁵⁵⁷

Eine andere Variante ist, dass die Franchisenehmer selbst zu Werbeaktivitäten verpflichtet sind, das entsprechende Material aber vom Franchisegeber geliefert oder vorgeschrieben bekommen. Hier kommt es insofern zu einer konkreten Systemförderung durch die einzelnen Franchisenehmer. Teilweise finden sich auch eigene Werbebeiräte, in welchen die einzelnen Franchisenehmer Sitz und Stimme haben. Die Höhe der Werbeausgaben wird meist nach einem bestimmten Prozentsatz vom Gesamtumsatz des einzelnen Franchisenehmers bemessen.⁵⁵⁸

Weiter muss zwischen internationaler, nationaler bzw überregionaler und regionaler Werbung unterschieden werden:

Die internationale, nationale bzw. überregionale Werbung wird üblicherweise vom Franchisegeber gehandhabt. Mitspracherechte stehen dem Franchisenehmer prinzipiell nur in Form der oben angesprochenen Werbebeiräte zu.

Die regionale Werbung wird vielfach den Franchisenehmern auferlegt, ist aber durchwegs an Vorgaben der Systemzentrale gebunden. Teilweise lassen sich diese Vorgaben im Franchisehandbuch⁵⁵⁹ oder in einem eigenen Werbehandbuch finden.⁵⁶⁰

⁵⁵⁵ Anders beim Handelsvertreter, der ohnehin keine Werbung „im eigenen Namen“ macht.

⁵⁵⁶ Vgl zur kartellrechtlichen Zulässigkeit einzelner Vereinbarungen nach der V-GVO zB *Veelken in Immenga/Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht (1997-2001), Abschnit V, Rz 68 ff mwN.

⁵⁵⁷ *M. Mohr*, Der Franchisevertrag (1999), 20 mwN *Wang in Kramer*, Neue Vertragsformen² (1992), 348.

⁵⁵⁸ *M. Mohr*, Der Franchisevertrag (1999), 20; *Nocker*, Ausgleichsanspruch des Kfz-Vertragshändlers (2003), 48 f; so zB auch in OGH 30.08.2006, 7 Ob 122/06a (Tankstellen-Shop).

⁵⁵⁹ Im Franchisehandbuch „werden die notwendigen Informationen, Angaben und Weisungen, mithin die detaillierte Systembeschreibung, niedergelegt, die für die systemkonforme Führung des Betriebs innerhalb des Franchisesystems notwendig sind“ (*Schröder in Küstner/Thume*, Außendienstrecht III³, 335 Rz 9); zu Zweck und Inhalt des Franchisehandbuchs vgl ausführlich *Fissl in Flohr/Petsche*, Franchiserecht² (2008), Rz 597 ff.

⁵⁶⁰ *Herrfeld*, Die Abhängigkeit des Franchisenehmers (1998), 50 f.

Gerade im Bereich des Franchisings zeigt sich üblicherweise – noch mehr als beim Vertragshändler – eine ausgeprägte Eingliederung in das Werbesystem des Franchisegebers und somit ein weiteres Indiz für die vom OGH geforderte Einbindung in die Absatzorganisation, ähnlich einem Handelsvertreter.

b) Kontrollrechte des Franchisegebers

aa. Benachrichtigungs- und Mitteilungspflicht

Der Handelsvertreter hat bei der Ausübung seiner Tätigkeit das Interesse des Unternehmers nicht nur „mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes“ wahrzunehmen, sondern ist „insbesondere verpflichtet, ihm die erforderlichen Mitteilungen zu machen und ihn unverzüglich von jedem Geschäft in Kenntnis zu setzen, das er für ihn geschlossen hat“.⁵⁶¹ Diese Pflicht ist insofern zwingend als sie „im voraus durch Vertrag weder zum Nachteil des Handelsvertreters noch zum Nachteil des Unternehmers aufgehoben oder beschränkt“ werden darf.⁵⁶²

Unterschiede zum Franchisenehmer ergeben sich natürlich schon einmal dadurch, dass der Franchisenehmer seine Geschäfte nicht „für den Franchisegeber“ abschließt, sondern im eigenen Namen und für eigene Rechnung handelt. Da der Franchisenehmer somit für seine Geschäftsabschlüsse rechtlich allein verantwortlich ist, besteht für ihn auf den ersten Blick keine derartige Informationsverpflichtung. Allerdings werden in der Praxis oft sehr weitreichende Benachrichtigungs- und Mitteilungspflichten des Franchisenehmers vertraglich festgehalten. Diese decken sich in vielen Fällen mit den ohnehin vorhandenen Abnahme- und Mindestlagerhaltungspflichten, doch sind sie ein weiteres Indiz für eine handelsvertreterähnliche Einbindung in die Absatzorganisation des Unternehmers.

Der Handelsvertreter ist auch prinzipiell im Rahmen der Vermittlungs- und Abschlusspflicht – soweit nicht ohnehin im Vertrag festgelegt – dazu angehalten, „den Markt zu beobachten, neue Entwicklungen zu erkennen, Kundenwünsche an den Unternehmer weiterzuleiten oä“. Ohne eine ausdrückliche vertragliche Vereinbarung unterliegt der Handelsvertreter aber keiner allgemeinen, von der konkreten

⁵⁶¹ § 5 HVertrG; vgl auch Art 3 Abs 2 lit a HV-RL.

⁵⁶² § 27 Abs 2 HVertrG.

Vermittlungs- bzw Abschlusstätigkeit unabhängigen Markt-, Produkt- oder Kundenpflege.⁵⁶³

Ebenso gestaltet sich die Situation beim Franchisenehmer, der wohl auch im Rahmen von Treu und Glauben verpflichtet ist, seinem Franchisegeber die nötigsten Informationen bzgl aktueller Marktentwicklungen bekannt zu geben. In der Praxis ist diese Pflicht aber vor allem beim Subordinationsfranchising vertraglich oft sehr weitreichend ausgestaltet. Üblicherweise finden sich auch Klauseln über eine Mitteilungspflicht in außergewöhnlichen Geschäftsfällen.⁵⁶⁴

bb. Kontroll- und Bucheinsichtsrecht

Korrespondierend mit den Benachrichtigungs- und Mitteilungspflichten des Franchisenehmers lassen sich oftmals weitreichende Kontroll- und Bucheinsichtsrechte des Franchisegebers finden. Gerade im Subordinationsfranchising ist der Franchisegeber immer bestens über die Tätigkeit und den Absatz des Franchisenehmers informiert und hat jederzeit Zugang zu diesen Informationen.⁵⁶⁵

Diese Einschränkung der eigenständigen wirtschaftlichen Tätigkeit des Franchisenehmers lässt sich teilweise dadurch rechtfertigen, dass eine strenge Kontrolle notwendig sein wird, um ein Franchisesystem mit einem einheitlichen Auftreten am Markt nachhaltig positionieren und erhalten zu können. Allerdings sind jene Kontrollrechte des Franchisegebers skeptisch zu betrachten, welche dem Franchisegeber „schlechthin jeden Einblick in die Geschäftsbücher des Franchisenehmer-Betriebes und seine finanzielle Lage gestatten“.⁵⁶⁶ Derartig weitreichende Vertragsklauseln werden von der Rsp teilweise als „grob sittenwidrig“ verworfen.⁵⁶⁷

⁵⁶³ Nocker, Handelsvertretervertrag (2000), Rz 123 mwN.

⁵⁶⁴ So etwa bei größeren Versicherungsfällen, Geschäftsausfällen aufgrund von unvorhersehbaren Zwischenfällen wie etwa einem Wasserrohrbruch oÄ.

⁵⁶⁵ Vgl auch den Ethikkodex des Österreichischen Franchise-Verbands (www.franchise.at, zuletzt aufgerufen am 21.05.2011), wonach zu den Pflichten des Franchisenehmers gehört, dem Franchisegeber den Zugang zu den Räumlichkeiten und Unterlagen zu ermöglichen.

⁵⁶⁶ Vgl dazu ausführlich Ekkenga, Inhaltskontrolle von Franchise-Verträgen (1990), 156 f: „Skepsis ist [...] angebracht, wenn die Überwachung einen Umfang annimmt, der keinen Zusammenhang mit den Führungs- und Betreuungsaufgaben des FG erkennen lässt“.

⁵⁶⁷ OLG Hamm 13.03.2000, 8 U 113/99, BeckRS 2000, 30100631, wonach das Subordinationsfranchising keinen gesellschaftsrechtlichen Charakter habe und deshalb in vollem Umfang der Sittenwidrigkeitskontrolle gem § 138 Abs 1 dBGB unterliege; OLG München 26.06.2002, 7 U 5730/01,

*Martinek*⁵⁶⁸ betont, dass die Überlegungen zur Sittenwidrigkeitskontrolle grds auf alle Vertriebsverträge gleichermaßen anzuwenden sind, egal ob es sich um Handelsvertreter- oder Franchiseverträge handelt. Weiters scheidet für ihn eine sittenwidrige Knebelung beim typischen Subordinationsfranchisevertrag üblicherweise aus. Selbst die erhebliche Einschränkung der wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit lasse dem Franchisenehmer noch genügend Spielraum eigener unternehmerisch-kaufmännischer Entscheidungsfreiheit. Eine sittenwidrige Knebelung könne beim Subordinationsfranchising erst dann angenommen werden, wenn die Weisungs- und Kontrollrechte des Franchisegebers dermaßen bestimmend für die alltägliche Betriebsführung sind, dass der Franchisenehmer „faktisch zum Angestellten in seinem eigenen Geschäftsbetrieb degradiert ist.“⁵⁶⁹

Im Gegensatz zum Subordinationsfranchisenehmer unterliegt der Handelsvertreter grds keinem derart ausgeprägten Kontroll- und Bucheinsichtsrecht des Unternehmers. Vielmehr ist es so, dass der Handelsvertreter selbst das zwingende Recht hat, in die Bücher des Unternehmers Einsicht zu nehmen, um die ihm zustehenden Provisionen nachprüfen zu können.⁵⁷⁰ Trotzdem ergibt sich insofern ein Kontrollrecht des Unternehmers gegenüber dem Handelsvertreter, als der Handelsvertreter dem Unternehmer die „erforderlichen Mitteilungen“⁵⁷¹ zu machen hat. Inwieweit diese Mitteilungen „erforderlich“ sind, muss objektiv aus der Sicht des Unternehmers, nicht aus der des Handelsvertreters beurteilt werden.⁵⁷²

Eine derart strenge Einbindung des Franchisenehmers, wird wohl eine noch größere Einbindung in die Absatzorganisation des Franchisegebers mit sich ziehen, als sie beim Handelsvertreter vorliegt. Dies kann jedoch für das Analogiekriterium der Einbindung in die Absatzorganisation des Unternehmers nicht schädlich sein, da allgemein nur eine dem Handelsvertreter „ähnliche“ Einbindung gefordert wird und nicht die exakt idente.⁵⁷³

BeckRS 2002, 30268497; OLG Düsseldorf Beschluss vom 07.09.2009, I-16 U 62/08, GWR 2010, 57 (Anm *Eckhoff*).

⁵⁶⁸ *Martinek*, Franchising (1987), 300.

⁵⁶⁹ *Martinek*, Franchising (1987), 301 f.

⁵⁷⁰ § 16 Abs 1 iVm § 27 Abs 1 HVertrG.

⁵⁷¹ § 5 letzter Satz HVertrG.

⁵⁷² *Nocker*, Handelsvertretervertrag (2000), Rz 130.

⁵⁷³ OGH 05.05.2009, 1 Ob 10/09s: „Die analoge Anwendung des § 24 HVertrG fordert lediglich eine Annäherung an die Stellung des Handelsvertreters, aber nicht die völlige Gleichstellung der Position des Vertragshändlers mit jener des Handelsvertreters“; vgl dazu auch: *Westphalen*, Die analoge Anwendbarkeit von § 89b HGB auf Vertragshändler, DB 1984, Beilage Nr 24/84 zu Heft Nr 47, 1 (6); *F. Bydlinski*, Methodenlehre² (1991), 475 f, 477.

Gerade im Subordinationsfranchising – und hier speziell im Bereich der Systemgastronomie – treten Franchisegeber häufig als Vermieter oder Verpächter der Geschäftsräume ihrer Franchisenehmer auf. Daraus ergibt sich für das Franchisesystem der Vorteil, den jeweiligen Standort über die Laufzeit des Franchisevertrags hinaus sichern zu können. Eine Standortschließung könnte nämlich negative Auswirkungen auf das Image des Franchisesystems und der Marke als solche haben. Besonders gilt dies bei „Outlet-Franchisesystem“, wo der Kunde das jeweilige Geschäft als „Filiale“ eines einheitlichen Systems und nicht als Betriebsstätte eines selbstständigen Franchisenehmers wahrnehmen soll.⁵⁷⁴ Die Einheit von Franchisegeber und Bestandgeber bringt für diesen auch kartellrechtlich positive Effekte mit sich.⁵⁷⁵

Durch die zusätzliche Eigenschaft des Franchisegebers als Vermieter oder Verpächter kann die Abhängigkeit des Franchisenehmers in einem Maß erhöht werden, welches beim Scheitern des Franchisevertrags existenzgefährdend sein kann.⁵⁷⁶ So muss unter Zugrundelegung einer einheitlichen Betrachtungsweise von Franchise- und Bestandvertrag genau darauf geachtet werden, ob sich nicht eine wirtschaftliche Knebelung des Franchisenehmers ergibt.⁵⁷⁷ Diese Sittenwidrigkeit ist bei solchen Konstellationen denkbar, wo aus einem Zusammenspiel von umsatzabhängigen Mietzinsen, von Franchise- und Werbegebühren, sowie von Preisaufschlägen beim Warenbezug (also von versteckten Franchisegebühren) eine Geschäftstätigkeit des Franchisenehmers mit angemessenem Gewinn kaum mehr möglich ist. Unerheblich ist dabei, ob die jeweilige Einzelleistung angemessen ist, „wenn sich bei der zusammenfassenden Betrachtungsweise eine wirtschaftliche Knebelung des Franchisenehmers ergibt.“ Eine mögliche Rechtsfolge in einer derartigen Konstellation wäre der Anspruch des Franchisenehmers auf Herabsetzung seiner Gegenleistung „unter Berücksichtigung von Treu und Glauben.“⁵⁷⁸

Unabhängig von der eben angerissenen Problematik der Einheit von Franchisegeber und Vermieter oder Verpächter, wird nach der Rsp auch das Zutrittsrecht des

⁵⁷⁴ Giesler, Der Franchisegeber als Vermieter des Franchisenehmers, NZM 2001, 658.

⁵⁷⁵ In diesem Fall kann gem Art 5 Abs 2 V-GVO ein Wettbewerbsverbot auch über die Dauer von fünf Jahren vereinbart werden.

⁵⁷⁶ Giesler, Der Franchisegeber als Vermieter des Franchisenehmers, NZM 2001, 658.

⁵⁷⁷ Vgl dazu ausführlich Giesler, Der Franchisegeber als Vermieter des Franchisenehmers, NZM 2001, 658 ff.

⁵⁷⁸ Giesler, Der Franchisegeber als Vermieter des Franchisenehmers, NZM 2001, 658 (662).

Unternehmers zu den Geschäftsräumlichkeiten als ein Indiz für eine ausgleichsrelevante Einbindung in die Absatzorganisation angesehen.⁵⁷⁹ Auch der BGH sah die feste Einbindung eines Kfz-Eigenhändlers in die Absatzorganisation des Unternehmers mitunter in der Verpflichtung des Händlers, dem Unternehmer Zutritt zu den Geschäfts- und Lagerräumen zu gewähren.⁵⁸⁰

*Mohr*⁵⁸¹ hält laufende Kontrollen der einzelnen Betriebe durch den Systementwickler („die Zentrale“) für ebenso essentiell wie den ständigen Informationsaustausch zwischen den Vertragspartnern.

Eines von mehreren typischen Merkmalen eines selbständigen Handelsvertreters sind eigene Geschäftsräumlichkeiten.⁵⁸² Im Rahmen des Franchisings und des Vertragshandels werden die ohnehin schon relativ weitreichenden Kontrollrechte des Franchisegebers und Lieferanten oftmals ergänzt durch ein Zutrittsrecht zu den Geschäftsräumlichkeiten des Franchisenehmers und Vertragshändlers. In Verbindung mit den anderen Kontrollrechten unterliegen der Franchisenehmer und Vertragshändler damit einer noch weitergehenden Kontrolle als es für einen selbstständigen Handelsvertreter üblich ist. „Völlig zu Recht“ misst der OGH deshalb auch diesem Kriterium „besonderes Gewicht“ für eine dem Handelsvertreter ähnliche Einbindung in die Absatzorganisation bei.⁵⁸³

⁵⁷⁹ OGH 25.08.1999, 3 Ob 10/98m; OGH 18.12.2002, 3 Ob 85/02z; vgl auch den Ethikkodex des Österreichischen Franchise-Verbands (www.franchise.at, zuletzt aufgerufen am 21.05.2011), wonach zu den Pflichten des Franchisenehmers gehört, dem Franchisegeber den Zugang zu den Räumlichkeiten und Unterlagen zu ermöglichen.

⁵⁸⁰ BGH 14.04.1983, I ZR 20/81, NJW 1983, 2877: „Die feste Einbindung in die Absatzorganisation zeigte sich insbesondere in der Verpflichtung des Bekl., der Kl. Zutritt zu den Geschäfts- und Lagerräumen zu gewähren [...]“.

⁵⁸¹ *M. Mohr*, Der Franchisevertrag (1999), 23.

⁵⁸² *Schöne* in *Hümmerich/Boecken/Düwell*, Anwaltskommentar - Arbeitsrecht (2008), § 611 Rz 90; *Nocker*, HVertrG, § 1 Rz 132 mwN.

⁵⁸³ *Nocker*, HVertrG, § 1 Rz 218 f mwN OGH 11.10.1990, 6 Ob 644/90 („Honda“).

Noch mehr als die Kontrollrechte des Franchisegebers ist prinzipiell auch ein Weisungsrecht desselben notwendig um ein franchisetypisches einheitliches Auftreten am Markt gewährleisten zu können.⁵⁸⁴

Dieses Weisungsrecht des Franchisegebers kann jedoch so weit führen, dass teilweise zu überlegen ist, ob der Franchisenehmer überhaupt noch als selbstständiger Unternehmer anzusehen ist. Durch die Weisungsgebundenheit muss er evtl schon als Arbeitnehmer des Systems oder zumindest als arbeitnehmerähnlich iSd § 51 Abs 3 Z 2 ASGG betrachtet werden.⁵⁸⁵

Dieses Problem stellt sich aber nur in dem Fall, wo der Franchisenehmer eine natürliche Person ist, da bei einer juristischen Person oder einer Personengesellschaft eine derartige Einordnung nicht in Frage kommt.⁵⁸⁶ Für *Martinek*⁵⁸⁷ stellt sich diese Abgrenzungsfrage weiters – richtigerweise – nur noch für das Subordinations-Franchising, nicht aber für die verschiedenen Formen des Partnerschafts-Franchisings.

Unter arbeitnehmerähnlichen Personen werden Dienstleistende verstanden, welche mangels persönlicher Abhängigkeit keine Arbeitnehmer, aber wegen ihrer wirtschaftlichen Abhängigkeit bzw Unselbstständigkeit auch keine Unternehmer sind.⁵⁸⁸ *Wachter*⁵⁸⁹ definiert den für die Arbeitnehmerähnlichkeit entscheidenden Begriff der „wirtschaftlichen Unselbstständigkeit“⁵⁹⁰ als „die Einschränkung der Dispositionsmöglichkeiten in wirtschaftlicher Hinsicht“ und differenziert weiter in einen finanziellen und einen organisatorischen Aspekt. Der finanzielle Aspekt meint „das Angewiesensein einer Person auf die Einkünfte aus einer Tätigkeit zur Bestreitung ihres Lebensunterhalts“ („wirtschaftliche Abhängigkeit“)⁵⁹¹, während unter dem

⁵⁸⁴ Vgl dazu auch RIS-Justiz RS 0071381, wonach eine „straffe Organisation“ für das Franchising „charakteristisch“ sei.

⁵⁸⁵ *Martinek*, Moderne Vertragstypen II (1992), 71.

⁵⁸⁶ *Adamovic*, ASG-Verfahren (2010), 252 mwN OLG Graz 12.06.2003, 2 R 78/03p (GmbH); RIS-Justiz RG 0000034 (GmbH); RIS-Justiz RS 0050883 (OHG); *Nocker*, Ausgleichsanspruch (2001), 14 Rz 54; *Martinek*, Moderne Vertragstypen II (1992), 71; *Wachter*, Wesensmerkmale der arbeitnehmerähnlichen Person (1980), 93 f.

⁵⁸⁷ *Martinek*, Moderne Vertragstypen II (1992), 71; diesem folgend *Weltrich*, Zur Abgrenzung von Franchise- und Arbeitsvertrag, DB 1988, 806 FN 4; *Bauder*, Zur Selbständigkeit des Franchise-Nehmers, NJW 1989, 78 (79 f).

⁵⁸⁸ *Martinek*, Moderne Vertragstypen II (1992), 71 f.

⁵⁸⁹ *Wachter*, Wesensmerkmale der arbeitnehmerähnlichen Person (1980), 138.

⁵⁹⁰ RIS-Justiz RS 0050842: „[...] Entscheidend für die Annahme eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses ist in erster Linie eine entsprechende wirtschaftliche Unselbstständigkeit“.

⁵⁹¹ *Wachter*, Wesensmerkmale der arbeitnehmerähnlichen Person (1980), 139.

organisatorischen Aspekt zusammengefasst nicht die fachliche, sondern die arbeitsorganisatorische Freiheit zu verstehen ist.⁵⁹²

Zur wirtschaftlichen Unselbstständigkeit kann auch eine persönliche Abhängigkeit treten, welche entscheidend ist, um jemand als „Arbeitnehmer“ einzuordnen.⁵⁹³ Allerdings erkennt *Jabornegg*⁵⁹⁴ zutreffend, dass „das Merkmal der persönlichen Abhängigkeit in seiner Intensität abstufbar ist, sodaß auch bei selbstständig tätigen Personen eine eingeschränkte persönliche Abhängigkeit vorliegen kann, ohne daß deshalb schon Arbeitnehmerähnlichkeit vorliegen müßte.“

Jedenfalls nicht entscheidend für die Qualifizierung als arbeitnehmerähnlich sind die Bezeichnung des Rechtsverhältnisses oder die steuerrechtliche und sozialversicherungsrechtliche Behandlung der Einkünfte. Auch der Besitz eines eigenen Gewerbescheins ist irrelevant.⁵⁹⁵ *Wank*⁵⁹⁶ will den Franchisenehmer erst dann als Arbeitnehmer qualifiziert wissen, wenn die Weisungsbindung keinen Raum mehr für die Wahrnehmung eigener unternehmerischer Chancen lasse. Wenn er jedoch unternehmerisch am Markt auftritt und eigene Chancen wahrnehmen könne, sei er Selbstständiger.

*Martinek*⁵⁹⁷ meint zu Recht, die „Grenze zur arbeitsrechtlichen Zone“ sei im Gesamtbild des Subordinationsfranchisings so lange nicht überschritten, wie der Franchisenehmer für die Ausübung der Geschäftsführung, die Verfügung über die Gegenstände des Betriebsvermögens und die Entscheidung über den Einsatz eigener Mittel für den Vertrieb der Vertragsware selbst verantwortlich bleibe. Wird diese Grenze überschritten, so werde – wenn es nach *Martinek* geht - der Franchisevertrag in seiner Gesamtheit wohl eher wegen sittenwidriger Knebelung rechtsunwirksam sein, als dass es zu einer arbeitnehmerähnlichen Einordnung des Franchisenehmers komme.⁵⁹⁸ In

⁵⁹² Vgl dazu ausführlich *Tomandl*, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages (1971), 116.

⁵⁹³ Vgl zB *Adamovic*, ASG-Verfahren (2010), 254; ablehnend gegenüber der Trennung von persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit: *Wachter*, Wesensmerkmale der arbeitnehmerähnlichen Person (1980), 106.

⁵⁹⁴ *Jabornegg*, Handelsvertreterrecht und Maklerrecht (1987), 51.

⁵⁹⁵ *Adamovic*, ASG-Verfahren (2010), 251 mwN OGH 17.12.1997, 9 ObA 367/97d; OGH 28.09.1999, 4 Ob 223/99v; RIS-Justiz RS 0086121.

⁵⁹⁶ *Wank*, Die „neue Selbstständigkeit“, DB 1992, 90 (91 ff); zustimmend *Martinek*, Moderne Vertragstypen II (1992), 73.

⁵⁹⁷ *Martinek*, Moderne Vertragstypen II (1992), 73; so wohl auch *Grohmann*, Franchising² (1999), 46, 57.

⁵⁹⁸ Vgl dazu auch RIS-Justiz RS 0071381, wonach zwar eine „straffe Organisation“ für das Franchising „charakteristisch“ sei, die Franchisenehmer aber „selbständige Unternehmer“ blieben, welche im eigenen Namen und auf eigene Rechnung handelten.

eine andere Richtung deutet jedoch der Beschluss des BAG vom 16.07.1997⁵⁹⁹ („Eismann“), in welchem eine Berücksichtigung franchisetypischer Abhängigkeiten bei der Prüfung der Anwendung des ArbGG abgelehnt wurde. Demnach käme es vielmehr darauf an, ob die vertragliche Bindung zu einer wirtschaftlichen Abhängigkeit des Franchisenehmers führe. Liegt zusätzlich eine dem Arbeitnehmer ähnliche Schutzwürdigkeit vor, sei der Franchisenehmer als arbeitnehmerähnliche Person zu qualifizieren.⁶⁰⁰ So meinte auch der OGH⁶⁰¹: „Franchiseverträge“, die den Letzthändler im Vertrieb völlig an das Marketingkonzept des Großhändlers (Herstellers) binden, machen Letzthändler zu arbeitnehmerähnlichen Personen“. Eine allgemein gültige Regel, wo die Grenze von arbeitnehmerähnlichen Personen iSd § 51 Abs 3 Z 2 ASGG zu selbstständigen Unternehmern gezogen wird, gibt es nicht. Maßgeblich sind vielmehr die Umstände des Einzelfalls.⁶⁰² Die arbeitnehmerähnliche Stellung ist dann ausgeschlossen, wenn die berufliche Tätigkeit des Beschäftigten in einer Form organisiert ist, dass dieser Organismus als Unternehmen anzusehen ist und dem Beschäftigten eine selbstständige Stellung mit eigenem Unternehmerrisiko zukommt.⁶⁰³

Eine Folge der Arbeitnehmerähnlichkeit wäre jedenfalls die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte bei Streitigkeiten in Österreich.⁶⁰⁴ § 61 Abs 1 Z 1 und 2 ASGG sind allerdings nur auf Ansprüche anzuwenden, die aus einem Arbeitsverhältnis stammen, nicht jedoch bei einem bloß arbeitnehmerähnlichen Verhältnis.⁶⁰⁵ Das KautSchG kann uU auch für arbeitnehmerähnliche Personen Anwendung finden.⁶⁰⁶ Anderes gilt jedoch für die Sicherung solcher vertraglicher Hauptpflichten, welche weder mit jenen eines „echten“ Dienstnehmers noch mit jenen der in § 8 Abs 2 KautSchG genannten Personen

⁵⁹⁹ BAG Beschluss vom 16.07.1997, 5 AZB 29/96, NJW 1997, 2973; vgl dazu auch die Ausführungen von Flohr, Sicherstellung der Selbstständigkeit des Franchise-Nehmers, Bulletin des Direktvertriebs 1999 (Bulletin 01/April), 17 (20 f).

⁶⁰⁰ Vgl dazu ausführlich Haager, Die Entwicklung des Franchiserechts in den Jahren 1997 und 1998, NJW 1999, 2081 f; ders, Die Entwicklung des Franchiserechts seit dem Jahre 2002, NJW 2005, 3394 f.

⁶⁰¹ RIS-Justiz RS 0050886; anders aber allgemein für Franchiseverträge RIS-Justiz RS 0077392: „Keine Arbeitnehmerähnlichkeit von Franchisenehmern [...]“.

⁶⁰² RIS-Justiz RS 0085540.

⁶⁰³ RIS-Justiz RS 0050815; vgl auch den oben angesprochenen Unterschied, wenn der Franchisenehmer als juristische Person oder Personengesellschaft auftritt.

⁶⁰⁴ Breiter, Praxisleitfaden Handelsvertreterrecht und Vertragshändlerrecht² (2006), 10; vgl auch Dittrich/Tades, Arbeitsrecht, § 51 ASGG, E 89 mwN OGH 17.08.1997, 9 ObA 207/97z; RIS-Justiz RS 0108280; vgl auch RIS-Justiz RS 0085501, wonach es zur Qualifikation als Arbeitsrechtssache genügt, wenn auf Seiten des Klägers Arbeitnehmerähnlichkeit vorliegt.

⁶⁰⁵ RIS-Justiz RS 0085762.

⁶⁰⁶ RIS-Justiz RS 0063467.

(Heimarbeiter, Zwischenmeister) vergleichbar sind.⁶⁰⁷ Jedenfalls Anwendung findet das DHG.⁶⁰⁸

Selbst bei einer allfälligen Einordnung als arbeitnehmerähnlich bleibt das HVertrG weiterhin anwendbar.⁶⁰⁹ Auch ein eventueller Ausgleichsanspruch ist nicht ausgeschlossen.⁶¹⁰

Weisungen sind im Handelsvertreterrecht für die Selbstständigkeit des Handelsvertreters vorerst nicht schädlich. Vielmehr besteht eine Pflicht des Handelsvertreters, „Weisungen des Unternehmers, die im Hinblick auf die Selbstständigkeit des Handelsvertreters zulässig und unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls sachgerecht sind, nachzukommen“. Diese Pflicht ergebe sich bereits aus der Tätigkeit „für“⁶¹¹ den Unternehmer und bedürfe somit keiner ausdrücklichen Umschreibung im Gesetz.⁶¹² Nach der dt Rsp besteht im Handelsvertreterverhältnis ein Weisungsrecht des Unternehmers, „solange die Weisungen nicht die Selbstständigkeit des Handelsvertreters im Kern antasten“.⁶¹³

So meint auch *Jabornegg*⁶¹⁴ mit Bezugnahme auf die Jud, es könne von weitestgehend wirtschaftlicher Selbstständigkeit gesprochen werden und es liege daher keine Arbeitnehmerähnlichkeit des Handelsvertreters vor, wenn dieser im Rahmen einer eigenen Unternehmensorganisation mit eigenen Angestellten tätig werde.

Nach der dt Rsp sprechen weder ein Wettbewerbsverbot⁶¹⁵, noch Schulungsangebote ohne verpflichtende Teilnahme oder die Pflicht zur Bestandspflege für eine Arbeitnehmereigenschaft.⁶¹⁶

Für die Praxis von nicht zu unterschätzender Relevanz ist die Ansicht des OGH, das (vertraglich vereinbarte) Weisungsrecht müsse nicht tatsächlich gelebt werden, um als

⁶⁰⁷ OGH 13.07.2006, 8 ObA 57/06z (Tankstellenpächter/Franchisenehmer): „Auf eine Kautionsbestellung des arbeitnehmerähnlichen Tankstellenpächters für die sich aus der gegenseitigen Abrechnung ergebenden Erfüllungsansprüche des Franchisegebers aus dem Vertragsverhältnis durch Bankgarantie ist das KautSchG nicht anzuwenden [...]“.

⁶⁰⁸ § 1 Abs 1 zweiter Satz DHG.

⁶⁰⁹ OGH 28.03.2002, 8 ObA 299/01f.

⁶¹⁰ OGH 09.09.1999, 8 ObS 183/99s; für Deutschland vgl zB *Küstner*, Die Statusproblematik im Handelsvertreterrecht, Bulletin des Direktvertriebs 1999 (Bulletin 01/April), 5 (13).

⁶¹¹ EB RV 578 BlgNR 18. GP, 11 iVm § 5 HVertrG.

⁶¹² EB RV 578 BlgNR 18. GP, 10 f; vgl auch Art 3 Abs 2 lit c HV-RL.

⁶¹³ BGH 13.06.2007, VIII ZR 352/04, NJW-RR 2007, 1327 (1329) mwN BGH 13.01.1966, VII ZR 9/64, NJW 1966, 882 (883).

⁶¹⁴ *Jabornegg*, HVG (1987), 55.

⁶¹⁵ OLG Celle, Beschluss vom 04.06.2007, 11 U 293/06, BeckRS 2008, 06705 zitiert bei Emde, Rsp- und LitÜbersicht 2008, BB 2009, 2714.

⁶¹⁶ OLG Bremen, Beschluss vom 01.07.2008, 2 W 21/08, BeckRS 2008, 17143 zitiert bei Emde, Rsp- und LitÜbersicht 2008, BB 2009, 2714.

Anhaltspunkt für die handelsvertreterähnliche Eingliederung herzuhalten. Vielmehr komme es „primär auf die vertragliche Einräumung derartiger Befugnisse an“.⁶¹⁷

Zusammenfassend ist wichtig zu betonen, dass selbst bei einer zu bejahenden Arbeitnehmerähnlichkeit des Franchisenehmers, das HVertrG – auch neben arbeitsrechtlichen Vorschriften - zur Anwendung kommt.⁶¹⁸ Um das Problem der eventuellen Einordnung des Franchisenehmers als arbeitnehmerähnlich jedenfalls zu vermeiden, muss der Franchisenehmer als Personen- oder Kapitalgesellschaft auftreten.

c) Wettbewerbsverbot – Keine Führung von Konkurrenzprodukten

Ein vertraglich vereinbartes Wettbewerbsverbot wird sowohl von der Rsp als auch Lit oftmals als ein „wesentliches Element“ für ein handelsvertreterähnliches Verhältnis bezeichnet.⁶¹⁹ Der OGH hielt fest, dass trotz fehlenden Konkurrenzverbots bereits die tatsächliche Führung von Fremdprodukten ein treuwidriges Verhalten darstelle, welches die Auflösung der Vertragsbeziehung rechtfertige.⁶²⁰ Nach der „Schutztheorie“ *Jaborneggs* hätte man bei zugelassenen Konkurrenzfabrikaten in aller Regel wegen der Annäherung an den „normalen“ Eigenhändler von Markenwaren eine ausgleichsrechtlich relevante Einbindung in die Absatzorganisation eines Herstellers zu verneinen.⁶²¹

Der OGH sah es im Fall der Verneinung eines Ausgleichsanspruchs eines Vertragshändlers auch für „maßgeblich“, dass dieser „im geschäftlichen Wettbewerb, also auch im Handel mit Fremdprodukten, keinesfalls beschränkt war“.⁶²²

Ein Wettbewerbsverbot kann sich aber nicht nur aus einer vertraglichen Verpflichtung ergeben, sondern auch aus der allgemeinen Treue- bzw Interessenwahrungspflicht.⁶²³

⁶¹⁷ OGH 05.05.2009, 1 Ob 10/09s.

⁶¹⁸ *Jabornegg*, HVG (1987), 56; *Breiter*, Praxisleitfaden Handelsvertreterrecht und Vertragshändlerrecht² (2006), 10 f; OGH 28.03.2002, 8 ObA 299/01f; dem angestellten Provisionsvertreter gebührt jedoch kein Ausgleichsanspruch: RIS-Justiz RS 0062511.

⁶¹⁹ So zB OGH 25.08.1999, 3 Ob 10/98m; OGH 26.11.2002, 1 Ob 238/02k.

⁶²⁰ OGH 25.08.1999, 3 Ob 10/98m; anders noch *Westphalen*, Die analoge Anwendbarkeit von § 89b HGB auf Vertragshändler, DB 1984, Beilage Nr 24/84 zu Heft Nr 47, 1 (2) mwN BGH 14.04.1983, I ZR 20/81, NJW 1983, 2877, wonach sich selbst aus der vom Hersteller/Importeur erlaubten Konkurrenzfähigkeit des Vertragshändlers noch nicht eine fehlende handelsvertreterähnliche Einbindung ergäbe.

⁶²¹ *Knöbl*, Ausgleichsanspruch des Kfz-Händlers: HVertrG oder ABGB?, ÖJZ 2006, 148 (151), mit allgemeinem Bezug auf *Jaborneggs* Argument der Schutzwürdigkeit (allerdings ohne Nachweis).

⁶²² OGH 26.11.2002, 1 Ob 238/02k.

Der OGH vertritt in einer früheren Entscheidung die Ansicht, der Handelsvertreter sei schon nach § 5 HVertrG zur umfassenden Interessenwahrung⁶²⁴ verpflichtet. Aus dieser wäre auch nach einhelliger öL zum alten HVG auch abzuleiten, dass „der Handelsvertreter verpflichtet ist, einen den Unternehmer schädigenden Wettbewerb zu unterlassen“. Wegen der unveränderten Rechtslage gelte nach dem HVertrG nichts anderes.⁶²⁵

Die Interessenwahrungspflicht umfasst grds nicht nur das Verbot, die Konkurrenz anderer Unternehmen zu fördern, sondern auch das Verbot, dem Geschäftsherrn in anderer Weise tatsächlichen oder möglichen Schaden zuzufügen.⁶²⁶ Es dürfen daher Konkurrenzprodukte – egal auf welcher Vertriebsstufe – weder als (Vertrags-)Händler, Franchisenehmer oder Arbeitnehmer vertrieben werden, noch darf sich der Vertriebsmittler am Unternehmen eines Konkurrenten beteiligen.⁶²⁷ Das Wettbewerbsverbot schließt auch eine Tätigkeit für einen Mitbewerber des Unternehmers als Konsulent oder Lieferant aus.⁶²⁸

Nach *Emde*⁶²⁹ gehe die Loyalitätspflicht jedoch nicht so weit, dass der Handelsvertreter bei jeder zusätzlich zur normalen Handelsvertreterertätigkeit übernommenen – nicht im Wettbewerb stehenden – Arbeit die Erlaubnis seines Geschäftsherrn einholen müsse. Dies wäre mit seiner Selbstständigkeit unvereinbar. In diesem Zusammenhang ist das Konkurrenzverbot nicht subjektiv aus der Sicht des Unternehmers, sondern objektiv zu bestimmen.⁶³⁰

*Küstner*⁶³¹ sieht „insbesondere“ in der vertretertypischen Interessenwahrnehmungspflicht des Vertragshändlers ein wichtiges Kriterium für eine dem Handelsvertreter ähnliche Stellung. Zu dieser Interessenwahrnehmungspflicht

⁶²³ So etwa *Ostendorf*, Grenzen der analogen Anwendung von § 89b HGB, MDR 2008, 1377 (1378) mwN BGH 18.06.1964, VII ZR 254/62, NJW 1964, 1621 (1622); *Thume*, Das Handelsvertreterrecht in Deutschland, IHR 2006, 191 (193).

⁶²⁴ Damit verbunden ist eine seiner Hauptpflichten, sich laufend um die Vermittlung bzw den Abschluss von Geschäften zwischen seinem Unternehmen und potentiellen Kunden zu bemühen bzw bereits vorhandene Kunden entsprechend zu betreuen.

⁶²⁵ OGH 11.11.1998, 3 Ob 244/98y mwN *Jabornegg* HVG, 87.

⁶²⁶ OGH 11.11.1998, 3 Ob 244/98y mwN.

⁶²⁷ Vgl auch die beispielhafte Auflistung von gegen das Wettbewerbsverbot verstoßenden Tätigkeiten bei *Emde* in *Staub*, Großkomm HGB II⁵, § 86 Rz 92 mwN.

⁶²⁸ *Nocker*, Das Handelsvertreterrecht in Österreich, IHR 2007, 45 (48); ausführlich *Emde* in *Staub*, Großkomm HGB II⁵, § 86 Rz 86 ff, wonach beim Franchising „insbesondere der Schutz des Know-hows des Franchisegebers im Vordergrund“ stehe.

⁶²⁹ *Emde* in *Staub*, Großkomm HGB II⁵, § 86 Rz 90 mwN.

⁶³⁰ *Emde* in *Staub*, Großkomm HGB II⁵, § 86 Rz 93.

⁶³¹ *Küstner* in *Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, Rz 76 zu Kapitel II; vgl auch *Löwisch* in *E/B/J/S*, HGB² (2008), § 86 Rz 4 mwN: „Der HV ist Interessenvertreter des Unternehmers; als Ausfluss der vertraglichen Treuepflicht ist er zur umfassenden Wahrnehmung der Interessen des Unternehmers verpflichtet“.

gehöre das – wenn auch nicht schriftlich niedergelegte, sich aber „aus der Natur der Interessenwahrnehmung“ ergebende – Verbot des Vertriebs von Konkurrenzprodukten. Ebenso wie die dt Lehre, vertritt auch der BGH die oben angesprochene Auffassung: In einem Urteil vom 22.10.2003⁶³² verneinte der BGH die analoge Anwendung von § 89b dHGB auf einen Tankstellenpächter im Rahmen seiner Tätigkeit im „Shop-Geschäft“ in erster Linie wegen eines fehlenden Konkurrenzverbots. Es „sei – ungeachtet weiterer Voraussetzungen – erforderlich, daß der Eigenhändler sich für den Vertrieb der Erzeugnisse des Herstellers wie ein Handelsvertreter einzusetzen habe und den typischen Bindungen und Verpflichtungen eines Handelsvertreters unterliege.“ Im konkreten Fall fehle es an dieser Voraussetzung, weil die notwendige Einbindung in die Absatzorganisation nicht vorliege. Dies deshalb, weil der Shop-Betreiber nicht verpflichtet war, seine Waren beim Geschäftsherrn oder bei Unternehmen zu beziehen, an denen der Geschäftsherr beteiligt war. Vielmehr habe der Shop-Betreiber die Möglichkeit gehabt und diese auch genutzt, seine Bezugsquellen selbst zu bestimmen. Er habe in seinem Shop in erheblichem Umfang auch Waren von Unternehmen angeboten, die „nicht der Sphäre der Beklagten [Anm: des Geschäftsherrn] zuzurechnen seien“.

Dieser Teilsatz ist insofern von großer praktischer Relevanz, da sich die Frage stellen kann, ob unter den Begriff „Konkurrenzprodukte“ auch solche Produkte fallen, an denen der Unternehmer zwar nicht beteiligt ist, doch vielleicht indirekt Nutzen aus deren Verkauf ziehen kann.⁶³³ Liegt eine direkte Beteiligung des Unternehmers an den Produkten vor, so ist es nur logisch, dass es sich bei vergleichbaren Produkten um Konkurrenzprodukte im engeren Sinn handelt, obwohl sie einer anderen (Konkurrenz-)Marke angehören.

Daher besteht eine Konkurrenzlage prinzipiell dann, wenn die Produkte aus der Sicht des Konsumenten auf dem sachlich relevanten Markt substituierbar sind. Absolute Identität der Waren ist nicht erforderlich; entscheidend ist, ob aus der Sicht des Kunden Wettbewerb besteht. Damit ist eine Konkurrenzlage in sachlicher Hinsicht nur bzgl solcher Waren zu verneinen, bei denen die Gefahr einer Verdrängung des Unternehmers vom Markt nicht in Betracht kommt.⁶³⁴

⁶³² BGH 22.10.2003, VIII ZR 6/03, NJW-RR 2004, 898.

⁶³³ So zB in OGH 30.08.2006, 7 Ob 122/06a, wo der Franchisegeber durch vom Lieferanten gewährte Mengenboni einen indirekten Nutzen an den verkauften Produkten hatte.

⁶³⁴ Ausführlich *Emde in Staub*, Großkomm HGB II⁵, § 86 Rz 96 f mwN *Löwisch in E/B/J/S*, HGB² (2008), § 86 Rz 19; vgl auch OGH 05.05.2009, 1 Ob 10/09s, wo es zur Verneinung des (analogen) Ausgleichsanspruchs nicht ausreichte, dass die Vertragshändlerin Fremdprodukte vertrieb, welche nicht „gleichartig“ iSd in der Produktpalette der Lieferantin enthaltenen Produkte waren.

Der OGH hatte in einem Urteil vom 30.08.2006⁶³⁵ die analoge Anwendung von § 24 HVertrG auf einen Tankstellenshop-Betreiber zu untersuchen, welcher diesen Shop im Rahmen eines Franchisevertrags führte. Der Franchisenehmer vertrieb sowohl Eigenwaren des Franchisegebers als auch Drittwaren. Diese Drittwaren wurden zwar vom Franchisenehmer direkt bei den jeweiligen Lieferanten bestellt, aber von den Lieferanten gegenüber dem Franchisegeber fakturiert und von diesem an den Franchisenehmer weiter fakturiert. Die in Betracht kommenden Lieferanten wurden vom Franchisegeber bestimmt. Der Franchisenehmer hatte keinen Einfluss auf die Einkaufspreise und die für den Einkauf maßgeblichen Konditionen. Die Rechnungen dieser vorgegebenen Lieferanten wurden dem Franchisegeber übermittelt, von diesem beglichen und dem Franchisenehmer ohne Aufschlag weiter fakturiert. Die von den Lieferanten gewährten Jahresmengenboni (Rückvergütungen) wurden jedoch zur Gänze vom Franchisegeber einbehalten. Für den OGH war – richtigerweise - nicht nur der Umsatz durch Eigenwaren des Franchisegebers für die Berechnung relevant, sondern es wurde auch der Verkauf der Drittwaren mitberücksichtigt: Diese würden sich „in jedem Fall auf die Bemessung bzw die Festlegung der Franchisegebühr auswirken, weshalb darin ein zu Gunsten der Beklagten [Anm: des Franchisegebers] verbleibender Vorteil zu erblicken ist“. Auch die Jahresmengenboni wurden in die Berechnung mit einbezogen.

Im Gegensatz zur oben erwähnten BGH-Entscheidung⁶³⁶ war in diesem Fall der Franchisenehmer verpflichtet, sich auch den Vorgaben des Franchisegebers bzgl der Drittwaren zu unterwerfen.

Es macht also für die Berechnung grds keinen Unterschied, ob es sich bei den Produkten um Konkurrenzprodukte im engeren Sinn⁶³⁷ oder bloß um vom Franchisegeber vorgegebene Bezugsbindungen zu bestimmten „fremden“ Lieferanten handelt. Die Einbehaltung der Jahresmengenboni (Rückvergütungen) von Drittwarenlieferanten durch den Franchisegeber ist für die Berechnung der Höhe des Ausgleichsanspruchs vor allem dann relevant, wenn diese vom Unternehmer einbehalten werden und somit für diesen auch nach Vertragsauflösung Vorteile daraus lukrierbar sind.⁶³⁸ Der OGH⁶³⁹ bezieht also „umsatzbezogene regelmäßig gewährte Sondervergütungen („Boni“), die

⁶³⁵ OGH 30.08.2006, 7 Ob 122/06a.

⁶³⁶ BGH 22.10.2003, VIII ZR 6/03, NJW-RR 2004, 898.

⁶³⁷ Also Produkte, an denen der Unternehmer direkt beteiligt ist.

⁶³⁸ OGH 30.08.2006, 7 Ob 122/06a: „In Bezug auf die Drittwaren besteht ein für die Beklagte [Anm: den Franchisegeber] nachhaltiger Vorteil zunächst in den ihr zukommenden Jahresmengenboni (Rückvergütungen seitens der Lieferanten), zumal durch die von der Klägerin geworbenen Stammkunden weiterhin Drittwaren abgenommen werden, wodurch der Rückvergütungsanspruch der Beklagten steigt.“

⁶³⁹ RIS-Justiz RS 0114266.

die unmittelbare Vermittlungstätigkeit des Vertragshändlers honorieren“ in die Bemessungsgrundlage des Ausgleichsanspruchs ein.

Abschließend lässt sich festhalten, dass der tatsächliche (nicht geringfügige) Vertrieb von Konkurrenzprodukten und die vertragliche Erlaubnis dazu wohl ein wesentliches Hindernis für eine ausreichend enge Einbindung in die Absatzorganisation des Franchisegebers darstellen werden.⁶⁴⁰ In der Praxis wird es allerdings gerade beim Subordinationsfranchising kaum vorkommen, dass sich der Franchisenehmer seine Waren selbst aussuchen darf, würde es doch massiv dem Erfordernis eines einheitlichen Auftretens des Franchisesystems am Markt widersprechen.

Exkurs: Umgehung des Wettbewerbsverbots?

Sieht man in einem vertraglich vereinbarten oder sich aus dem (wirtschaftlichen) Zusammenhang ergebenden strikten Konkurrenzverbots, ein unumgängliches Kriterium für eine ausreichend enge Einbindung in die Absatzorganisation des Unternehmers, so könnte man sich Möglichkeiten überlegen, welche eine Umgehung des Wettbewerbsverbots erlauben. Bei einer derart eng gefassten Auslegung des Konkurrenzverbots, könnte die (vertragliche) Erlaubnis, auch nur in kleinen Mengen oder bei nebensächlichen Produkten, Konkurrenzwaren zu vertreiben, zur Verwehrung eines Ausgleichsanspruchs führen.

„Nicht entscheidungswesentlich“ für die Prüfung, ob die wesentlichen Elemente eines Handelsvertretervertrags überwiegen, ist jedenfalls die Reduktion einer (ausschließlichen) Bezugspflicht nach fünf Jahren Vertragslaufzeit um 20% gem Art 5 lit a V-GVO. Maßgeblich ist vielmehr, „ob die Absicht der Vertragsparteien auf eine Eingliederung des Vertragshändlers in die Absatz- und Vertriebsorganisation des Produzenten gerichtet war“.⁶⁴¹

Das Konkurrenzverbot mag zusammenfassend sicher ein wesentlicher Bestandteil der notwendigen Einbindung in die Absatzorganisation des Unternehmers sein. Trotzdem

⁶⁴⁰ AA BGH 14.04.1983, I ZR 20/81, NJW 1983 2877 (2878), wo zwar ein Konkurrenzverbot als ein Hinweis für eine dem Handelsvertreter vergleichbare Einordnung des Vertragshändlers in die Absatzorganisation des Herstellers gewertet wird, es jedoch nicht zwingend notwendig sei, wenn sich die Einbindung bereits hinreichend aus dem Katalog von Pflichten ergibt, da selbst beim Handelsvertreter ein Wettbewerbsverbot „nicht notwendig Voraussetzung des Ausgleichsanspruchs“ sei. Für den Vertragshändler könne deshalb „nichts anderes gelten“; aA auch *Nocker*, Der Ausgleichsanspruch des Kfz-Vertragshändlers (2003), 47.

⁶⁴¹ OGH 05.05.2009, 1 Ob 10/09s.

wird man nicht durch einzelne Vertragsklauseln, welche bloß den Vertrieb ganz unbedeutender Waren⁶⁴² erlauben, zur Verneinung einer ausgleichsrelevanten Einbindung in die Absatzorganisation kommen.⁶⁴³ Vielmehr muss man auch hier durch eine Gesamtbetrachtung der rechtlichen und wirtschaftlichen Vorgaben des Unternehmers zeigen, wieviel kaufmännische Freiheit der Franchisenehmer noch besitzt und darauf aufbauend die mehr oder weniger große Auflockerung eines grundsätzlichen Konkurrenzverbots betrachten.

d) Zuweisung eines Vertragsgebiets, wenn auch ohne Gebietsschutz

Teilweise werden in Franchiseverträgen Klauseln aufgenommen, welche das jeweilige Vertragsgebiet des Franchisenehmers umschreiben.⁶⁴⁴ Seltener finden sich – gerade im Subordinationsfranchising – Klauseln, die dem Franchisenehmer einen Gebietsschutz gewähren, wobei hier zwischen einfachem und absolutem Gebietsschutz unterschieden werden kann⁶⁴⁵:

Beim einfachen Gebietsschutz soll bloß verhindert werden, dass der Franchisegeber selbst als Konkurrent auftritt oder einen anderen Franchisenehmer ausdrücklich für das „fremde“ Vertragsgebiet zulässt. Die Tätigkeit eines anderen Franchisenehmers desselben Systems durch dessen eigenständige Ausweitung seines Vertriebsgebiets kann dadurch jedoch grds nicht verhindert werden.⁶⁴⁶ Ebensowenig können passive Verkäufe – im Gegensatz zu aktiven - beschränkt werden.⁶⁴⁷

Beim – kartellrechtlich grds verbotenem⁶⁴⁸ - absoluten Gebietsschutz wird - über den einfachen hinausgehend – zuerst vereinbart, dass der Franchisegeber andere Händler in diesem Gebiet nicht beliefert. Zusätzlich wird ihm auch die Verpflichtung auferlegt,

⁶⁴² Sowohl bezogen auf Umsatz als auch Menge.

⁶⁴³ In diese Richtung auch OGH 26.11.2002, 1 Ob 238/02k, welcher den Handel mit konkurrierenden Fremdprodukten „im geringem Ausmaß“ nur als „eines von vielen Argumenten“ sieht, die für das Fehlen wesentlicher Elemente eines Handelsvertretervertrags sprechen. Maßgeblich sei vor allem, „dass die beklagte Partei [Anm: der Vertragshändler] im geschäftlichen Wettbewerb, also auch im Handel mit Fremdprodukten, keinesfalls beschränkt war“.

⁶⁴⁴ Zu den kartellrechtlichen Schranken diverser Gebiets- und Kundenbeschränkungen vgl zB *Petsche/Tautscher in Petsche/Urlesberger/Vartian*, KartG 2005 (2007), § 3 Rz 42 ff.

⁶⁴⁵ *Grohmann*, Franchising² (1999), 93.

⁶⁴⁶ *Grohmann*, Franchising² (1999), 93.

⁶⁴⁷ Vgl dazu zB *Petsche/Tautscher in Petsche/Urlesberger/Vartian*, KartG 2005 (2007), § 3 Rz 44 ff, wonach unter einem aktiven Verkauf „die aktive Ansprache individueller Kunden in einem Gebiet [...], welche ausschließlich einem anderen Käufer zugewiesen wurden“ zu verstehen ist, unter einem passiven Verkauf „die Erfüllung unaufgeforderter Bestellungen individueller Kunden“.

⁶⁴⁸ Vgl zB *Reidlinger/Hartung*, Das österreichische Kartellrecht² (2008), 82.

innerhalb des zugewiesenen Gebiets nicht selbst tätig zu werden und auch den anderen Franchisenehmern die Verpflichtung aufzuerlegen, außerhalb ihres Vertragsgebiets nicht tätig zu werden.⁶⁴⁹

Ein Alleinvertriebsrecht liegt vor, wenn der Hersteller in einem bestimmten Vertragsgebiet nur einen Vertragshändler zulässt.⁶⁵⁰ Selbst bei Einräumung eines solchen Alleinvertriebsrechts kann jedoch nicht davon ausgegangen werden, dass die Parteien auch einen absoluten Gebietsschutz im Sinne der Verhinderung von Parallelimporten aus Drittländern vereinbaren wollten. Ein solcher absoluter Gebietsschutz muss entweder ausdrücklich vereinbart werden oder ist „durch Auslegung des jeweiligen Vertragstextes nach der Übung des redlichen Verkehrs festzustellen.“⁶⁵¹ Bei einer derartigen Vereinbarung müssen jedoch die allgemeinen Schranken des Kartellrechts beachtet werden.⁶⁵² Genauso kann bei der bloßen Zuweisung eines Gebiets zur Bearbeitung durch den Handelsvertreter noch keine Bestellung zum Gebietsvertreter iSd § 8 HVG⁶⁵³ angenommen werden. Dies muss ausdrücklich vereinbart werden.⁶⁵⁴

Auch wenn für *Martinek*⁶⁵⁵ ein „mehr oder weniger abgesicherter Gebietsschutz [...] praktisch zu den Funktionsbedingungen des Subordinations-Franchising“ gehört, ist es für die entsprechende Anwendung von § 89b dHGB auf Vertragshändler oder Franchisenehmer grds nicht erforderlich, dass ein Gebietsschutz oder Alleinvertriebsrecht vereinbart wurde. Beide können nämlich auch nicht als unabdingbare Voraussetzungen für den Handelsvertreterstatus angesehen werden.⁶⁵⁶

⁶⁴⁹ *Grohmann, Franchising*² (1999), 93.

⁶⁵⁰ RIS-Justiz RS 0121281.

⁶⁵¹ RIS-Justiz RS 0121281; OGH 16.09.1975, 3 Ob 134/75; *Liebscher/Petsche, Franchising in Österreich*² (2002), 122.

⁶⁵² Vgl zB *Liebscher/Heinrich/Petsche, Vertriebsverträge*² (2001), 69 f; *Grohmann, Franchising*² (1999), 93 f; *Reidlinger/Hartung, Das österreichische Kartellrecht*² (2008), 89.

⁶⁵³ Jetzt § 8 Abs 4 HVertrG.

⁶⁵⁴ RIS-Justiz RS 0063252.

⁶⁵⁵ *Martinek, Moderne Vertragstypen II* (1992), 172; vgl auch *Skaupy, Das „Franchising“ als zeitgerechte Vertriebskonzepetion*, DB 1982, 2447 (2448), wonach die Einräumung einer Exklusivität „nach deutscher Auffassung nicht unbedingt zum Wesen des Franchising“ gehöre, da sich einerseits kartellrechtliche Bedenken ergäben, andererseits die Exklusivität von den Parteien oft nicht gewünscht wird, um etwa den Wettbewerb zu fördern.

⁶⁵⁶ *Küstner in Küstner/Thume, Außendienstrecht II*⁸ (2008), Rz 78 zu Kapitel II; *Westphalen, Die analoge Anwendbarkeit von § 89b HGB auf Vertragshändler*, DB 1984, Beilage Nr 24/84 zu Heft Nr 47, 1 (2) mwN BGH 25.03.1982, I ZR 146/80, NJW 1982, 2819 (2820); BGH 14.04.1983, I ZR 20/81, NJW 1983, 2877 (2878); *Nocker, Der Ausgleichsanspruch des Kfz-Vertragshändlers* (2003), 44 f mwN zur dtRsp.

Trotzdem kommen diese als Indiz für eine dem Handelsvertreter ähnliche Einbindung in die Absatzorganisation in Frage.⁶⁵⁷ Die Eingliederung wird noch enger und dementsprechend überwiegen die handelsvertretertypischen Geschäftsbesorgungselemente.⁶⁵⁸

Überlegenswert wäre wohl auch, ob sich eine Art Gebietsschutz nicht schon aus der allgemein Betriebsförderungspflicht des Franchisegebers gegenüber dem Franchisenehmer ableiten lässt.⁶⁵⁹

F. Zwischenfazit

Nach stRsp sowohl in Deutschland als auch Österreich wird der Ausgleichsanspruch dann analog auf Vertragshändler angewendet, wenn eine dem Handelsvertreter *ähnliche*⁶⁶⁰ Einbindung in die Absatzorganisation vorliegt. Während es in Deutschland bis dato keine höchstgerichtliche Rsp zum Ausgleichsanspruch eines Franchisenehmers gibt, befürwortete der OGH die Analogie auf Franchisenehmer mit den gleichen Argumenten, wie sie auch für den Vertragshändler benutzt werden.

Im Laufe der Zeit entwickelte sich ein Katalog an Indizien, welche für eine handelsvertreterähnliche und damit ausgleichsrelevante Einbindung in die Absatzorganisation sprechen.

Eine feste Wertung, welche oder wieviele Indizien jeweils vorliegen müssen, gibt es nicht. Nach der Rsp muss die Einbindung in jedem Einzelfall innerhalb eines „beweglichen Systems“ und in einer Gesamtbetrachtungsweise beleuchtet werden. Das Fehlen einzelner Elemente schadet nicht, solange die Elemente des Handelsvertretervertrags überwiegen.⁶⁶¹

⁶⁵⁷ So auch die dtRsp für die analoge Anwendung von § 89b dHGB: BGH 25.03.1982, I ZR 146/80, NJW 1982, 2819.

⁶⁵⁸ Thume in Küstner/Thume, Außendienstrecht III³, 189 Rz 47, 174 Rz 13; vgl auch BGH 14.04.1983, I ZR 20/81, NJW 1983, 2877 (2878), welcher die Übertragung des Alleinvertriebs für ein bestimmtes Gebiet ausdrücklich als bloßes Indiz bezeichnete.

⁶⁵⁹ Vgl zB OGH 18.06.1991, 4 Ob 42/91: „Für das „Subordinationsfranchising“ ist eine Betriebsförderungspflicht des Franchisegebers nach Maßgabe des Marketingkonzepts und des vertraglichen Franchisepaketes und eine Treuepflicht im Sinne einer gebührenden Rücksichtnahme auf die billigen Interessen des Absatzmittlers charakteristisch; insbesondere hat der Franchisegeber seinen Vertragspartner bei seiner Absatzförderungstätigkeit zu unterstützen und alles zu unterlassen, was diese Tätigkeit und ihren Erfolg stören könnte“.

⁶⁶⁰ Nicht verlangt wird die völlige Gleichstellung, vgl OGH 05.05.2009, 1 Ob 10/09s.

⁶⁶¹ Vgl etwa OGH 05.05.2009, 1 Ob 10/09s; RIS-Justiz RS 0112590.

Innerhalb des Indizienkatalogs ist evtl das Vorliegen eines Wettbewerbsverbots hervorzuheben. Sollte dieses nicht nur nicht vereinbart worden sein, sondern der Franchisenehmer auch tatsächlich (und überwiegend) Fremdprodukte führen, welche auch nicht der Sphäre des Franchisegebers zurechenbar sind, muss mE eine ausgleichsrelevante Einbindung in die Absatzorganisation verneint werden.

Eine ausgeprägte Bindung an die Weisungen des Franchisegebers kann uU zu einer Arbeitnehmerähnlichkeit führen, diese ist aber einem Ausgleichsanspruch weder förderlich noch schädlich.⁶⁶² Eine konkrete Schutzbedürftigkeit ist ebenfalls keine Voraussetzung für die Analogie.⁶⁶³ In Deutschland weiterhin ein Thema ist die (vertragliche) Verpflichtung zur Überbindung des Kundenstamms. In Österreich ist diese Debatte von geringer Relevanz, da der OGH eine bloß faktische Überlassung für ausreichend hält.⁶⁶⁴

G. Grundsätzliches zur Höhe

Die grundsätzliche (zweistufige) Berechnungsmethode stellt auch bei der Ermittlung der Höhe des Ausgleichsanspruchs des Franchisenehmers oder Vertragshändlers die Basis dar. Demnach muss ebenso wie beim Handelsvertreter ein Rohausgleich ermittelt werden, welcher wird in weiterer Folge der Obergrenze gegenübergestellt wird. Diese kommt erst dann zum Tragen, sollte der Rohausgleich darüber liegen.⁶⁶⁵

Hauptproblem in der Praxis sind allerdings die unterschiedlichen Vergütungssysteme von Handelsvertretern auf der einen und Franchisenehmern und Vertragshändlern auf der anderen Seite. Selbst innerhalb einer Branche kommen oft erhebliche Unterschiede bzgl der Höhe der Provisionen vor.⁶⁶⁶

Schon mit dem Urteil vom 11.12.1958⁶⁶⁷ stellt der BGH für Vertragshändler fest, aufgrund der angesprochenen Unterschiede dürfe nur der mit der Provision des Handelsvertreters vergleichbare „Rabattkern“ bei der Berechnung des Ausgleichsanspruchs berücksichtigt werden. Demnach müssen die für einen

⁶⁶² Vgl dazu oben Seite 114.

⁶⁶³ Vgl dazu oben Seite 98.

⁶⁶⁴ Vgl dazu oben Seite 100.

⁶⁶⁵ Vgl dazu oben Seite 80.

⁶⁶⁶ Thume in Küstner/Thume, Außendienstrecht III³, 288 Rz 26.

⁶⁶⁷ BGH 11.12.1958, II ZR 73/57, NJW 1959, 144; vgl auch Thume in Küstner/Thume, Außendienstrecht III³, 288 Rz 24 ff mwN.

Handelsvertreter untypischen Vergütungsbestandteile des Vertragshändlers und Franchisenehmers von der gewährten Handelsspanne inkl „allfälliger auf die Vermittlungstätigkeit zurückzuführender Sondervergütungen“ abgezogen werden,⁶⁶⁸ damit der jeweilige Vertriebsmittler „auf das Niveau des Handelsvertreters zurückgeführt“ wird.⁶⁶⁹

Es kann – *Thume*⁶⁷⁰ folgend – zwischen zwei Rückführungsschritten unterschieden werden, wobei im ersten Schritt jene Vergütungen abgezogen werden sollen, welche der Vertragshändler oder Franchisenehmer für die Tragung diverser Risiken⁶⁷¹ erhält. Im zweiten Schritt sind vor allem Vergütungen für „verwaltende Tätigkeiten“⁶⁷² abzuziehen.

Besonderheiten können sich weiters bei der Berechnung des Ausgleichsanspruchs im Kfz-Vertragshandel⁶⁷³ und bei Tankstellenshops⁶⁷⁴ ergeben. Im Rahmen der Billigkeitserwägungen wird regelmäßig ein Abzug aufgrund der „Sogwirkung der Marke“ vorgenommen.⁶⁷⁵

⁶⁶⁸ RIS-Justiz RS 0116277; OGH 23.10.2000, 8 Ob 74/00s; OGH 09.04.2002, 4 Ob 54/02y.

⁶⁶⁹ *Thume* in *Küstner/Thume*, Außendienstrecht III³, 288 Rz 24 f mwN BGH 11.12.1958, II ZR 73/57, NJW 1959, 144.

⁶⁷⁰ Ausführlich *Thume* in *Küstner/Thume*, Außendienstrecht III³, 294 Rz 40 ff mwN.

⁶⁷¹ ZB das Absatz-, Lager-, Preisschwankungs- oder Kreditrisiko.

⁶⁷² Ob etwas als „verwaltende“ oder „werbende“ Tätigkeit qualifiziert wird, hängt oft vom Einzelfall ab; vgl dazu zB *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 669 mwN OGH 28.03.2002, 8 ObA 299/01f; OGH 28.03.2002, 8 ObA 290/01g, wonach zB das Unterhalten der Treibstofftanks bei einem stationären Tankstellenbetreiber zur „werbenden“ Tätigkeit gezählt wurde, weil ohne Tanklager die Tankstelle keinen Treibstoff verkaufen könne.

⁶⁷³ Vgl zB *Nocker*, Der Ausgleichsanspruch des Kfz-Vertragshändlers (2003), 189 ff; *ders*, Die „Provisionsverluste“ des (Kfz-)Vertragshändlers nach § 24 HVertrG, *ecolex* 2003, 828 ff; *ders*, Ausgleichsanspruch des Kfz-Vertragshändlers, *ÖJZ* 2003, 701 ff; *Wollmann*, Zur Bemessungsgrundlage für den Ausgleichsanspruch des Kfz-Vertragshändlers, *ecolex* 2004, 596 ff; *Thume* in *Küstner/Thume*, Außendienstrecht III³, 302 Rz 59 ff.

⁶⁷⁴ Vgl zB *Ebner*, Die Berechnung des Ausgleichsanspruchs der Tankstellenpächter, *RdW* 2008, 385 (389 f); *Nocker*, HVertrG, § 24 Rz 182 f; vgl auch OGH 30.08.2006, 7 Ob 122/06a.

⁶⁷⁵ Vgl zur Relevanz der Sogwirkung der Marke ausführlich oben Seite 75.

VI. Der Ausgleichsanspruch in ausgewählten europäischen Ländern

A. Einführung

Wie in den vorigen Kapiteln bereits ausgeführt, ist die analoge Anwendung des handelsvertreterrechtlichen Ausgleichsanspruchs auf Franchisenehmer in Österreich und Deutschland nicht nur ein Thema, sondern wird von den jeweiligen Gerichten auch tatsächlich judiziert.⁶⁷⁶ In diesem Kapitel soll der Blick über den deutschsprachigen Tellerrand der EU gerichtet und sowohl die Praxis der Gerichte als auch die jeweilige nationale Literatur in der Schweiz, Spanien und Frankreich in Hinblick auf das eingangs erwähnte Phänomen untersucht werden. Die im Folgenden behandelten Rechtsordnungen basieren auf drei unterschiedlichen Voraussetzungen. Als Nicht-EU-Mitgliedstaat unterliegt die Schweiz grds nicht den Vorgaben des eur Gesetzgebers und damit nicht der HV-RL. Trotzdem findet sich in Art 418u OR ein dem österr oder dt Ausgleichsanspruch nicht nur vergleichbarer, sondern äußerst ähnlicher „Kundschaftsentschädigungsanspruch“. Spanien hat die Vorgaben der HV-RL entsprechend Art 17 Abs 2 HV-RL und somit nach dem Vorbild der dt Regelung des § 89b dHGB umgesetzt. Dies stellt jedoch insofern eine Revolution des span Vertriebsrechts dar, als es bis zur Umsetzung der HV-RL durch das span Handelsvertretergesetz, „Ley del Contrato de Agencia“ (LCA), keine normierte rechtliche Grundlage für Handelsvertreter in Spanien gab.⁶⁷⁷ Frankreich wiederum hat als einziger Mitgliedstaat der EU Art 17 Abs 3 HV-RL ohne Optionsmöglichkeit in sein nationales Recht aufgenommen.⁶⁷⁸ Die Entscheidung Frankreichs stellte natürlich keine Überraschung dar. Immerhin wurde diese Variante eines schadenersatzrechtlichen Kundschaftsentschädigungsanspruchs gerade auf Drängen Frankreichs in die HV-RL aufgenommen.⁶⁷⁹ Die franz Regelungen über den Agent Commercial (Handelsvertreter) weisen einige markante Unterschiede im Vergleich zur Rechtslage in Österreich und Deutschland auf. Dies wirkt sich auch auf die Handhabung der analogen Anwendung auf Franchisenehmer oder Vertragshändler aus. So finden sich in der franz Lit und Rsp unterschiedliche Ergebnisse sowie unterschiedliche Argumentationsansätze.⁶⁸⁰

⁶⁷⁶ Vgl dazu oben Seite 98.

⁶⁷⁷ Vgl dazu unten Seite 149.

⁶⁷⁸ Vgl dazu oben Seite 16.

⁶⁷⁹ Vgl dazu oben Seite 16.

⁶⁸⁰ Vgl dazu unten Seite 162.

Allgemein unterscheiden sich die drei Rechtsordnungen voneinander nicht nur in den normativen Voraussetzungen, sondern auch in der Handhabung der Frage eines Ausgleichsanspruchs eines Franchisenehmers.

B. Schweiz

Art 418u OR normiert einen Anspruch des schweizerischen Agenten (Handelsvertreter) auf „Entschädigung für die Kundschaft“. Als Vorlage fungierte der (alte) österr Ausgleichsanspruch des § 25 HVG. Die schweizerische Regelung wiederum diene im Wesentlichen als „Muster“ für die Schaffung des § 89b dHGB.⁶⁸¹ Insofern sind sich die Regelungen und der Gedanke dahinter grds ähnlich. Sowohl die österr als auch schweizerischen Gerichte verweisen immer wieder auf die dt Rsp.⁶⁸² Die vorhandenen Unterschiede haben jedenfalls keinen Einfluss auf die prinzipielle Frage der Analogiefähigkeit des Ausgleichsanspruchs⁶⁸³ und bestehen letztendlich vor allem in der Höhe des Anspruchs. So werden vom BGH „nicht selten erkleckliche Summen zugebilligt“, während die Spruchpraxis des Schweizerischen Bundesgerichts im Ergebnis durch eine ausgesprochene Zurückhaltung gekennzeichnet ist.⁶⁸⁴

1. Der Kundschaftsentschädigungsanspruch gemäß Art 418u OR

a) Rechtsnatur

Wie auch im österr Recht ist primärer Zweck des schweizerischen Kundschafts-Entschädigungsanspruchs dem Agenten jenen Wert des dem Unternehmer verbleibenden Kundenstamms abzugelten, von dem dieser auch noch nach Vertragsauflösung weiterhin profitiert.⁶⁸⁵ Die Schaffung der einzelnen Kunden muss –

⁶⁸¹ Vgl dazu ausführlich *Koller in Saenger/Schulze*, Ausgleichsanspruch (2000), 111 ff; *Bühler*, Zürcher Kommentar zum OR (2004), Art 418u Rz 13; *Stein-Wigger*, Beendigung des Franchisevertrags (1999), 324; *Baudenbacher*, Zum Kundschaftsentschädigungsanspruch des Agenten, JZ 1989, 919 (920) mwN.

⁶⁸² Vgl dazu auch *Baudenbacher*, Zum Kundschaftsentschädigungsanspruch des Agenten, JZ 1989, 919 (925), für welchen der rechtsvergleichenden Tätigkeit der schweizer Gerichte lediglich „Schmuckfunktion“ zukommt, finde man doch vergleichende Hinweise zum dt Recht nur dann, „wenn sie zur Untermauerung des erwünschten Resultats nützlich sind“.

⁶⁸³ *Stein-Wigger*, Beendigung des Franchisevertrags (1999), 324.

⁶⁸⁴ *Baudenbacher*, Zum Kundschaftsentschädigungsanspruch des Agenten, JZ 1989, 919 (920) mwN.

⁶⁸⁵ *Benedick/Bottini*, Die Kundschaftsentschädigung beim Alleinvertriebsvertrag, Jusletter vom 03.11.2008 (jusletter.weblaw.ch), Rz 6; *Wille in Martinek/Semler*, Handbuch des Vertriebsrechts (1996), § 51 Rz 28

wie auch in Deutschland oder Österreich - auf die werbende Tätigkeit des Agenten zurückzuführen sein.⁶⁸⁶ Das Schweizerische Bundesgericht hat ausdrücklich die Meinung vertreten, „es gehe nicht darum, den Agenten zu entschädigen, d.h. für erlittene Nachteile schadlos zu halten, sondern ihm eine Gegenleistung zu erbringen für den Vorteil, den der Auftraggeber auch nach Beendigung des Agenturverhältnisses zieht, weil sein Kundenkreis durch die Tätigkeit des Agenten erweitert worden ist.“⁶⁸⁷ Somit ist es nach schweizerischem Recht unerheblich, ob der Agent durch die Vertragsbeendigung einen Provisionsverlust erleidet.⁶⁸⁸ Dies ist nur konsequent, da eventuelle Provisionsverluste des Agenten – im Gegensatz zur österr Regelung bzw zur HV-RL - in Art 418u OR nicht erwähnt sind.⁶⁸⁹

b) Formelle Voraussetzungen

Der schweizerische Kundschaftsentschädigungsanspruch des Art 418u OR ist bzgl der formellen Anspruchsvoraussetzung der Kündigung sehr kurz gefasst. So wird In Art 418u Abs 3 OR lediglich normiert, dass ein Anspruch des Agenten dann nicht in Frage kommt, „wenn das Agenturverhältnis aus einem Grund aufgelöst worden ist, den der Agent zu vertreten hat.“ Allerdings soll dieser Absatz nach der Rsp des Schweizerischen Bundesgerichts nur restriktiv angewendet werden.⁶⁹⁰ Die textlich „schlanke“ Regelung ist insofern unproblematisch, als sie prinzipiell der dt Rechtslage in diesem Punkt entspricht. So liegt ein „Vertretenmüssen“ iSd Art 418u Abs 3 OR nicht nur bei Verschulden des Agenten vor, sondern auch wenn der Agent den Vertrag ohne begründete Veranlassung kündigt oder dem Unternehmer einen begründeten Anlass zur Vertragsauflösung gibt.⁶⁹¹

mwN BGE 29.05.1984, 110 II 280 (281); BGE 29.11.1977, 103 II 277 (280); BGE 25.11.1958, 84 II 529 (532).

⁶⁸⁶ Bühler, Zürcher Kommentar zum OR (2004), Art 418u Rz 12; vgl auch C. A. Meyer, Der Alleinvertrieb² (1992), 367, wonach das kaufvertragliche Element innerhalb des Alleinvertriebsvertrags dem Element der Absatzmittlung grds nicht einmal ebenbürtig ist. Selbst bei fixen Liefer- und Abnahmekontingenzen, müssen die Produkte auch noch verkauft werden. Gerade diese Absatzförderung sei die spezielle Leistung.
⁶⁸⁷ BGE 25.11.1958, 84 II 529 (531) Erw 2; vgl dazu auch Paetzold, Ausgleichsanspruch des Vertragshändlers nach deutschem und schweizerischem Recht² (2006), 5 f; aA Habscheid, Das Ausgleichsrecht des Handelsvertreters, in FS Schmidt-Rimpler (1957), 335 (347 f), mit Bezug auf die Botschaft des Bundesrats betreffend dem Entwurf des Agenturgesetzes.

⁶⁸⁸ Umbricht/Grether in Westphalen, Handbuch des Handelsvertreterrechts (1995), Schweiz, 1083 Rz 242.

⁶⁸⁹ Vgl auch Thouvenin, Das Agenturvertragsrecht in der Schweiz, IHR 2007, 191 (197).

⁶⁹⁰ Koller in Saenger/Schulze, Ausgleichsanspruch (2000), 121 mwN BGE 29.05.1984, 110 II 280 (282).

⁶⁹¹ Baudenbacher, Zum Kundschaftsentschädigungsanspruch des Agenten, JZ 1989, 919 (920).

Ähnlich der österr und dt Rechtslage soll der Anspruch auf Kundschaftsentschädigung grds erhalten bleiben, wenn der Agent alters- oder krankheitsbedingt kündigt, sofern ihm in letzterem Fall die Fortsetzung seiner Tätigkeit unmöglich oder unzumutbar ist.⁶⁹² Die Beendigung eines befristeten Agenturverhältnisses durch Zeitablauf ist von keiner Seite zu vertreten und löst dementsprechend einen Entschädigungsanspruch aus.⁶⁹³ Im Gegensatz zur dt und österr Regelung⁶⁹⁴ gibt es im schweizerischen Recht grds keine Frist zur Geltendmachung des Kundschaftsentschädigungsanspruchs.⁶⁹⁵

c) Materielle Voraussetzungen

Sind die sonstigen Voraussetzungen erfüllt, hat der Agent gem Art 418u Abs 1 OR einen Anspruch auf Entschädigung der Kundschaft, wenn er durch seine Tätigkeit den Kundenkreis des Auftraggebers wesentlich erweitert hat, und diesem oder dessen Rechtsnachfolger aus der Geschäftsverbindung mit der geworbenen Kundschaft auch nach Auflösung des Agenturverhältnisses erhebliche Vorteile erwachsen. Weiters darf der (unabdingbare) Anspruch nicht unbillig sein.

aa. Kundenwerbung

Es ist sowohl in Lehre als auch Rsp unstrittig, dass die tatbestandsmäßige Erweiterung grds einen Zuwachs bei der Kundschaft voraussetzt. Inwieweit die Erweiterung „wesentlich“ ist, soll anhand eines Vergleichs „mit der durchschnittlichen Produktion eines unter ähnlichen Bedingungen tätigen Agenten ermittelt werden“. Nach überwiegender Auffassung in Lehre und Rsp ist der „wirtschaftliche Wert des Zuwachses“ entscheidend. Es kann deshalb auch die wesentliche Erweiterung

⁶⁹² Paetzold, Ausgleichsanspruch des Vertragshändlers nach deutschem und schweizerischem Recht² (2006), 24.

⁶⁹³ Umbricht/Grether in Westphalen, Handbuch des Handelsvertreterrechts (1995), Schweiz, 1083 Rz 244; Habscheid, Das Ausgleichsrecht des Handelsvertreters, in FS Schmidt-Rimpler (1957), 335 (348).

⁶⁹⁴ § 89b Abs 4 dHGB: „Er ist innerhalb eines Jahres nach Beendigung des Vertragsverhältnisses geltend zu machen“; § 24 Abs 5 HVertrG: „Der Handelsvertreter verliert den Ausgleichsanspruch, wenn er dem Unternehmer nicht innerhalb eines Jahres nach Beendigung des Vertragsverhältnisses mitgeteilt hat, daß er seine Rechte geltend macht“.

⁶⁹⁵ Paetzold, Ausgleichsanspruch des Vertragshändlers nach deutschem und schweizerischem Recht² (2006), 21.

bestehender Geschäftsverbindungen relevant sein. Insoweit besteht also sachliche Übereinstimmung mit der dt Rechtslage.⁶⁹⁶

Eine mehr oder weniger exakte (prozentuelle) Grenze, ab wann eine „wesentliche“ Erweiterung vorliegt, ist – soweit ersichtlich – nicht vorhanden.

Nach der Rsp sind unter dem „Kundenkreis“ iSd Art 418u Abs 1 OR nicht nur Käuferadressen zu verstehen, sondern ein tatsächlicher Kundenstock, auf den der Unternehmer weiter greifen kann, ohne dass es hierzu wesentlicher Anstrengungen bedarf.⁶⁹⁷ Die Anzahl der Kunden alleine ist nicht ausschlaggebend. Vielmehr kommt es auf den wirtschaftlichen Wert der abgeschlossenen Verträge an.⁶⁹⁸

bb. Mitursächlichkeit

Schon aufgrund des Wortlauts des Gesetzes (arg „durch seine Tätigkeit“) ist klar, dass die werbende Tätigkeit des Agenten kausal für die Erweiterung des Kundenkreises gewesen sein muss. Die dt Rsp und Lehre gehen meist davon aus, Umsatzsteigerungen seien auf die Arbeit des Handelsvertreters zurückzuführen und der Werbeaufwand des Unternehmers unterstütze zwar regelmäßig die Geschäftstätigkeit des Handelsvertreters, dies sei aber im Rahmen der Provisionsvereinbarung üblicherweise bereits berücksichtigt.⁶⁹⁹

Nach der schweizerischen Rsp sei entscheidend, „in welchem Ausmass die Erweiterung mit der Tätigkeit des Agenten ursächlich zusammenhängt und inwieweit sie anderen Umständen, z.B. den Bemühungen des Auftraggebers oder der Entwicklung der Wirtschaftslage zuzuschreiben ist“.⁷⁰⁰ Maßgeblich ist in diesem Zusammenhang nicht die Ausweitung der Kundenzahl, sondern der Umsatzzuwachs.⁷⁰¹

Sowohl in Deutschland als auch in Österreich ist die bloße „Mitursächlichkeit“ der Vertretertätigkeit für das Entstehen der Unternehmervorteile ausreichend.⁷⁰² Etwaige

⁶⁹⁶ Baudenbacher, Zum Kundschaftsentschädigungsanspruch des Agenten, JZ 1989, 919 (920 f) mwN.

⁶⁹⁷ Bühler, Zürcher Kommentar zum OR (2004), Art 418u Rz 24.

⁶⁹⁸ Bühler, Zürcher Kommentar zum OR (2004), Art 418u Rz 29 mwN.

⁶⁹⁹ Baudenbacher, Zum Kundschaftsentschädigungsanspruch des Agenten, JZ 1989, 919 (921) mwN BGH 15.12.1978, I ZR 59/77, NJW 1979, 651; so auch BGH 03.06.1971, VII ZR 23/70, NJW 1971, 1611.

⁷⁰⁰ BGE 25.11.1958, 84 II 529 (531) Erw 2.

⁷⁰¹ Koller in Saenger/Schulze, Ausgleichsanspruch (2000), 122 mwN.

⁷⁰² Vgl zur Lit in Deutschland: Von Hoyningen-Huene in MünchKommHGB³ (2010), § 89b Rz 61 mwN zur dt Rsp; ebenso Westphal, Vertriebsrecht I (1998), Rz 933; ausführlich Emde in Staub, HGB II⁵, § 89b Rz 64 ff

zu berücksichtigende Umstände⁷⁰³ werden – richtigerweise - erst im Rahmen der Billigkeit behandelt.

Anders ist die Gewichtung offensichtlich nach der schweizerischen Rsp und Teilen der Lehre, wo derartige Umstände bereits bei der Ermittlung der Unternehmervorteile mitbehandelt werden. Ist die Erweiterung des Kundenkreises ausschließlich oder vornehmlich durch diese bedingt, kann es uU auch zum Entfall des Entschädigungsanspruchs kommen: So zB bei verstärkter Absatzbemühung des Unternehmers oder allgemeiner konjunktureller Entwicklung.⁷⁰⁴ Haben diese Faktoren in einem geringeren Maße zum Ausbau des Kundenstocks beigetragen, sind sie bei der Bemessung der Entschädigung gegebenenfalls zu berücksichtigen.⁷⁰⁵ Der Agent hat grds zu beweisen, dass zwischen seiner Tätigkeit und der Ausweitung des Kundenkreises ein ursächlicher Zusammenhang besteht.⁷⁰⁶

cc. Unternehmervorteile

Der Agent kann grds nur dann in den Genuss des Entschädigungsanspruchs kommen, wenn die geworbenen Kunden mit dem Unternehmer weiterhin in Geschäftsverbindung bleiben und es somit immer wieder zu Neubestellungen kommt. Voraussetzung für derartige Neubestellungen ist natürlich ein Handel mit Waren oder Dienstleistungen, welche innerhalb eines vernünftigen Zeitraums auch nachgefragt werden.⁷⁰⁷ So ist zB nach hM ein Entschädigungsanspruch bei Lebensversicherungen ausgeschlossen.⁷⁰⁸ Ebenso wurde eine entschädigungsrelevante Kundentreue bei Maschinen mit einer

mwN; *Hopt*, Handelsvertreterrecht⁴ (2009), § 89b Rz 14; vgl zur dt Rsp zB BGH 25.10.1984, I ZR 104/82, NJW 1985, 859; BGH 25.03.1982, I ZR 146/80 (Kfz-Vertragshändler), NJW 1982, 2819; BGH 14.04.1983, I ZR 20/81 (Kfz-Vertragshändler), NJW 1983, 2877; vgl zur Rsp in Österreich vor allem: RIS-Justiz RS 0109607.

⁷⁰³ So zB die Sogwirkung der Marke, eine besonders ausgeprägte Werbetätigkeit des Unternehmers, ungewöhnliche Konjunkturlagen etc.

⁷⁰⁴ *Umbricht/Grether* in *Westphalen*, Handbuch des Handelsvertreterrechts (1995), Schweiz, 1085 Rz 253; vgl auch zB *Baudenbacher*, Zum Kundschaftsentschädigungsanspruch des Agenten, JZ 1989, 919 (920 f) mwN.

⁷⁰⁵ *Umbricht/Grether* in *Westphalen*, Handbuch des Handelsvertreterrechts (1995), Schweiz, 1085 Rz 254.

⁷⁰⁶ *Koller* in *Saenger/Schulze*, Ausgleichsanspruch (2000), 122 mwN.

⁷⁰⁷ *Bühler*, Zürcher Kommentar zum OR (2004), Art 418u Rz 24; vgl auch *Umbricht/Grether* in *Westphalen*, Handbuch des Handelsvertreterrechts (1995), Schweiz, 1087 Rz 262 mwN BGE 29.11.1977, 103 II 277 (282) Erw 3a.

⁷⁰⁸ *Baudenbacher*, Zum Kundschaftsentschädigungsanspruch des Agenten, JZ 1989, 919 (921) mwN zur Rsp und Lit; ebenso *Bühler*, Zürcher Kommentar zum OR (2004), Art 418u Rz 33 mwN.

Lebensdauer von 20 bis 40 Jahren verneint, da kein wiederkehrender Bedarf vorliege.⁷⁰⁹ Bejaht wurde die Kundentreue verschiedentlich im Bereich von Textilwaren.⁷¹⁰

Jene Vorteile, welche dem Unternehmer während dem aufrechten Vertragsverhältnis zufließen, haben außer Betracht zu bleiben, da der Agent dafür ja Provisionen bekommt. Ein Vorteil iSd Art 418u Abs 1 OR wird auch verneint, wenn der Agent den Kundenstamm im Falle einer neuen Vertretung in der gleichen Branche beibehält, da er ihn selbst weiter nutzt.⁷¹¹

Dem Agenten obliegt der Beweis dafür, dass die Voraussetzungen seines Anspruchs erfüllt sind. Er hat nicht nur die Erweiterung des Kundenkreises, sondern auch den Vorteil darzutun, der sich daraus für den Auftraggeber ergibt⁷¹², wobei die Anforderungen an den Nachweis eines bleibenden Nutzens für den Auftraggeber nicht „überspannt“ werden dürfen.⁷¹³

Grds macht es für die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals der Vorteilsziehung keinen Unterschied, ob der Unternehmer den ihm verbleibenden Kundenstock weiterhin tatsächlich nutzt. Das Bundesgericht hat bzgl der Frage, wann ein Verzicht auf die Nutzung der Kundschaft gerechtfertigt ist, explizit auf die dt Rechtslage verwiesen und gemeint, es sei vielmehr entscheidend, ob der Unternehmer den Kundenstock weiterhin zu seinen Gunsten nützen könnte, wenn er das wollte.⁷¹⁴ Eine potentielle Nutzung reicht insofern aus. Nach der dt Rechtslage schuldet der Unternehmer in dem Ausmaß keine Zahlung, als er aus vernünftigen Gründen eine den Kundenstamm entwertende Betriebsänderung vornimmt.⁷¹⁵

dd. Billigkeit

Der Anspruch auf Kundschaftsentschädigung besteht gem Art 418u Abs 1 OR nur „soweit es nicht unbillig ist“. In Lehre und Rsp wird die Billigkeit mittlerweile als eigene

⁷⁰⁹ *Umbricht/Grether* in *Westphalen*, Handbuch des Handelsvertreterrechts (1995), Schweiz, 1087 Rz 263 mwN HG Zürich 21.06.1957, SJZ 53 (1957), 289 f.

⁷¹⁰ *Umbricht/Grether* in *Westphalen*, Handbuch des Handelsvertreterrechts (1995), Schweiz, 1087 Rz 263 mwN BGE 29.11.1977, 103 II 277 (282) Erw 3a; BGE 01.04.1958, 84 II 164 (166) Erw 4.

⁷¹¹ *Bühler*, Zürcher Kommentar zum OR (2004), Art 418u Rz 33 f mwN.

⁷¹² BGE 29.11.1977, 103 II 277 (280 f) Erw 2 mwN.

⁷¹³ BGE 29.11.1977, 103 II 277 (283 ff) Erw 4 mwN; vgl auch *Bühler*, Zürcher Kommentar zum OR (2004), Art 418u Rz 40 mwN BGE 25.11.1958, 84 II 529 (541); BGE 29.11.1977, 103 II 277 (285).

⁷¹⁴ BGE 29.11.1977, 103 II 277 (280 f) Erw 2; vgl auch *Baudenbacher*, Zum Kundschaftsentschädigungsanspruch des Agenten, JZ 1989, 919 (923); *Umbricht/Grether* in *Westphalen*, Handbuch des Handelsvertreterrechts (1995), Schweiz, 1088 Rz 265 mwN.

⁷¹⁵ *Baudenbacher*, Zum Kundschaftsentschädigungsanspruch des Agenten, JZ 1989, 919 (923).

Anspruchsvoraussetzung angesehen und nicht bloß als quantitatives Korrektiv.⁷¹⁶ Unbillig soll der Anspruch insbesondere dann sein, wenn der Agent während dem aufrechten Vertragsverhältnis bereits so hohe Provisionen erhielt, dass sich die erbrachten Leistungen der Parteien bei Vertragsauflösung im Gleichgewicht befinden.⁷¹⁷ Ein weiterer Grund, den Anspruch wegen Unbilligkeit zu versagen, ist zB eine weitgehend vom Unternehmer finanzierte Altersrente, deren Kapitalwert die verlangte Kundschaftsentschädigung übersteigt.⁷¹⁸ Die schweizerische Rsp hat den Anspruch nach Art 418u OR aus Billigkeitsgründen zB wegen einem für den Agenten günstigen Zeitpunkt der Vertragsbeendigung⁷¹⁹ und wegen fehlender Ursächlichkeit der Tätigkeit für die Erweiterung des Kundenstamms⁷²⁰ gekürzt.⁷²¹

Richtigerweise lehnt es *Baudenbacher*⁷²² ab, „subjektive Umstände“, wie etwa die wirtschaftliche Lage oder die sozialen Verhältnisse der Vertragspartner, mit zu berücksichtigen.

Aufgrund der Formulierung des Gesetzes (arg „soweit es unbillig ist“), hat primär der Unternehmer diejenigen Umstände darzulegen, welche den Anspruch auf Kundschaftsentschädigung unbillig erscheinen lassen.⁷²³

d) Grundsätzliches zur Höhe

Bei Vorliegen der Voraussetzungen hat der Agent Anspruch auf eine „angemessene“ Entschädigung. Diese beträgt gem Art 418u Abs 2 OR „höchstens einen Nettojahresverdienst aus diesem Vertragsverhältnis, berechnet nach dem Durchschnitt

⁷¹⁶ Koller in *Saenger/Schulze*, Ausgleichsanspruch (2000), 124 mwN BGE 09.10.1984, 110 II 476 (483 f) Erw 3e; *Baudenbacher*, Zum Kundschaftsentschädigungsanspruch des Agenten, JZ 1989, 919 (923); *Umbricht/Grether* in *Westphalen*, Handbuch des Handelsvertreterrechts (1995), Schweiz, 1089 Rz 268 mwN; zur aA von *Gautschi*, nach welchem die Billigkeitsklausel nur für das Anspruchsquantitativ anwendbar sei, vgl *Bühler*, Zürcher Kommentar zum OR (2004), Art 418u Rz 42 f.

⁷¹⁷ *Baudenbacher*, Zum Kundschaftsentschädigungsanspruch des Agenten, JZ 1989, 919 (923) mwN; *Umbricht/Grether* in *Westphalen*, Handbuch des Handelsvertreterrechts (1995), Schweiz, 1089 Rz 269 mwN.

⁷¹⁸ *Umbricht/Grether* in *Westphalen*, Handbuch des Handelsvertreterrechts (1995), Schweiz, 1089 Rz 269 mwN; vgl dazu auch *Baudenbacher*, Zum Kundschaftsentschädigungsanspruch des Agenten, JZ 1989, 919 (923).

⁷¹⁹ Vgl dazu *Baudenbacher*, Zum Kundschaftsentschädigungsanspruch des Agenten, JZ 1989, 919 (924).

⁷²⁰ Dies wird wohl am ehesten dem in Österreich und Deutschland oft angewendeten Minderungsgrund der „Sogwirkung der Marke“ entsprechen.

⁷²¹ *Bühler*, Zürcher Kommentar zum OR (2004), Art 418u Rz 49.

⁷²² *Baudenbacher*, Zum Kundschaftsentschädigungsanspruch des Agenten, JZ 1989, 919 (924, 926).

⁷²³ *Umbricht/Grether* in *Westphalen*, Handbuch des Handelsvertreterrechts (1995), Schweiz, 1090 Rz 271 mwN.

der letzten fünf Jahre oder, wenn das Verhältnis nicht so lange gedauert hat, nach demjenigen der ganzen Vertragsdauer“. Der Nettoverdienst ist nicht identisch mit dem Nettoeinkommen in der Steuererklärung.⁷²⁴ Es müssen sämtliche Vergütungen des Agenten berücksichtigt werden, so insb Vermittlungs- und Abschlussprovisionen, Provisionen für Nachbestellungen, Inkassoprovisionen, Entschädigungen für Lagerhaltung und Auslieferungen, nicht aber Delkredereprovisionen.⁷²⁵ Davon sind sämtliche mit der Ausübung der Tätigkeit verbundenen Unkosten des Agenten abzuziehen.⁷²⁶ So zB Kosten und Auslagen für Reisekosten, Auto- und Telefonspesen, sowie Kosten für Hilfspersonen, soweit sie mit der Tätigkeit des Agenten zusammenhängen.⁷²⁷

Durch die Beschränkung des Anspruchs auf den Nettojahresverdienst unterscheidet sich die schweizerische Regelung von der österr und dt Regelung insofern deutlich, als dort bis zu einer Bruttojahresvergütung zugesprochen werden kann.⁷²⁸ *Stein-Wigger*⁷²⁹ und *Baudenbacher*⁷³⁰ kritisieren, dass die schweizerische Rsp dem Tatbestandsmerkmal „höchstens einen Nettojahresverdienst“ die Funktion eines weiteren Herabsetzungsgrundes beimisst. Der Betrag dürfe – wie der Bruttojahresverdienst im dt Recht – erst dann als Höchstwert eine Rolle spielen, nachdem die zu zahlende Entschädigung an sich bereits berechnet ist. In dem - mE zu Recht - kritisierten Urteil des Bundesgerichtshofs, war einem Agenten der Entschädigungsanspruch nach Art 418u OR deshalb verwehrt worden, weil die Reisekosten des Agenten zumindest gleich hoch waren wie die Provisionen. Dies unabhängig davon, dass der Agent die Zahl der Kunden spürbar erhöht hatte und diese dem Unternehmer auch treu blieben.⁷³¹

Die Rsp führe nach *Baudenbacher*⁷³² dazu, dass der Agent die Gegenleistung für einen Vorteil verliert, den er – wie es für einen „Einführungsagenten“ häufig der Fall sein wird

⁷²⁴ *Bühler*, Zürcher Kommentar zum OR (2004), Art 418u Rz 55 mwN.

⁷²⁵ *Umbricht/Grether* in *Westphalen*, Handbuch des Handelsvertreterrechts (1995), Schweiz, 1090 Rz 272 mwN; *Bühler*, Zürcher Kommentar zum OR (2004), Art 418u Rz 55 mwN.

⁷²⁶ *Umbricht/Grether* in *Westphalen*, Handbuch des Handelsvertreterrechts (1995), Schweiz, 1090 Rz 272 mwN BGE 01.04.1958, 84 II 164 (166) Erw 5.

⁷²⁷ *Bühler*, Zürcher Kommentar zum OR (2004), Art 418u Rz 55 mwN; *Thouvenin* in *Saenger/Schulze*, Ausgleichsanspruch (2000), 134.

⁷²⁸ *Koller* in *Saenger/Schulze*, Ausgleichsanspruch (2000), 125 mwN.

⁷²⁹ *Stein-Wigger*, Beendigung des Franchisevertrags (1999), 335 f.

⁷³⁰ *Baudenbacher*, Zum Kundschaftsentschädigungsanspruch des Agenten, JZ 1989, 919 (924).

⁷³¹ *Baudenbacher*, Zum Kundschaftsentschädigungsanspruch des Agenten, JZ 1989, 919 (925) mit Bezug auf BGE 01.04.1958, 84 II 164.

⁷³² *Baudenbacher*, Zum Kundschaftsentschädigungsanspruch des Agenten, JZ 1989, 919 (926).

– mit außergewöhnlich hohem Aufwand geschaffen hat.⁷³³ Man gelange schon dadurch zum „richtigen“ Resultat, wenn in einem ersten Schritt die zu zahlende Vergütung berechnet und erst in einem zweiten die Obergrenze des Art 418u Abs 2 OR ins Spiel gebracht wird.

2. Schweizerische Definition von Franchising und Vertragshandel

Grds unterscheiden sich die Definitionen des Franchisenehmers und Vertragshändlers nicht von den österr und dt.

So schließt der Vertragshändler⁷³⁴ auch nach schweizerischem Recht seine Geschäfte im eigenen Namen und für eigene Rechnung ab und ist „im Gegensatz zum traditionellen Eigenhändler [...] nicht selten fest in ein Vertriebsnetz eingegliedert“.⁷³⁵ In der schweizerischen Lit werden überwiegend die Rechtsprobleme im Rahmen des „Alleinvertreter“-Vertrags behandelt. Dieser stellt einen Spezialfall des Vertragshändlervertrags dar und wird durch das Alleinvertriebsrecht des Händlers charakterisiert, welches mit einer Alleinbezugsverpflichtung gekoppelt sein kann. Es ist jedoch davon auszugehen, dass die auf diesen speziellen Absatzmittler entwickelten Überlegungen auch auf Vertragshändlerverträge ohne exklusive Gebietszuweisung Anwendung finden, soweit nicht das Typenmerkmal des Alleinvertriebsrechts im Einzelfall relevant ist.⁷³⁶

Ebenso wie der Vertragshändler ist auch der Franchisenehmer eigenständiger Unternehmer, welcher in das Vertriebssystem des Franchisegebers eingebunden ist, wobei das Maß der Eingliederung üblicherweise noch ausgeprägter ist als beim Vertragshändler.⁷³⁷ Nach Auffassung des schweizerischen Bundesgerichts dienen „Franchiseverträge [...] dem Vertrieb von Waren und Dienstleistungen über selbständige

⁷³³ Auch Koller in Saenger/Schulze, Ausgleichsanspruch (2000), 126, kritisiert diese Rsp und meint, insb bei einer kurzen Vertragsdauer könne dies zu einem „außerordentlich stoßenden Ergebnis“ führen.

⁷³⁴ In der Schweiz wird meist vom „Alleinvertreter“ gesprochen; vgl dazu zB B. Vogel, Der Franchise-Vertrag (2006), 32.

⁷³⁵ Baudenbacher, Anspruch auf Kundschaftsentschädigung bei gesetzlich nicht geregelten Absatzmittlungsverträgen?, in Festgabe Schluep (1988), 81 (82).

⁷³⁶ Wille in Martinek/Semler, Handbuch des Vertriebsrechts (1996), § 51 Rz 58.

⁷³⁷ Baudenbacher, Anspruch auf Kundschaftsentschädigung bei gesetzlich nicht geregelten Absatzmittlungsverträgen?, in Festgabe Schluep (1988), 81 (82), ua mit dem Argument, der Franchisenehmer „verstecke“ seine Firma – im Gegensatz zum Vertragshändler – gleichsam hinter dem Systemzeichen; ähnlich für Österreich: Jabornegg, HVG (1987), 70, welcher in Franchiseverträgen nur insofern besonders ausgestaltete Vertragshändlerverträge sieht, als „daß eine noch stärkere Einbindung in das System einer Gesamtmarke erfolgt“.

Händler oder Unternehmer, aber nach einer einheitlichen Vertriebskonzeption. Der einzelne Franchisenehmer vertreibt die vom Franchisegeber hergestellten bzw. organisierten Waren und Dienstleistungen zwar auf eigene Rechnung und auf eigenes Risiko, befolgt dabei aber das einheitliche Absatz- und Werbekonzept, das ihm der Franchisegeber zur Verfügung stellt, erhält dessen Beistand, Rat und Schulung und verwendet dessen Namen, Marken, Ausstattungen oder sonstige Schutzrechte. Der Franchisegeber behält sich in der Regel das Recht vor, Weisungen zu erteilen und eine Kontrolle über die Geschäftstätigkeit auszuüben.“⁷³⁸

Insgesamt ergibt sich nach schweizerischer Rechtslage und Auffassung kein relevant unterschiedliches Bild der einzelnen Vertriebsvertreter im Vergleich zu Österreich oder Deutschland.

3. Analoge Anwendung auf andere Vertriebsmittler

a) Entwicklung der Rechtsprechung

Das Kantonsgericht St. Gallen lehnte im Jahr 1954 die analoge Anwendung von Art 418u OR mit der Begründung ab, der Alleinvertreter handle – im Gegensatz zum Agent - als selbstständiger Kaufmann im eigenen Namen und für eigene Rechnung und erwerbe die Kundschaft infolge seiner Selbstständigkeit selbst. Diese fließe nicht dem Unternehmer zu. Außerdem hätte Art 418u OR „singulären Charakter“ und könne schon deshalb nicht analog angewendet werden.⁷³⁹

Auch das Bundesgericht meinte in seinem Urteil vom 15.05.1962⁷⁴⁰, Ausnahmen dürfen nicht ausdehnend interpretiert werden.⁷⁴¹ Die Kunden würden beim

⁷³⁸ BGE 118 II 157 (159 f); vgl zu den verschiedenen Definitions-Ansätzen in der Schweiz zB *Ebnetter*, Der Franchise-Vertrag (1997), 10 f mwN; *Wildhaber* in *Kull/Wildhaber*, Schweizer Vertriebsrecht (2008), 47 ff; vgl zu *Mc Donald's* in der Schweiz *B. Vogel*, Der Franchise-Vertrag (2006), 9 ff mwN.

⁷³⁹ *Baudenbacher*, Anspruch auf Kundschaftsentschädigung bei gesetzlich nicht geregelten Absatzmittlungsverträgen?, in *Festgabe Schluep* (1988), 81 (83); *Paetzold*, Ausgleichsanspruch des Vertragshändlers nach deutschem und schweizerischem Recht² (2006), 19; vgl auch die Ausführungen von *Schläpfer*, Zeitschrift der Handelskammer Deutschland-Schweiz (1959), 252, zitiert bei *Meyer-Marsilius*, Kein Ausgleichsanspruch für Eigenhändler nach schweizerischem Recht, AWD-BB 1962, 261 (262), welcher meint, es wäre verfehlt, aus dem Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen den Schluss zu ziehen, ein auf eigene Rechnung tätiger Vertreter könne in keinem Fall einen Anspruch auf Kundschaftsentschädigung durchsetzen.

⁷⁴⁰ BGE 15.05.1962, 88 II 169.

⁷⁴¹ Zustimmend *Meyer-Marsilius*, Kein Ausgleichsanspruch für Eigenhändler nach schweizerischem Recht, AWD-BB 1962, 261 (262).

Alleinvertriebsvertrag nicht Kunden des Auftraggebers, da der Vertreter nicht dazu verpflichtet sei, dem Unternehmer den wirtschaftlichen Wert des Kundenstocks zugute kommen zu lassen. Allerdings stellte das Bundesgericht klar, dass eine analoge Anwendung von Art 418u OR auf andere Absatzmittler durchaus denkbar sei. Derartige „Spezialfälle“ könnten dann vorliegen, wenn sich der Lieferant ein sehr weitgehendes Kontrollrecht vorbehält und den Vertreter verpflichtet, sich in seine Verkaufsorganisation zu integrieren, ihn zu unterrichten oder ihm bei Vertragsbeendigung seinen Kundenstamm zu überlassen. Insoweit verwies das Bundesgericht auf die (damalige) Rsp des BGH und lehnte konsequenterweise im konkreten Fall die analoge Anwendung ab, da die genannten Voraussetzungen nicht vorlagen.⁷⁴²

Im Jahr 1968 lehnte der Genfer Cour de Justice die analoge Anwendung von Art 418u OR auf einen Alleinvertriebsvertrag zwischen dem Automobilhersteller Chrysler International und seiner franz Alleinvertreterin („France Motors“) trotz Vorliegens eines „Spezialfalles“ iSd bundesgerichtlichen Rsp⁷⁴³ ab. Das Hauptargument war, eine Analogie komme nur ausnahmsweise aus Gründen offensichtlicher Billigkeit in Betracht.⁷⁴⁴ Diese seien in diesem Fall nicht ersichtlich, da die Alleinvertreterin kein wirtschaftlich schwaches Unternehmen sei, welches gezwungenermaßen irgendwelche Vertragsbedingungen akzeptieren müsse. Der vertragliche Ausschluss jeglicher Entschädigungsforderung nach der Kündigung sei in diesem Fall deshalb jedenfalls gültig.⁷⁴⁵

⁷⁴² Baudenbacher, Anspruch auf Kundschaftsentschädigung bei gesetzlich nicht geregelten Absatzmittlungsverträgen?, in Festgabe Schluep (1988), 81 (83); vgl auch Vetsch/Caspar, Die Kundschaftsentschädigung in Vertriebssystemen, SZW 2009, 79 (80 f); Paetzold, Ausgleichsanspruch des Vertragshändlers nach deutschem und schweizerischem Recht² (2006), 18 f; Stein-Wigger, Beendigung des Franchisevertrags (1999), 328 f, welcher die Argumentation des Bundesgerichts kritisiert; vgl auch Meyer-Marsilius, Kein Ausgleichsanspruch für Eigenhändler nach schweizerischem Recht, AWD-BB 1962, 261 (262), wonach das Kantonsgerichts des Kantons Wallis in Sion im konkret behandelten Fall im Ersturteil vom 14.12.1961 (unveröffentlicht) den Anspruch gem Art 418u OR analog noch bejahte.

⁷⁴³ Es bestand eine vertragliche Pflicht zur Abtretung des Kundenstamms.

⁷⁴⁴ Combe/Collart in Bogaert/Lohmann, Commercial Agency and Distribution Agreements³ (2000), 650.

⁷⁴⁵ Baudenbacher, Anspruch auf Kundschaftsentschädigung bei gesetzlich nicht geregelten Absatzmittlungsverträgen?, in Festgabe Schluep (1988), 81 (84), mit Verweis auf SemJud 1970, 33 (40 f): „L'application par analogie de cette disposition exceptionnelle ne peut être envisagée que dans des cas où il paraîtrait hautement inéquitable d'en faire abstraction. [...] Si elle [Anm: France Motors] a accepté de signer un contrat dont l'article 14 excluait pour les deux parties toute demande d'indemnité après résiliation, c'est certainement en connaissance de cause et en acceptant notamment l'obligation résultant de l'article 15 du contrat, obligation dont, au surplus, il n'a nullement été établi qu'elle soit inusuelle dans un contrat du type de celui qui est en cause.“; vgl auch Bühler, Zürcher Kommentar zum OR (2004), Art 418u Rz 67.

Im Urteil des Tribunale d'Appello des Kantons Tessin von 1977 wurde die Klage einer schweizerischen Alleinvertreterin gegen die italienische Weinproduzentin Antinori – im Ergebnis richtigerweise - abgelehnt. Die Lieferantin hatte den Vertrag nach über 20 Jahren Laufzeit gekündigt. Das Gericht hob vorweg die Außerordentlichkeit und Umstrittenheit von Art 418u OR hervor. Schlussendlich erfolgte die Klageabweisung jedoch, da keine vertragliche Pflicht zur Kundschaftsentschädigung bei Vertragsbeendigung bestand und – wesentlich wichtiger – die Alleinvertreterin tatsächlich völlig unabhängig operieren konnte. Der Lieferantin seien nicht einmal die Verkaufspreise bekannt gewesen.⁷⁴⁶ Das Gericht argumentierte auch, dass „selbst wenn ein Alleinvertriebsvertrag lange gedauert habe, seine vertragsmässige Beendigung keine Ansprüche des Abnehmers gegen den Lieferanten auf Entschädigung für die Kundschaft im Sinne von Art. 418uOR entstehen lasse, da keine analoge Anwendbarkeit dieser Norm ausserhalb des Rechts des Agenturvertrages bestehe“.⁷⁴⁷

b) Aktueller Stand der Rechtsprechung

In der neueren schweizerischen Rsp ist allgemein eine Tendenz zu beobachten, in allen Vertragsverhältnissen den Schutz der schwächeren Partei als rechtsgestaltendes Prinzip anzuerkennen.⁷⁴⁸ Passend dazu hat das Bundesgericht in seinem neuesten Urteil vom 22.05.2008⁷⁴⁹ den Anspruch einer tschechischen und slowakischen Gesellschaft auf Kundschaftsentschädigung bejaht. Diese hatten das alleinige Vertriebsrecht in den genannten Staaten für Produkte einer schweizerischen Parfumherstellerin und fungierten insofern als Alleinvertreter in eigenem Namen und für eigene Rechnung. Die Verträge unterstanden ausdrücklich Schweizer Recht und der schweizerischen Gerichtsbarkeit.⁷⁵⁰ Im konkreten Fall verglich das Bundesgericht die wirtschaftlich-tatsächlichen Interessenlagen der Parteien und kam aufgrund diverser Punkte der Vertragsgestaltung zu dem Schluss, es liege eine starke Integration in die

⁷⁴⁶ *Baudenbacher*, Anspruch auf Kundschaftsentschädigung bei gesetzlich nicht geregelten Absatzmittlungsverträgen?, in Festgabe Schlupe (1988), 81 (84) mwN; vgl auch *Paetzold*, Ausgleichsanspruch des Vertragshändlers nach deutschem und schweizerischem Recht² (2006), 19.

⁷⁴⁷ *Bühler*, Zürcher Kommentar zum OR (2004), Art 418u Rz 67 mwN.

⁷⁴⁸ *Wille in Martinek/Semler*, Handbuch des Vertriebsrechts (1996), § 51 Rz 98 mwN.

⁷⁴⁹ BGE 22.05.2008, 134 III 497.

⁷⁵⁰ Zum Sachverhalt vgl auch *Fountoulakis*, Zur Kundschaftsentschädigung bei Beendigung eines Alleinvertriebsvertrags (Vertragshändlervertrags), recht 2008, 221; *Vetsch/Caspar*, Die Kundschaftsentschädigung in Vertriebssystemen, SZW 2009, 79 (80 f).

Absatzorganisation vor.⁷⁵¹ Die analoge Anwendung sei weiters angebracht, da es einerseits eine vertragliche Verpflichtung zur Überbindung des Kundenstamms gab. Andererseits bestehe durch die Pflicht zur regelmäßigen Offenlegung der Kundendaten gegenüber dem Auftraggeber auch die faktische Möglichkeit des Übergangs des Kundenstamms nach Vertragsbeendigung. Weiters würden die Kunden der Lieferantin selbst bei einem Wechsel des vertreibenden Händlers in aller Regel insofern treu bleiben als jene nicht die Marke wechseln. Für die Einführung und den Aufbau der Parfummarke sei auch ein erheblicher Marketingaufwand angefallen.⁷⁵²

Ebenfalls erwähnt wird, dass der Lieferantin durch die Erweiterung des Kundenkreises um rund 200 Kunden ein erheblicher Vorteil erwachse. Die Bekanntheit der Marke sei außerdem im Rahmen der Billigkeit zu berücksichtigen. Zur genauen Berechnung der Höhe der Entschädigung verwies das Bundesgericht den Fall zurück an die Vorinstanz.

Zur Frage, ob auch einem Franchisenehmer ein Kundschaftsentschädigungsanspruch analog zu Art 418u OR zustehen kann, gibt es bis dato keine Jud.⁷⁵³

c) Meinungen in der Literatur

Wie zu erwarten, divergieren die Meinungen zu dem Thema der analogen Anwendung des Art 418u OR auf Alleinvertreter und Franchisenehmer in der Lit.

So wird einerseits – entsprechend den Argumenten in Deutschland und Österreich – vertreten, die Analogie sei vor allem dann gerechtfertigt, wenn die wirtschaftliche Lage des Alleinvertreters der des Agenten gleich ist. Dies sei bei einer festen Eingliederung in

⁷⁵¹ Als relevante Vertragspunkte wurden demnach angesehen: Mindestabnahmepflicht, Duldung von einseitigen Änderungen des Preises sowie der Lieferbedingungen seitens des Lieferanten, Duldung der Einstellung der Produktion oder des Vertriebs von Waren seitens des Lieferanten, Aufwendung einer bestimmten Werbesumme für Produkte des Lieferanten, Bereithaltung eines Mindestvorrats, monatliche Rechenschaftsablage betreffend Geschäftsverlauf, Weiterleitung von Verkaufslisten sowie Informationen über die Tätigkeit der Konkurrenz, Einsichtsrecht des Lieferanten in alle Bücher, nachvertragliches Konkurrenzverbot, Abgabe von Namen und Adressen der Kunden; vgl. *Vetsch/Caspar*, Die Kundschaftsentschädigung in Vertriebssystemen, SZW 2009, 79 (FN 8) mit Verweis auf BGE 22.05.2008, 134 III 497 (506 ff), Erw 4.4.2.

⁷⁵² *Vetsch/Caspar*, Die Kundschaftsentschädigung in Vertriebssystemen, SZW 2009, 79 (81).

⁷⁵³ *Wille in Martinek/Semler*, Handbuch des Vertriebsrechts (1996), § 51 Rz 97; vgl. auch *Baudenbacher*, Anspruch auf Kundschaftsentschädigung bei gesetzlich nicht geregelten Absatzmittlungsverträgen?, in Festgabe Schlupe (1988), 81 (86), welcher diesen Umstand vor allem darauf zurückführt, dass Franchiseverträge in der Schweiz „durchweg Schiedsklauseln enthalten“ würden.

das Vertriebssystem des Unternehmers der Fall. Daneben müsse noch das Tatbestandsmerkmal der Vorteilsziehung durch den Unternehmer vorliegen.⁷⁵⁴

Gegen eine analoge Anwendung spricht sich zB *Schönle*⁷⁵⁵ aus: Selbst bei einem sehr eng integrierten Alleinvertreter, welcher schon wie ein Filialleiter auftrete, und dessen Kundenstamm bei Vertragsbeendigung dem Unternehmer zufalle, unterscheide sich dieser vom Agenten durch größere Entscheidungsfreiheit und Weisungsunabhängigkeit, aber auch durch höhere Geschäftsrisiken und Gewinnchancen. Außerdem sei Art 418u OR eine „misslungene Vorschrift“. Der Gesetzgeber habe bewusst nur einen derartigen Anspruch für den Agenten formuliert. Dieser Wille des Gesetzgebers sei zu respektieren. *Burnand*⁷⁵⁶ spricht sich gegen die Analogie im Regelfall aus, will sie aber bei „ganz besonderen Sachverhalten“, entsprechend dem Urteil der Genfer Cour de Justice, zulassen.

*Meyer*⁷⁵⁷ verneint einen Ausgleichsanspruch analog zu Art 418u OR explizit nur für das Franchising, nicht jedoch für den Alleinvertrieb. Der Franchisenehmer sei der einzige Absatzmittler, welcher etwas für die Systemzugehörigkeit bezahle. Im Gegenzug dazu erhalte er ein Konzept, welches sich die anderen Absatzmittler erst erarbeiten müssten. Wenn dieses Konzept aufgeht, würde gezeigt, dass die vom Franchisegeber erbrachte Leistung nicht mangelhaft wäre. Für diese „Konzeptumsetzung“, welche der Franchisenehmer kaufen müsse, solle nicht über eine Analogie zu Art 418u OR noch ein „Erfolgshonorar“ bezahlt werden müssen. Dadurch würde sonst der vom Franchisegeber ermittelte und verlangte Preis für das Konzept herabgesetzt. Die Analogie würde in weiterer Folge die Vertragsfreiheit aushöhlen. Bejahe man die Analogie, wäre die daraus resultierende Preiskürzung zum Nachteil des Franchisegebers „unbillig“.

⁷⁵⁴ *Baudenbacher*, Anspruch auf Kundschaftsentschädigung bei gesetzlich nicht geregelten Absatzmittlungsverträgen?, in Festgabe Schluep (1988), 81 (85) mwN zB *Wyniger*, Vom Alleinverkaufsvertrag (1963), 24.

⁷⁵⁵ *Schönle*, De la représentation exclusive en droit suisse et comparé, Recueil de travaux, publié à l'occasion de l'assemblée de la société suisse des juristes à Genève du 3 au 5 octobre 1969 (Genève 1969), 141 ff, zitiert bei *Baudenbacher*, Anspruch auf Kundschaftsentschädigung bei gesetzlich nicht geregelten Absatzmittlungsverträgen?, in Festgabe Schluep (1988), 81 (85, FN 11) mwN; ebenfalls gegen eine analoge Anwendung auf Franchisenehmer: *Thouvenin*, Das Agenturvertragsrecht in der Schweiz, IHR 2007, 191; neutral *Leiss*, Der Anspruch des Agenten auf Entschädigung für die Kundschaft in rechtsvergleichender Darstellung (1965), 147, welcher 1965 bloß meint, Lit und Rsp stünden zu diesem Thema erst am Anfang der Auslegung des Art 418u OR, so dass es noch „weiterer Aufklärung“ bedürfe.

⁷⁵⁶ *Burnand*, Le contrat d'agence et le droit de l'agent d'assurances à une indemnité de clientèle (Lausanne 1977), 104 ff, zitiert bei *Baudenbacher*, Anspruch auf Kundschaftsentschädigung bei gesetzlich nicht geregelten Absatzmittlungsverträgen?, in Festgabe Schluep (1988), 81 (85).

⁷⁵⁷ *C. A. Meyer*, Der Alleinvertrieb² (1992), 305 f.

Insgesamt befürwortet jedoch die überwiegende Lehre eine analoge Anwendung von Art 418u OR auf Alleinvertreter, sofern eine wirtschaftlich dem Agenten vergleichbare Eingliederung in die Absatzorganisation des Unternehmers vorliegt und die sonstigen Tatbestandsvoraussetzungen des Art 418u OR erfüllt sind.⁷⁵⁸

Bis dato gibt es keine Jud zu der Frage, ob auch einem Franchisenehmer ein Entschädigungsanspruch analog zu Art 418u OR zustehen kann. Die Analogie wird jedoch in der (vor allem neueren) Lehre mit jenen Argumenten bejaht, welche auch beim Alleinvertriebsvertrag verwendet werden.⁷⁵⁹ Gerade bei Kleinfranchisen seien nach *Baudenbacher*⁷⁶⁰ die beiden Voraussetzungen der festen Eingliederung in die Vertriebsorganisation sowie der Möglichkeit des Franchisegebers, nach Vertragsende die geworbenen Kunden weiter zu nutzen, „gewissermassen übererfüllt“. Die Einbindung gehe sogar soweit, dass nicht einmal von einem Wechsel des Kundenstamms bei Vertragsauflösung gesprochen werden könne, sondern der Kundenstamm vielmehr von Anfang an beim Franchisegeber entstehe.

d) Übertragung der Kundschaft

Im Gegensatz zum Handelsvertreter, welcher durch seine Vermittlertätigkeit gezwungenermaßen seinen Geschäftsherrn ständig über die Daten der Kunden in

⁷⁵⁸ Eine umfangreiche Aufzählung der positiven Stimmen findet sich bei *Fountoulakis*, Zur Kundschaftsentschädigung bei Beendigung eines Alleinvertriebsvertrags (Vertragshändlervertrags), recht 2008, 221 (FN 6); vgl auch die Aufzählung bei *Stein-Wigger*, Beendigung des Franchisevertrags (1999), 327; *Müller-Feldhammer*, Ausgleichsanspruch des Vertragshändlers im deutsch-schweizerischen Handelsverkehr, RIW 1994, 926 (929 f mwN); vgl auch die Liste der Befürworter für das Franchising bei *Vetsch/Caspar*, Die Kundschaftsentschädigung in Vertriebssystemen, SZW 2009, 79 (83, FN 25); für eine analoge Anwendung auf den Alleinverkäufer-Vertrag auch *Wyniger*, Vom Alleinverkaufsvertrag (1963), 24 ff; vgl auch *Ebneter*, Der Franchise-Vertrag (1997), welcher meint, der analogen Anwendung könne „aus Sicht der Angemessenheitskontrolle nur eingeschränkt zugestimmt werden“.

⁷⁵⁹ *Benedick/Bottini*, Die Kundschaftsentschädigung beim Alleinvertriebsvertrag, Jusletter vom 03.11.2008 (jusletter.weblaw.ch), Rz 40; *Baudenbacher* in *Kramer*, Neue Vertragsformen² (1992), 382 mwN; *Baudenbacher*, Anspruch auf Kundschaftsentschädigung bei gesetzlich nicht geregelten Absatzmittlungsverträgen?, in Festgabe Schlupe (1988), 81 (86) mwN; vgl auch die Liste der Befürworter für das Franchising bei *Vetsch/Caspar*, Die Kundschaftsentschädigung in Vertriebssystemen, SZW 2009, 79 (83, FN 25).

⁷⁶⁰ *Baudenbacher*, Anspruch auf Kundschaftsentschädigung bei gesetzlich nicht geregelten Absatzmittlungsverträgen?, in Festgabe Schlupe (1988), 81 (89), in Anlehnung an *Martinek*, Franchising (1987), 367; ähnlich auch *Benedick/Bottini*, Die Kundschaftsentschädigung beim Alleinvertriebsvertrag, Jusletter vom 03.11.2008 (jusletter.weblaw.ch), Rz 40, welche ebenfalls die Ansicht vertreten, der Franchisenehmer sei „in der Regel stärker in die Absatzorganisation des Lieferanten eingebunden [...] als der Alleinvertreter“ und es deshalb „noch häufiger zu einem Anspruch auf Kundschaftsentschädigung kommen dürfte“.

Kenntnis setzt, haben der Franchisegeber und Lieferant grds keine Kundendaten, welche sie bei Vertragsende verwerten könnten. Diese müssen ihnen extra – in welcher Form auch immer – zugetragen werden.

Die schweizerische Rsp hatte bis dato noch keinen Fall zu behandeln, in dem das Problem angesprochen wurde, ob es für die analoge Anwendung von Art 418u OR ausreicht, dass der Lieferant bloß faktische Kenntnis über die Kundendaten erlangt oder eine vertraglich festgelegte Pflicht zur Überbindung dieser Daten notwendig ist.

Im zuletzt entschiedenen Fall⁷⁶¹ gab es eine derartige vertragliche Verpflichtung, weshalb auch keinerlei Diskussionen zu diesem Thema aufkam. Es ist jedoch fraglich, ob sich das schweizerische Bundesgericht nicht der Rsp des dt BGH anschließt, eine vertragliche Herausgabepflicht der Kundendaten verlangt und somit die bloß faktische Möglichkeit des Herstellers darauf zuzugreifen als nicht ausreichend ansieht. Die oftmalige Bezugnahme des schweizerischen Bundesgerichts auf die dt Rsp deutet jedenfalls in diese Richtung.⁷⁶²

e) Beweislast

Sowohl die Erweiterung des Kundenkreises als auch der Vorteil, welcher sich für den Lieferanten ergibt, sind grds von Franchisenehmer und Vertragshändler darzutun.⁷⁶³ Es obliegt jedoch dem Franchisegeber und Lieferanten zu beweisen, dass der Anspruch des Franchisenehmers und Vertragshändlers unbillig oder herabzusetzen ist.⁷⁶⁴

f) Unabdingbarkeit

Ebenso wie in Österreich und Deutschland ist der schweizerische Kundschaftsentschädigungsanspruch des Art 418u OR zwingend, kann also grds weder

⁷⁶¹ BGE 22.05.2008, 134 III 497.

⁷⁶² Vgl dazu etwa *Fountoulakis*, Zur Kundschaftsentschädigung bei Beendigung eines Alleinvertriebsvertrags (Vertragshändlervertrags), recht 2008, 221 (225; FN 34), welche „befürchtet“, dass sich das schweizerische Bundesgericht der Rsp des dt BGH in diesem Punkt anschließen wird.

⁷⁶³ *Benedick/Bottini*, Die Kundschaftsentschädigung beim Alleinvertriebsvertrag, Jusletter vom 03.11.2008 (jusletter.weblaw.ch), Rz 37 mwN zur schweizerischen Rsp; *Umbricht/Grether* in *Westphalen*, Handbuch des Handelsvertreterrechts (1995), Schweiz, 1087 Rz 261.

⁷⁶⁴ *Benedick/Bottini*, Die Kundschaftsentschädigung beim Alleinvertriebsvertrag, Jusletter vom 03.11.2008 (jusletter.weblaw.ch), Rz 37 mwN.

bei Vertragsabschluss noch während des aufrechten Vertrags gültig zum Nachteil des Handelsvertreters ausgeschlossen oder beschränkt werden.⁷⁶⁵ Eine abweichende Vereinbarung oder ein Verzicht auf den Anspruch ist erst nach Vertragsende wirksam möglich.⁷⁶⁶

Es könnte sich die Frage stellen, ob nicht bei einer analogen Anwendung von Art 418u OR auf andere Vertriebsmittler der zwingende Charakter des Kundschaftsentschädigungsanspruchs insofern relativiert wird, als der Anspruch vertraglich ausgeschlossen werden kann.⁷⁶⁷

*Vetsch/Caspar*⁷⁶⁸ meinen, die Norm sei nur dann zwingend anzuwenden, wenn eine „erhöhte Schutzbedürftigkeit“ des Vertriebsmittlers vorliege. Andernfalls genüge die dispositive Anwendung. *Stein-Wigger*⁷⁶⁹ hält allerdings in diesem Zusammenhang fest, dass – selbst bei einer fälschlicherweise verlangten konkreten Schutzbedürftigkeit – der Franchisenehmer aufgrund seiner umfassenden Systemintegration und der weitgehenden Einschränkung seiner unternehmerischen Dispositionsfreiheit „zumindest ebenso schutzbedürftig wie ein Agent“ sei.

Eine Entscheidung des schweizerischen Bundesgerichts zur Problematik der Unabdingbarkeit gibt es bis dato nicht. Zu erwarten ist jedoch, dass sich das Bundesgericht der Rsp des BGH anschließt, welcher auch den Anspruch des Vertragshändlers als unabdingbar bezeichnet, wenn die sonstigen Voraussetzungen der analogen Anwendung von § 89b HGB vorliegen.⁷⁷⁰ Unerheblich ist dabei nach dt Rsp, ob der Vertragshändler schutzbedürftig ist oder Eigenkapital eingesetzt hat.⁷⁷¹

⁷⁶⁵ Arg: „[...] haben der Agent [...] einen unabdingbaren Anspruch auf eine angemessene Entschädigung“.

⁷⁶⁶ BGE 03.03.1958, 85 II 118: „Der Agent kann sich jetzt in der Regel ein besseres Bild über die Tragweite seines Verzichtes machen als beim Vertragsabschluss oder während der Vertragsdauer. Er bedarf des Schutzes nicht mehr, der darin liegt, dass Art. 418 u OR den Anspruch als unabdingbar erklärt.“

⁷⁶⁷ So überlegt zB bei *J.E. Hartmann*, Vertriebsverträge im internationalen Kontext (2007), 38; vgl auch *Paetzold*, Ausgleichsanspruch des Vertragshändlers nach deutschem und schweizerischem Recht² (2006), 25, mit Überlegungen zur Abdingbarkeit bei einer Tätigkeit des Vertragshändlers außerhalb der Schweiz; für die Unabdingbarkeit aufgrund des zwingenden Charakters: *Stein-Wigger*, Beendigung des Franchisevertrags (1999), 332 f.

⁷⁶⁸ *Vetsch/Caspar*, Die Kundschaftsentschädigung in Vertriebssystemen, SZW 2009, 79 (92): Es sei „nicht allein auf die Ausgestaltung des Vertrages als Subordinationsfranchising abzustellen: Auch wenn der Franchisenehmer hinter der Marke des Franchisegebers zurücktritt, so kann er aufgrund der gegenseitigen Abhängigkeiten trotzdem eine starke Verhandlungsposition innehaben. In Ausnahmefällen sehr starker Abhängigkeiten dürfte sich die zwingende Natur rechtfertigen. Andernfalls ist die Regel zur Vertragsergänzung als dispositive Norm beizuziehen“.

⁷⁶⁹ Vgl *Stein-Wigger*, Beendigung des Franchisevertrags (1999), 331 f, welcher auch festhält, dass sich die Ansicht durchgesetzt hat, die Analogie hänge von keiner konkreten Schutzbedürftigkeit ab. Es gäbe auch schon im unmittelbaren Anwendungsbereich der Norm keine derartige Einschränkung.

⁷⁷⁰ *Thume in Küstner/Thume*, Außendienstrecht III³, 315 Rz 107: „Bei Vorliegen aller Analogievoraussetzungen ist der Ausgleichsanspruch des in Deutschland tätigen Vertragshändlers gemäß § 89b Abs. 4 HGB zwingend und kann vor Vertragsbeendigung weder durch Formularvereinbarung noch

Die grundsätzliche Unabdingbarkeit des schweizerischen Kundschaftsentschädigungsanspruchs wird nicht wie in Österreich⁷⁷² in einem eigenen Paragraphen geregelt, sondern innerhalb des Art 418u Abs 1 OR zusammen mit den anderen Voraussetzungen genannt. Es wäre somit mE dogmatisch verfehlt, innerhalb eines Absatzes bzw überhaupt nur eines einzelnen Satzes, einzelne Bestandteile für analog anwendbar zu erklären, andere jedoch davon auszunehmen.

g) Grundsätzliches zur Höhe

Da das schweizerische Bundesgericht in dem zuletzt entschiedenen Fall zur Berechnung der Höhe der Kundschaftsentschädigung des Vertragshändlers an die Vorinstanz verwies,⁷⁷³ bleibt es vorerst offen, wie ein derartiger Anspruch letztendlich nach der schweizerischen Rsp berechnet wird.⁷⁷⁴

Insb durch den Unterschied zur dt Rsp, wonach dem Handelsvertreter nach Art 418u OR bloß ein *Nettojahresverdienst* zugesprochen wird, bleibt es abzuwarten, wie sich die Berechnung – vor allem in Verbindung mit dem Problem der Rückführung der Handelsspanne des Vertragshändlers auf die Provision des Handelsvertreters – in der schweizerischen Rsp entwickeln wird.

4. Fazit

Obwohl die Schweiz kein Mitglied der EU ist und dementsprechend die HV-RL dort keine Geltung hat, kennt die schweizerische Rechtsordnung einen sogenannten „Kundschaftsentschädigungsanspruch“ (Art 418u OR), vergleichbar mit § 24 HVertrG und § 89b dHGB. Auch die „Handhabe“ der Gerichte bzgl der diversen materiellen und formellen Voraussetzungen entspricht weitestgehend jener der dt und österr Gerichte.

durch Individualabrede ausgeschlossen oder geschmälert werden“, mwN BGH 26.11.1984, VIII ZR 214/83 („Opel“), NJW 1985, 623; BGH 06.02.1985, I ZR 175/82, NJW 1985, 3076.

⁷⁷¹ BGH 11.02.1977, I ZR 185/75, NJW 1977, 896; vgl auch Thume in Küstner/Thume, Außendienstrecht III³, 288 Rz 22.

⁷⁷² § 27 Abs 1 HVertrG.

⁷⁷³ BGE 22.05.2008, 134 III 497 (4A 61/2008).

⁷⁷⁴ Überlegungen finden sich zB bei Stein-Wigger, Beendigung des Franchisevertrags (1999), 333 ff.

Es finden sich in den Urteilen des Schweizer Bundesgerichts auch vereinzelt Zitate der dt Rsp. Teilweise werden Umstände, welche in Deutschland und Österreich erst bei der Billigkeit Einfluss finden, in der Schweiz bereits bei den Unternehmervorteilen im Rahmen der „Mitursächlichkeit“ berücksichtigt.

Den größten Unterschied für die Praxis stellt wohl die Berechnung der Höhe bzw die Höchstgrenze des Ausgleichsanspruchs dar. Gem Art 418u Abs 2 OR gebührt dem Agenten (Handelsvertreter) nämlich höchstens ein *Nettojahresverdienst*, berechnet nach dem Durchschnitt der letzten fünf Jahre. Ein Urteil des Bundesgerichts vom 01.04.1958⁷⁷⁵ zeigt, dass die Gerichte diese Besonderheit durchaus ernst nehmen. So wurde einem Agenten der Entschädigungsanspruch nach Art 418u OR deshalb verwehrt, weil die Reisekosten des Agenten zumindest gleich hoch waren wie die Provisionen. In diesem Zusammenhang war es irrelevant, dass der Agent die Zahl der Kunden spürbar erhöht hatte und diese dem Unternehmer auch treu blieben.⁷⁷⁶

Im Mai 2008 bejahte das schweizerische Bundesgericht erstmals die analoge Anwendung von Art 418u OR auf einen Vertragshändler. Die grundsätzlichen Überlegungen dabei waren dieselben wie sie auch in Österreich oder Deutschland angestellt werden.

Einige – für die Praxis nicht irrelevante – Detailprobleme sind allerdings noch offen. So ist es noch nicht gänzlich geklärt, ob der Kundschaftsentschädigungsanspruch für Vertragshändler oder Franchisenehmer vertraglich im Vorhinein ausgeschlossen werden. Es kann jedoch im Zweifel angenommen werden, dass die schweizerischen Gerichte hier der Ansicht des BGH und OGH folgen und auch den analogen Kundschaftsentschädigungsanspruch für zwingend erklären.

Fraglicher ist, ob das schweizerische Bundesgericht sich dem BGH in der Frage der Pflicht zur Überbindung des Kundenstamms anschließt und dementsprechend eine vertragliche Pflicht fordert. In der (Schweizer) Lehre wird dies bereits jetzt teilweise kritisiert. Eine derartige Kritik hält jedoch auch den BGH nicht davon ab, weiterhin auf diese Voraussetzung zu beharren.

Weitestgehend unklar ist die Berechnungsmethode für den Kundschaftsentschädigungsanspruch im Rahmen der Analogie. Im angesprochenen

⁷⁷⁵ BGE 01.04.1958, 84 II 164.

⁷⁷⁶ Vgl auch *Baudenbacher*, Zum Kundschaftsentschädigungsanspruch des Agenten, JZ 1989, 919 (925) mit Bezug auf BGE 01.04.1958, 84 II 164.

Urteil verwies das schweizerische Bundesgericht zur Berechnung des Anspruchs an die Vorinstanz.

Franchising spielte bis dato keine große Rolle in der schweizerischen Rsp. In der Lit ist jedoch eine starke Tendenz ersichtlich, zumindest in jenen Konstellationen den Franchisenehmer in den Genuss von Art 418u OR kommen zu lassen, in denen dieser auch auf einen Vertragshändler angewendet würde.

C. Spanien

Die Umsetzung der HV-RL⁷⁷⁷ erfolgte durch das span Handelsvertretergesetz „Ley del Contrato de Agencia“ (LCA) vom 27.05.1992.⁷⁷⁸ Der Ausgleichsanspruch wurde in Art 28 LCA entsprechend Art 17 Abs 2 der Richtlinie formuliert.

Die Einführung des LCA brachte in Spanien allein schon deshalb eine große Veränderung mit sich, da es bis zum Jahr 1992 kein entsprechendes Gesetz für Absatzmittler – welcher Art auch immer – gab.⁷⁷⁹

1. Der Ausgleichsanspruch gemäß Art 28 LCA

a) Anspruchsvoraussetzungen

Sowohl die formellen als auch materiellen Anspruchsvoraussetzungen entsprechen grds denen der dt Regelung.⁷⁸⁰ Es muss – materiell gesehen - somit (a) durch die Tätigkeit des Handelsvertreters ein Kundenstock aufgebaut worden sein oder ein bereits bestehender wesentlich erweitert worden sein, (b) dieser Kundenstock muss dem Unternehmer über die Beendigung des Vertragsverhältnisses hinaus wesentliche Vorteile bringen und (c) der Anspruch muss der Billigkeit entsprechen. Damit entspricht die span Regelung prinzipiell Art 17 Abs 2 HV-RL und somit auch § 24 HVertrG und § 89b dHGB. Allerdings hat der span Gesetzgeber offenbar das Wettbewerbsverbot des Art 20 HV-RL in die Billigkeitserwägungen einbezogen. Es ist jedoch unklar, wie sich dies im Detail auswirken wird.⁷⁸¹

Die formellen Anspruchsvoraussetzungen entsprechen jenen der dt und österr Regelung und sind in Art 30 LCA geregelt.

⁷⁷⁷ Richtlinie 86/653/EWG des Rates vom 18. Dezember 1986 zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter.

⁷⁷⁸ Gesetz Nr. 12/1992 vom 27.05.1992, in Kraft getreten am 01.01.1994, gültig jedoch auch für davor abgeschlossene Verträge; vgl *Hernández-Martí* in *von Westphalen*, Handbuch des Handelsvertreterrechts in EU-Staaten und der Schweiz (1995), Spanien, 1120 Rz 59.

⁷⁷⁹ *Meyer/Koesling*, Die neuere Rechtsprechung des Spanischen Tribunal Supremo zur Beendigung von Vertragshändlerverträgen, RIW 1998, 22 (22); siehe auch Bericht der *Kommission der EG* über die Anwendung von Art 17 der HV-RL vom 23.07.1996, 18.

⁷⁸⁰ *Detzer/Zwernemann*, Ausländisches Recht der Handelsvertreter und Vertragshändler (1997), 409 f; *Hernández-Martí* in *von Westphalen*, Handbuch des Handelsvertreterrechts in EU-Staaten und der Schweiz (1995), Spanien, 1165 ff Rz 220 ff.

⁷⁸¹ *Beilfuss* in *Saenger/Schulze*, Ausgleichsanspruch (2000), 179.

Ausdrücklich irrelevant ist gem Art 28 Abs 1 LCA, ob der Vertrag befristet oder unbefristet ist.⁷⁸²

b) Beweislast und Unabdingbarkeit

Der Handelsvertreter hat entsprechend Art 1214 Código Civil (CCiv)⁷⁸³ sämtliche Bedingungen des Ausgleichsanspruchs zu beweisen.⁷⁸⁴

Gem Art 3 Abs 1 LCA ist der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters zwingend und kann weder dem Grunde noch der Höhe nach vor Vertragsbeendigung ausgeschlossen oder beschränkt werden. Auch in den sonstigen Punkten entspricht die Unabdingbarkeit der span Regelung jener der österr und dt.

c) Grundsätzliches zur Höhe

Art 28 Abs 3 LCA formuliert lediglich, dass der Ausgleichsanspruch einen Bruttojahresbetrag der Vergütungen der letzten fünf Jahre nicht übersteigen darf. Bei kürzerer Vertragsdauer soll der Durchschnitt des bisherigen Zeitraums maßgeblich sein.⁷⁸⁵ Aufgrund der Tatsache, dass es in Spanien vor dem LCA kein Gesetz gab, welches den Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters regelte, und in Anbetracht des Umstands, dass in der span Gerichtspraxis die Höhe des Ausgleichs grds erst nach der Verhandlung bestimmt und die Entscheidung nicht veröffentlicht wird, ist es schwer, verbindliche Aussagen über die Berechnung des Ausgleichsanspruchs in der Praxis zu treffen.⁷⁸⁶ Trotzdem lässt sich eine Tendenz der span Gerichte erkennen, sehr oft den Maximalbetrag als Ausgleich zuzusprechen.⁷⁸⁷

⁷⁸² Art 28 Abs 1 LCA: „[...] sea por tiempo determinado o indefinido [...]“.

⁷⁸³ Spanisches Bürgerliches Gesetzbuch.

⁷⁸⁴ Vgl zur ähnlich gelagerten Beweislast im Rahmen einer analogen Anwendung des Art 28 LCA: *María Rosa Tapia Sánchez*, Aportación de nuevos clientes o incremento sensible de las operaciones como presupuesto de la indemnización por clientela en los contratos de distribución (ohne Jahr), 3.

⁷⁸⁵ *Detzer/Zwernemann*, Ausländisches Recht der Handelsvertreter und Vertragshändler (1997), 410; *Hernández-Martí in von Westphalen*, Handbuch des Handelsvertreterrechts in EU-Staaten und der Schweiz (1995), Spanien, 1169 Rz 239.

⁷⁸⁶ Bericht der *Kommission der EG* über die Anwendung von Art 17 der HV-RL vom 23.07.1996, 18 f; vgl auch *Hernández-Martí in von Westphalen*, Handbuch des Handelsvertreterrechts in EU-Staaten und der Schweiz (1995), Spanien, 1169 Rz 239.

⁷⁸⁷ *Beilfuss in Saenger/Schulze*, Ausgleichsanspruch (2000), 180 mwN.

d) Exkurs: Schadenersatz wegen rechtsmissbräuchlicher Kündigung

Eine Kündigung, welche gesetzlichen oder vertraglich vereinbarten Kündigungsfristen widerspricht und somit als „missbräuchlich“ gilt, ist trotzdem wirksam, löst aber Schadenersatzansprüche aufgrund der rechtswidrigen Auflösung des Vertragsverhältnisses aus.⁷⁸⁸ Auch einem Vertragshändler – und wohl genauso einem Franchisenehmer – können derartige Schadenersatzansprüche zustehen.⁷⁸⁹

In der Praxis bemisst sich der Schadenersatzanspruch nach dem, innerhalb einer als angemessen erachteten Kündigungsfrist, voraussichtlich erzielten Gewinn. Regelmäßig wird eine Kündigungsfrist von sechs Monaten als angemessen angesehen.⁷⁹⁰

e) Exkurs: Schadenersatz wegen nicht amortisierter Investitionen (Art 29 LCA)

Unbeschadet eines etwaigen Ausgleichsanspruchs für den aufgebauten Kundenstamm, hat ein Handelsvertreter gem Art 29 LCA Anspruch auf Entschädigung jener Schäden, die ihm dadurch entstanden sind, dass der Unternehmer das unbefristete Vertragsverhältnis einseitig aufgelöst hat und sich noch nicht jene Investitionen amortisiert haben, welche der Handelsvertreter auf Anordnung des Unternehmers getätigt hat.⁷⁹¹ Die Kündigung muss dafür nicht rechtsmissbräuchlich erfolgt sein.⁷⁹²

Diese Regelung formuliert somit einen Investitionsersatzanspruch des spanischen Handelsvertreters wie es dies § 454 UGB in Österreich für jene Unternehmer tut, welche „an einem vertikalen Vertriebsbindungssystem als gebundener Unternehmer im Sinne

⁷⁸⁸ Detzer/Zwernemann, *Ausländisches Recht der Handelsvertreter und Vertragshändler* (1997), 408; vgl dazu ausführlich *Hernández-Martí* in *von Westphalen*, *Handbuch des Handelsvertreterrechts in EU-Staaten und der Schweiz* (1995), Spanien, 1163 Rz 210 ff.

⁷⁸⁹ Vgl dazu *Meyer/Koesling*, *Die neuere Rechtsprechung des Spanischen Tribunal Supremo zur Beendigung von Vertragshändlerverträgen*, RIW 1998, 22 (23) mwN zur Rsp;

⁷⁹⁰ Vgl dazu *Lindner/Palau*, *Beendigungsansprüche des Vertragshändlers nach spanischem Recht*, RIW 2006, 418 (419 f, 422) mwN.

⁷⁹¹ Art 29 LCA.

⁷⁹² *Lindner/Palau*, *Beendigungsansprüche des Vertragshändlers nach spanischem Recht*, RIW 2006, 418 (422) mwN.

des § 30a KartG oder als selbstständiger Handelsvertreter (§ 1 HVertrG)“ teilnehmen“.⁷⁹³

Wie zum Ausgleichsanspruch des Art 28 LCA hat sich mittlerweile auch zu Art 29 LCA eine Rsp entwickelt, welche diese Normen unter bestimmten Voraussetzungen analog auf Vertragshändler anwendet. Die Jud dürfte allerdings gerade im Zusammenhang mit Art 29 LCA noch etwas sprunghaft sein. So meinen *Lindner/Palau*⁷⁹⁴, es zeichne sich in der jüngeren Rsp ab, die analoge Anwendung von Art 29 LCA selbst in jenen Fällen zu verneinen, in denen Art 28 LCA analog angewendet wird. Demgegenüber gehen *Wauschkuhn/Teichmann*⁷⁹⁵ offensichtlich von einem in der Jud anerkannten und ständig praktizierten Analogieschluss aus.

2. Analoge Anwendung auf andere Vertriebsmittler

Aufgrund der Tatsache, dass es bis zur Kodifikation des LCA im Jahre 1992 nicht einmal ein Handelsvertreterrecht gab, grenzten die span Gerichte oft nicht klar zwischen dem Vertragshändler und Handelsvertreter ab. So wurden manche Rechtsgedanken teilweise gleichermaßen auf beide Vertriebsformen angewandt.⁷⁹⁶ Spätestens seit dem Urteil des Tribunal Supremo vom 08.11.1995 und dem darauf folgenden vom 18.12.1995 gibt es eine grds klare Abgrenzung zwischen Vertragshändler und Handelsvertreter.⁷⁹⁷ Die Definition des Vertragshändlers entspricht somit weitestgehend jener, welche auch in Österreich oder Deutschland herrscht. Der Vertragshändler handelt demnach – im Gegensatz zum Handelsvertreter – in eigenem Namen und für eigene Rechnung. Der Vertragshändlervertrag ist als Dauerschuldverhältnis ausgestaltet, welches den

⁷⁹³ § 454 Abs 1 UGB; vgl für Österreich zB *Hohenecker*, § 454 HGB: Investitionersatz in Vertriebssystemen, RdW 2004, 8ff; *Petsche*, Investitionersatz in vertikalen Vertriebsbindungen, ecolex 2004, 95 ff.

⁷⁹⁴ *Lindner/Palau*, Beendigungsansprüche des Vertragshändlers nach spanischem Recht, RIW 2006, 418 (422) mwN.

⁷⁹⁵ *Wauschkuhn/Teichmann*, Der Investitionersatz des Vertragshändlers im europäischen Vergleich, RIW 2009, 614 (617) mwN zur spanischen Rsp; gegen eine analoge Anwendung auch *Meyer/Koesling*, Die neuere Rechtsprechung des Spanischen Tribunal Supremo zur Beendigung von Vertragshändlerverträgen, RIW 1998, 22 (25 f)

⁷⁹⁶ *Meyer/Koesling*, Die neuere Rechtsprechung des Spanischen Tribunal Supremo zur Beendigung von Vertragshändlerverträgen, RIW 1998, 22 (22).

⁷⁹⁷ *Meyer/Koesling*, Die neuere Rechtsprechung des Spanischen Tribunal Supremo zur Beendigung von Vertragshändlerverträgen, RIW 1998, 22 (23) mwN; vgl zur Abgrenzung des Handelsvertreters vom Vertragshändler auch Tribunal Supremo 21.01.2009, 28/2009, (RJ 2009/552).

Vertragshändler zum Erwerb und anschließendem Vertrieb der vom Lieferanten erworbenen Produkte (oft Markenprodukte) in einem bestimmten Gebiet verpflichtet. Typisch für den Vertragshandel sind Mindestabnahmeverpflichtungen und eine wechselseitige Exklusivität. Gewöhnliche Nebenpflichten sind wechselseitige Auskunft- und Mitwirkungsverpflichtungen, wie etwa die Beteiligung des Vertragshändlers an den Werbeaktivitäten des Unternehmers, die Durchführung von bestimmten Kundendienstleistungen und die Befolgung von Anweisungen. Im Gegenzug treffen den Unternehmer üblicherweise Auskunftspflichten über die zu verkaufenden Produkte sowie die Verpflichtung zur technischen Unterstützung. Die Einbindung in die Vertriebsstruktur ist in der Praxis regelmäßig stark ausgeprägt.⁷⁹⁸

Nach stRsp wird bei unbefristeten Vertragshändlerverträgen - insb bei Exklusivvereinbarungen und Verträgen, in denen das „*intuitu personae*“ Element relevant ist – grds beiden Vertragspartnern das jederzeitige Recht eingeräumt, den Vertrag ohne Angabe von Gründen zu kündigen.⁷⁹⁹

Sowohl in der Rsp als auch in großen Teilen der Lit werden Franchiseverträge als atypische Verträge betrachtet. Es würden wechselseitige Pflichten begründet werden (*contrato synalagmático*), welche sonst in Langzeit-Verträgen vorkommen und einen „*intuitu personae*“ Charakter haben. Franchiseverträge würden außerdem oft in Form von Knebelverträgen ausgestaltet sein, wobei die einzelnen Vertragsbestimmungen vom Franchisegeber auferlegt würden. Üblicherweise handle es sich um Rahmenverträge, welche im Einzelfall angepasst werden.⁸⁰⁰

Zur Beurteilung der Gültigkeit der Einordnung eines Vertrags als Franchisevertrag muss nach span Rsp und Lehre – wie auch in der franz Rsp und Lehre⁸⁰¹ – die Theorie der „*Causa*“ beachtet werden.⁸⁰²

⁷⁹⁸ Lindner/Palau, Beendigungsansprüche des Vertragshändlers nach spanischem Recht, RIW 2006, 418 (419) mwN.

⁷⁹⁹ Enrich/Girbau in Bogaert/Lohmann, Commercial Agency and Distribution Agreements³ (2000), 586 mwN zur Rsp des Tribunal Supremo; zur daraus möglicherweise resultierenden Problematik von (Kundschafts-)Entschädigungszahlungen vgl unten.

⁸⁰⁰ Díaz, Franchising in European Contract Law (2008), 43 f mwN; zu den einzelnen Definitionen des Franchisings in Rsp, Lit und von Franchiseverbänden, vgl dies, Franchising in European Contract Law (2008), 52 ff.

⁸⁰¹ Vgl dazu Díaz, Franchising in European Contract Law (2008), 37 f mwN.

⁸⁰² Vgl dazu Díaz, Franchising in European Contract Law (2008), 44 f mwN: Demnach geht es grds darum, dass in synallagmatischen Verträgen die Leistung des einen Vertragspartners der Grund („*causa*“) des anderen Vertragspartners ist, die vertraglichen Verpflichtungen auf sich zu nehmen.

a) Entwicklung und aktueller Stand der Rsp

Bereits im Jahr 1988 – somit deutlich vor der Umsetzung der HV-RL – sprach der Tribunal Supremo „unter dem Einfluss ausländischer Entwicklungen“ einem Vertragshändler erstmals unabhängig von der Frage der Rechtsmissbräuchlichkeit der Kündigung einen Ersatzanspruch für den von ihm gewonnenen Kundenstamm zu. Der Tribunal Supremo begründete sein Urteil der Lehre folgend „untechnisch“⁸⁰³ mit ungerechtfertigter Bereicherung (*enriquecimiento injusto*). Daran anschließend entwickelte sich eine Judikaturlinie, welche sich bis in die Gegenwart zieht.⁸⁰⁴

Zusätzlich zu einem Ausgleichsanspruch auf Basis einer ungerechtfertigten Bereicherung kann auch Schadenersatz zugesprochen werden, wenn die einseitige Kündigung rechtsmissbräuchlich erfolgte. Insb die Nichteinhaltung einer vernünftigen Kündigungsfrist – unabhängig von der vertraglichen Vereinbarung –, wird von den Gerichten als rechtsmissbräuchlich beurteilt. In zwei „isolierten“ Urteilen 1990 und 1995 hat das Tribunal Supremo einen Schadenersatz auch dann zugesprochen, als die Kündigung bloß nicht ausreichend begründet war.⁸⁰⁵

Seit dem Inkrafttreten des span Handelsvertretergesetzes (LCA) 1994 wird allerdings auch die Ansicht vertreten, dass die Grundlage des Ausgleichsanspruchs ein Analogieschluss zu Art 28 LCA sei. Dieser Argumentation folgen auch die meisten zweitinstanzlichen Gerichte (*Audiencias Provinciales*).⁸⁰⁶ Trotzdem verneinen diese und der Tribunal Supremo in einzelnen Entscheidungen (bis zuletzt) das Bestehen von nicht an die Vertragsverletzungen des Unternehmers anknüpfenden Beendigungsansprüchen.⁸⁰⁷ In einem Urteil 1995 bestätigte das Tribunal Supremo jedoch die Argumentation der Unterinstanz in Bezug auf die analoge Anwendung von

⁸⁰³ Kocher, Analoge Anwendung des Handelsvertreterrechts auf Vertragshändler in Europa, RIW 2003, 512 (516); Segura/Civera in Martinek/Semler, Handbuch des Vertriebsrechts (1996), § 52 Rz 39.

⁸⁰⁴ Lindner/Palau, Beendigungsansprüche des Vertragshändlers nach spanischem Recht, RIW 2006, 418 (422) mwN zur jüngeren Rsp des Tribunal Supremo; Meyer/Koesling, Die neuere Rechtsprechung des Spanischen Tribunal Supremo zur Beendigung von Vertragshändlerverträgen, RIW 1998, 22 (24, FN 20), welche meinen, das Urteil hätte sich nur auf Handelsvertreter bezogen; auch Beilfuss in Saenger/Schulze, Ausgleichsanspruch (2000), 177, vertritt die Ansicht, das Urteil hätte sich auf einen Handelsvertreter bezogen und kritisiert die Argumentation über die ungerechtfertigte Bereicherung; vgl auch Enrich/Girbau in Bogaert/Lohmann, Commercial Agency and Distribution Agreements³ (2000), 586 mwN, nach welchen es sich in dem Urteil zwar um einen Handelsvertreter handelte, die Grundsätze des Urteils aber in der Folge auch auf andere Vertriebsverhältnisse Anwendung fanden.

⁸⁰⁵ Enrich/Girbau in Bogaert/Lohmann, Commercial Agency and Distribution Agreements³ (2000), 587 mwN zur Rsp des Tribunal Supremo.

⁸⁰⁶ Lindner/Palau, Beendigungsansprüche des Vertragshändlers nach spanischem Recht, RIW 2006, 418 (422) mwN zur Rsp der Audiencias Provinciales.

⁸⁰⁷ Lindner/Palau, Beendigungsansprüche des Vertragshändlers nach spanischem Recht, RIW 2006, 418 (422) mwN zur Rsp des Tribunal Supremo.

Art 28 LCA. So hielt das Tribunal Supremo fest, konzeptionelle Unterschiede zwischen Handelsvertretern und anderen Vertriebsmittlern können unter Umständen irrelevant werden, wenn der Vertriebsmittler insofern nicht unabhängig vom Lieferanten ist, als er seine berufliche Tätigkeit nicht nach seinen eigenen Kriterien organisieren kann. In diesen Fällen wäre Art 28 LCA sowohl hinsichtlich der Kündigung als auch des Kundschaftsentschädigungsanspruchs anwendbar.⁸⁰⁸

Auch im Urteil des Tribunal Supremo vom 20.12.2005 wurde eine analoge Anwendung von Art 28 LCA auf Vertragshändler aufgrund einer „gleichgelagerten Interessenkonstellation“⁸⁰⁹ bejaht.⁸¹⁰ Entsprechend den Voraussetzungen in Art 28 LCA musste demnach auch der Vertragshändler neue Kunden gewonnen oder bestehende Kundenbeziehungen wesentlich erweitert haben und der Unternehmer nach Vertragsauflösung aus den genannten Kunden Vorteile ziehen können.⁸¹¹

Vermeidet es der Tribunal Supremo zwar regelmäßig, sich mit den Argumenten für oder gegen eine analoge Anwendung auseinanderzusetzen, so finden sich dennoch in einigen Urteilen zweiter Instanz zumindest Zitate der dt Rsp oder Hinweise auf die in der dt Lehre bekannten Argumente.⁸¹²

Rsp zum Thema Franchising:

Im Gegensatz zu der beachtlichen Anzahl an Urteilen der span Berufungsgerichte (*Audiencias Provinciales*), gibt es kaum Urteile des Tribunal Supremo, welche sich mit dem Thema Franchising befassen. Bis 2008 setzte sich das Tribunal Supremo in vier Urteilen mit dem Franchising auseinander und legte dabei die rechtlichen Grundlagen dieser Vertriebsform fest. Der Großteil der Urteile der *Audiencias Provinciales* greift diese Grundsätze in seinen Ausführungen auf.⁸¹³

In zwei Urteilen von 1996 und 1998 hält das Tribunal Supremo fest, dass der atypische Charakter des Franchisings bedingt, dass die Vertragsparteien den Inhalt ihrer Beziehung grds selbst zu formulieren haben, wobei die jeweiligen Vertragsklauseln im

⁸⁰⁸ Vgl *Enrich/Girbau* in *Bogaert/Lohmann*, Commercial Agency and Distribution Agreements³ (2000), 588 mwN, wonach das Tribunal Supremo „not always clear in its statements“ ist.

⁸⁰⁹ „*Identidad de razón*“.

⁸¹⁰ *María Rosa Tapia Sánchez*, Aportación de nuevos clientes o incremento sensible de las operaciones como presupuesto de la indemnización por clientela en los contratos de distribución (ohne Jahr), 1.

⁸¹¹ *María Rosa Tapia Sánchez*, Aportación de nuevos clientes o incremento sensible de las operaciones como presupuesto de la indemnización por clientela en los contratos de distribución (ohne Jahr), 2 ff.

⁸¹² *Lindner/Palau*, Beendigungsansprüche des Vertragshändlers nach spanischem Recht, RIW 2006, 418 (422) mwN.

⁸¹³ *Díaz*, Franchising in European Contract Law (2008), 41 mwN.

Rahmen des guten Glaubens und eines gegenseitigen Vertrauensverhältnisses jegliche Wirkung entfalten können. Weiters wies das Tribunal Supremo darauf hin, dass spezielle Normen im Wege der Analogie auf die in Franchiseverträgen vorhandenen ähnlichen Bestimmungen Anwendung finden können.⁸¹⁴

Zu dem Thema, ob auch einem Franchisenehmer nach span Recht – sei es nun auf Basis einer ungerechtfertigten Bereicherung oder analog zu Art 28 LCA – ein Ausgleichsanspruch für den von ihm aufgebauten Kundenstamm zusteht, ist – soweit ersichtlich – keine Jud auffindbar. Es würde jedoch nicht verwundern, wenn auch einem Franchisenehmer – wie einem Vertragshändler – unter den oben genannten Umständen ein Ausgleichsanspruch zugesprochen wird.⁸¹⁵

In Spanien gibt es Bestrebungen, sowohl ein Vertragshändlerrecht als auch ein Franchiserecht zu kodifizieren. Erste Gesetzesentwürfe schlagen unter anderem auch einen verpflichtenden Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers für den von ihm aufgebauten Kundenstamm vor.⁸¹⁶ Primärer Zweck derartiger Bestrebungen ist jedoch, durch zwingende Informationspflichten etwaige Informationsasymmetrien vor Vertragsabschluss zu vermeiden.⁸¹⁷

b) Meinungen in der Literatur

Die wohl hL und Rsp begründet den Ausgleichsanspruch des Vertragshändlers mit der analogen Anwendung des Art 28 LCA.⁸¹⁸

Gegner dieser analogen Anwendung meinen, es komme zu keiner ungerechtfertigten Bereicherung des Unternehmers und der Vertragshändler sei in keiner Weise schutzbedürftig. Der Ausgleichsanspruch sei lediglich ein Entgeltanspruch. Der infolge

⁸¹⁴ Díaz, *Franchising in European Contract Law* (2008), 41 f mwN.

⁸¹⁵ Siehe auch *Montaner in Bogaert/Lohmann, Commercial Agency and Distribution Agreements*³ (2000), 599, wonach in Bezug auf eine Kundschaftsentschädigung die geschädigte Partei (Anm: der Franchisenehmer) das Ausmaß der Schädigung entweder durch ein Schiedsgericht oder durch ein ordentliches Verfahren beweisen muss.

⁸¹⁶ Vgl die Ausführungen bei Field Fisher Waterhouse:

<http://www.ffw.com/publications/all/alerts/spain-draft-distribution-law.aspx> (zuletzt aufgerufen am 21.05.2011).

⁸¹⁷ Flohr in *Flohr/Gramlich, Aktuelle Aspekte des Franchising im In- und Ausland* (2009), 17.

⁸¹⁸ *Lindner/Palau, Beendigungsansprüche des Vertragshändlers nach spanischem Recht*, RIW 2006, 418 (423) mwN; vgl auch *Segura/Civera in Martinek/Semler, Handbuch des Vertriebsrechts* (1996), § 52 Rz 39; *María Rosa Tapia Sánchez, Aportación de nuevos clientes o incremento sensible de las operaciones como presupuesto de la indemnización por clientela en los contratos de distribución* (ohne Jahr), 11.

der Geschäftstätigkeit des Vertragshändlers gewonnene Kundenstamm wäre bereits durch die Handelsspanne abgegolten.⁸¹⁹ Auch wird ein Ausgleichsanspruch des Vertragshändlers von manchen spanischen Autoren deshalb verneint, da der Unternehmer aus dem Kundenstamm nach Vertragsauflösung regelmäßig keine weiteren Vorteile ziehen könne.⁸²⁰

Die Befürworter der analogen Anwendung wiederum vertreten die Ansicht, die Stellung des Vertragshändlers im „Innenverhältnis“ sei in vielen Fällen jener des Handelsvertreters vergleichbar, ist er doch oft im gleichen Ausmaß in die Absatzorganisation eingebunden und zum Warenabsatz verpflichtet. Das Argument der fehlenden Schutzbedürftigkeit könne deshalb nicht ins Treffen gebracht werden, da der Ausgleichsanspruch des Vertragshändlers vertraglich gültig ausgeschlossen werden kann.⁸²¹ Auch wird die Ansicht vertreten, während der Dauer des Vertrags entstehe eine Interessengemeinschaft. Der Ausgleichsanspruch sei eine „billige Lösung zur Liquidierung der Interessengemeinschaft.“ Nur aufgrund „technisch weniger präzisen Sprachgebrauch“ sei in manchen Urteilen von der „Vermeidung einer ungerechtfertigten Bereicherung“ die Rede.⁸²² Die Annahme einer „Interessengemeinschaft“ erinnert an das französische Rechtsinstitut des *mandat d'intérêt commun*.⁸²³

Kritisch äußert sich *Sánchez*⁸²⁴, welcher meint, die vorbehaltlose analoge Anwendung der handelsvertreterrechtlichen Vorschriften auf Franchisenehmer, wie sie von Teilen der Lehre vertreten wird, würde die Unterschiede in der Natur und der wirtschaftlichen Rolle von Handelsvertreterverträgen und dem Franchising ignorieren. Unbeschadet der Diskussion über einen eventuellen Ausgleichsanspruch analog zu Art 28 LCA, soll nach der Vertragsauflösung noch immer ein Ausgleich auf Basis von ungerechtfertigter Bereicherung möglich sein.

⁸¹⁹ *Lindner/Palau*, Beendigungsansprüche des Vertragshändlers nach spanischem Recht, RIW 2006, 418 (423) mwN

⁸²⁰ *María Rosa Tapia Sánchez*, Aportación de nuevos clientes o incremento sensible de las operaciones como presupuesto de la indemnización por clientela en los contratos de distribución (ohne Jahr), 11 mwN.

⁸²¹ *Lindner/Palau*, Beendigungsansprüche des Vertragshändlers nach spanischem Recht, RIW 2006, 418 (423) mwN; zur Möglichkeit des vertraglichen Ausschlusses vgl. auch *Montaner* in *Bogaert/Lohmann*, Commercial Agency and Distribution Agreements³ (2000), 599.

⁸²² *Segura/Civera* in *Martinek/Semler*, Handbuch des Vertriebsrechts (1996), § 52 Rz 39.

⁸²³ Vgl. dazu unten Seite 165 ff.

⁸²⁴ *Emilio J. Lázaro Sánchez*, El Contrato de Franquicia (Aspectos Basicos), *Anales de Derecho*, 18/2000, 91 (114 f).

*Segura/Civera*⁸²⁵ meinen demgegenüber, die Beendigung des Franchisevertrags entspreche der Situation beim Vertragshändler und dementsprechend können die dortigen Überlegungen übernommen werden.

Reaktionen auf die rar vorhandene span höchstgerichtliche Jud zum Thema Franchising sind in der span Lit – soweit ersichtlich – nicht zu finden. Die vorhandenen Ausführungen beziehen sich meist auf die praktische Handhabung und wettbewerbsrechtliche Rsp.⁸²⁶

c) Anspruchsvoraussetzungen

Im Fall der analogen Anwendung entsprechen sowohl die formellen als auch materiellen Anspruchsvoraussetzungen prinzipiell jenen, welche auch beim Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters anspruchsbegründend sind. Zusätzlich wird – wie auch in Österreich und Deutschland – eine dem Handelsvertreter ähnliche Einbindung in die Absatzorganisation des Unternehmers verlangt.⁸²⁷

Es wird grds vermutet, die Gewährung des Ausgleichsanspruchs entspreche der Billigkeit, wenn die materiellen Voraussetzungen erfüllt sind.⁸²⁸ Im Rahmen dieser Billigkeitsentscheidung werden allerdings zusätzlich das Vorhandensein eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots sowie eingeschränkt jene Umstände geprüft, welche zur Kündigung des Vertragshändlervertrags geführt haben.⁸²⁹

Der Ausgleichsanspruch besteht grds unabhängig davon, ob das Vertragsverhältnis durch Kündigung oder Zeitablauf endet.⁸³⁰

⁸²⁵ *Segura/Civera* in *Martinek/Semler*, Handbuch des Vertriebsrechts (1996), § 52 Rz 52 f.

⁸²⁶ *Díaz*, Franchising in European Contract Law (2008), 42.

⁸²⁷ *Meyer/Koesling*, Die neuere Rechtsprechung des Spanischen Tribunal Supremo zur Beendigung von Vertragshändlerverträgen, RIW 1998, 22 (24 f).

⁸²⁸ Der Vertragshändler somit durch seine werbende Tätigkeit einen Kundenstock aufgebaut oder einen bereits bestehenden wesentlich erweitert hat und der Unternehmer aus diesem Kundenstock auch nach Vertragsbeendigung noch Vorteile ziehen kann.

⁸²⁹ *Lindner/Palau*, Beendigungsansprüche des Vertragshändlers nach spanischem Recht, RIW 2006, 418 (421) mwN und näheren Angaben zur möglichen Ausgestaltung des Wettbewerbsverbots.

⁸³⁰ *Lindner/Palau*, Beendigungsansprüche des Vertragshändlers nach spanischem Recht, RIW 2006, 418 (421) mwN; vgl auch *Segura/Civera* in *Martinek/Semler*, Handbuch des Vertriebsrechts (1996), § 52 Rz 41 mwN, wonach es „problematisch“ sei, ob auch bei regulärem Ablauf der Vertragszeit ein Anspruch des Vertragshändlers auf einen Ausgleich für den Verlust der Klientel bestehe.

d) Beweislast

Der Vertragshändler hat den Beweis zu erbringen, dass er dem Unternehmer durch den Aufbau oder die Erweiterung des Kundenstocks auch nach Beendigung des Vertragsverhältnisses einen wirtschaftlichen Vorteil verschafft hat.⁸³¹ Die Rsp erleichtert ihm diesen Beweis jedoch insofern, als bei einer „funktionierenden“ Kundenbeziehung während der Vertragslaufzeit vermutet wird, dass sich das Käuferverhalten nach Vertragsbeendigung weiter fortsetzt. Andererseits wird nach der Rsp der Ausgleichsanspruch teilweise bei solchen Produkten verwehrt, welche ihrer Art nach nicht geeignet sein sollen, Folgegeschäfte erwarten zu lassen (zB Kraftfahrzeuge).⁸³²

Weiters muss der Vertragshändler beweisen, dass er zumindest zum Zuführen von Neukunden mitursächlich beigetragen hat.⁸³³ So lehnte der Tribunal Supremo den Ausgleichsanspruch eines Kfz-Vertragshändlers für den angeblich von ihm aufgebauten Kundenstamm ab, da der Händler vor dem Hintergrund der Sogwirkung der Marke die Schaffung des Kundenstamms nicht bewiesen habe.⁸³⁴

e) Unabdingbarkeit

Ein entscheidender Unterschied der span Rechtslage zu jener in Österreich oder Deutschland ist die Tatsache, dass die Vorschriften der LCA auf Franchiseverträge und Vertragshändlerverträge analog als dispositive Vorschriften angewendet werden. Somit ist es möglich, den Ausgleichsanspruch analog zu Art 28 LCA vertraglich gültig

⁸³¹ *Segura/Civera* in *Martinek/Semler*, Handbuch des Vertriebsrechts (1996), § 52 Rz 39 mwN; *Lindner/Palau*, Beendigungsansprüche des Vertragshändlers nach spanischem Recht, RIW 2006, 418 (421) mit Bezug auf Art 1214 Código Civil (CC).

⁸³² *Lindner/Palau*, Beendigungsansprüche des Vertragshändlers nach spanischem Recht, RIW 2006, 418 (421) mwN; vgl auch *María Rosa Tapia Sánchez*, Aportación de nuevos clientes o incremento sensible de las operaciones como presupuesto de la indemnización por clientela en los contratos de distribución (ohne Jahr), 13, welche aber meint, die bloße Tatsache von langlebigen Gütern (Kfz, Maschinen, etc.) sei für sich genommen keine ausreichende Begründung für Verwehrung des Ausgleichsanspruchs.

⁸³³ *Lindner/Palau*, Beendigungsansprüche des Vertragshändlers nach spanischem Recht, RIW 2006, 418 (421) mwN.

⁸³⁴ Tribunal Supremo 21.01.2009, 28/2009 (RJ 2009/552); vgl auch *María Rosa Tapia Sánchez*, Aportación de nuevos clientes o incremento sensible de las operaciones como presupuesto de la indemnización por clientela en los contratos de distribución (ohne Jahr), 13 (FN 27).

auszuschließen.⁸³⁵ Die Gültigkeit des vertraglichen Ausschlusses jeglicher Ausgleichs- und Schadenersatzansprüche in einem Franchise- oder Vertragshändlervertrag wird mit dem allgemeinen Prinzip der Vertragsfreiheit begründet.⁸³⁶

f) Grundsätzliches zur Höhe

Prinzipiell bestehen keine festen gerichtlichen Kriterien zur Berechnung des Ausgleichsanspruchs. Allerdings werden auch zur Berechnung der Höhe des Anspruchs die Regeln des Art 28 Abs 3 LCA analog herangezogen. Daraus ergibt sich die Begrenzung des Ausgleichsanspruchs mit einem Jahresbetrag der Bruttovergütungen.⁸³⁷ Dieser berechnet sich aus dem Durchschnitt der letzten fünf Jahresgewinne bzw aus dem Durchschnitt der Jahresgewinne der Vertragsdauer, sollte der Vertrag weniger als fünf Jahre gedauert haben. Nach der hRsp bildet der durchschnittlich erzielte Gewinn die Bemessungsgrundlage für den Ausgleichsanspruch. Nach *Lindner/Palau*⁸³⁸ zeichnet sich jedoch in der Praxis eine Tendenz ab, den Ausgleichsanspruch „unreflektiert“ in seinem Höchstausmaß von einem Jahr zuzusprechen.

Grds wird der Aspekt der „Sogwirkung der Marke“ nur zur Bemessung der Höhe des Ausgleichsanspruchs herangezogen. Es gibt jedoch zweitinstanzliche Urteile, welche den Anspruch aufgrund einer ausgeprägten Sogwirkung der Marke gänzlich versagen.⁸³⁹

3. Fazit

Spanien machte eine spannende Entwicklung durch. Bis zum Jahr 1992 gab es nicht einmal gesetzliche Regelungen für Handelsvertreter. Es wurde lange nicht klar zwischen Handelsvertreter und Vertragshändler unterschieden. Umso mehr verwundert es, dass

⁸³⁵ *Lindner/Palau*, Beendigungsansprüche des Vertragshändlers nach spanischem Recht, RIW 2006, 418 (420, FN 29) mwN zur Rsp des Tribunal Supremo; zur Gültigkeit des Ausschlusses bei Franchiseverträgen vgl *Montaner Gomis* in *Bogaert/Lohmann*, Commercial Agency and Distribution Agreements³ (2000), 599; vgl auch *Díaz*, Franchising in European Contract Law (2008), 41 mwN zur Rsp, aus der sich indirekt auch die Gültigkeit des Ausschlusses bei Franchiseverträgen ergibt.

⁸³⁶ Tribunal Supremo 21.01.2009, 28/2009 (RJ 2009/552) mit Bezug auf Kfz-Vertragshändlerverträge.

⁸³⁷ *Segura/Civera* in *Martinek/Semler*, Handbuch des Vertriebsrechts (1996), § 52 Rz 39 mwN.

⁸³⁸ *Lindner/Palau*, Beendigungsansprüche des Vertragshändlers nach spanischem Recht, RIW 2006, 418 (421) mwN zur Rsp und Lit.

⁸³⁹ *Lindner/Palau*, Beendigungsansprüche des Vertragshändlers nach spanischem Recht, RIW 2006, 418 (421, FN 38) mwN zur Rsp.

der Tribunal Supremo bereits im Jahr 1988 offensichtlich einem Vertragshändler einen Ersatzanspruch für den von ihm gewonnenen Kundenstamm zusprach. Begründet wurde dieses Urteil noch über das Rechtsinstitut der ungerechtfertigten Bereicherung. In der Folge entwickelte sich eine Judikaturlinie, welche sich bis in die Gegenwart zieht. Im Laufe der Zeit vermischte sich jedoch diese Argumentationslinie mit jener der Analogie zu Art 28 LCA. Mittlerweile wird dem Vertragshändler ein Ausgleichsanspruch mit ähnlichen Argumenten zugesprochen, wie sie auch in der dt und österr Rsp verwendet werden. Vor allem in zweitinstanzlichen Urteilen finden sich teilweise sogar Zitate der dt Jud und Hinweise auf dt Lit. Als einheitlich kann die span Rsp dennoch nicht bezeichnet werden.

Ein für die Praxis wichtiger Unterschied ist jedenfalls, dass – im Gegensatz zu Österreich und Deutschland – ein Ausgleichsanspruch außerhalb der direkten Anwendung des span Handelsvertreterrechts vertraglich ausgeschlossen werden kann.

Wie in den meisten anderen eur Staaten gibt es auch in Spanien – soweit ersichtlich – keine Rsp zu der Frage, ob auch einem Franchisenehmer ein Ausgleichsanspruch zustehen soll. Die in der Lit geführte Debatte zeigt jedoch etwa die gleichen Argumente, welche auch in der deutschsprachigen Lit vorgebracht werden. Interessant zu erwähnen ist, dass auch das in der deutschsprachigen Lit fehlende Argument der Liquidation einer Interessengemeinschaft als Begründung für einen Ausgleichsanspruch angeführt wird. Dieses dürfte sich – zumindest unbewusst - an das französische *mandat d'intérêt commun* anlehnen. Aufgrund der bisherigen span Rsp und der in der span Lit geführten Diskussion wäre es nicht verwunderlich, bejahe der Tribunal Supremo einen Ausgleichsanspruch analog zu Art 28 LCA auch für Franchisenehmer.

D. Frankreich

Entsprechend der schon nach franz Vorbild formulierten Regelung⁸⁴⁰ des Art 17 Abs 3 HV-RL, übernahm Frankreich als einziges Land innerhalb der EU diese schadenersatzrechtliche Ausgleichsvariante ohne Optionsmöglichkeit⁸⁴¹ in sein Rechtssystem. Insofern nimmt Frankreich im Gesamtkonzept des Handelsvertreterrechts der EU eine gewisse Sonderposition ein.

1. In Frankreich übliche Vertretertypen

Im franz Recht sind für das in dieser Arbeit behandelte Problem insb zwei Typen von Vertretern von Relevanz⁸⁴²:

- der V.R.P. („*Voyageur-Représentant-Placier*“)
- der Agent Commercial (Handelsvertreter)

a) V.R.P. (*Voyageur-Représentant-Placier*)

Ungefähr 90% aller Vermittlungsverhältnisse fallen auf diese Absatzform, welche damit in Frankreich jedenfalls die wirtschaftlich relevanteste darstellt.⁸⁴³

Der V.R.P. nimmt als angestellter Reisender eine juristische „Zwitterstellung“ ein und weist sowohl Wesensmerkmale des Handelsvertreters als auch des Angestellten auf.⁸⁴⁴ Er ist Arbeitnehmer und unterliegt Kraft nicht widerlegbarer Vermutung des franz

⁸⁴⁰ Bericht der *Kommission der EG* über die Anwendung von Art 17 der HV-RL vom 23.07.1996, 6.

⁸⁴¹ Vgl dazu die britische und irische Lösung, wonach die Schadenersatzregelung des Art 17 Abs 3 HV-RL nur dann zur Anwendung gelangen soll, wenn die Parteien nicht die Ausgleichsregelung gemäß Art 17 Abs 2 HV-RL vertraglich vereinbaren.

⁸⁴² Für weitere Vertriebsformen vgl zB *Langer*, Aktuelles Wirtschaftsrecht in Frankreich (1994), 7; vgl auch *Kiene*, Vertriebsrecht in Frankreich, RIW 2007, 287 (294 ff), wonach zB die Vertriebsform des „*Représentant non statutaire*“ durch die HV-RL weggefallen ist; vgl dazu auch *Detzer/Zwernemann*, Ausländisches Recht der Handelsvertreter und Vertragshändler (1997), 142; *Klima*, Umsetzung der EG-Richtlinie über den Handelsvertreter in das nationale französische Recht, RIW 1991, 712.

⁸⁴³ *Detzer/Zwernemann*, Ausländisches Recht der Handelsvertreter und Vertragshändler (1997), 142; *Kiene*, Vertriebsrecht in Frankreich, RIW 2007, 287 (289); *Fock*, Die europäische HV-RL (2001), 90; kritisch zu dem „Kunstgebilde VRP“: *Klima*, Umsetzung der EG-Richtlinie über den Handelsvertreter in das nationale französische Recht, RIW 1991, 712.

⁸⁴⁴ *Klein* in *Saenger/Schulze*, Ausgleichsanspruch (2000), 106.

Gesetzgebers generell dem Arbeitsrecht.⁸⁴⁵ Andererseits ist er aber in der täglichen Abwicklung frei wie ein Handelsvertreter.⁸⁴⁶

Gem Art L 751-1 Gedankenstrich 1 bis 3 CTrav ist ein V.R.P. eine Person, welche für Rechnung eines oder mehrerer Arbeitgeber⁸⁴⁷ ständig und ausschließlich damit betraut ist, Handelsgeschäfte abzuschließen.

Es müssen allerdings drei zusätzliche Voraussetzungen erfüllt sein, um die Anwendung des V.R.P.-Statuts auf einen Vermittler zu eröffnen⁸⁴⁸: Der Vertreter muss die Kunden mit dem Ziel der Auftragserteilung werben, die Auftragserteilung muss an den Vermittler selbst erfolgen und dieser muss darauf die Aufträge selbst an den Unternehmer weiterleiten. Schon geringfügige Abweichungen von diesen Voraussetzungen können die Gerichte dazu veranlassen, den Vertreter nicht als V.R.P., sondern als Agent Commercial zu qualifizieren.⁸⁴⁹

Nach – wohl nicht richtlinienkonformer⁸⁵⁰ - Ansicht des *Cour de Cassation* ist es für die Einordnung als V.R.P. nicht entscheidend, ob ein Unterordnungsverhältnis gegenüber dem Unternehmer vorliegt, solange nicht in vollkommener Weisungsfreiheit gearbeitet wird.⁸⁵¹

Kündigt der Arbeitgeber ohne einen gewichtigen Grund, wird er dem V.R.P. gegenüber schadenersatzpflichtig. Die Höhe des Schadenersatzes beträgt mindestens sechs Monatsgehälter oder „sonstige Arbeitsentgelte“.⁸⁵² Die Kündigungsfrist ist, je nach Vertragsdauer, von ein bis drei Monaten gestaffelt. Dem V.R.P. wird im Rahmen eines unbefristeten Vertrags ein Ausgleichsanspruch zugestanden, wenn er eine vom Arbeitgeber verursachte Kündigung ausspricht oder der Arbeitgeber den Vertrag löst, ohne durch ein schwerwiegendes Verschulden des V.R.P. dazu veranlasst worden zu sein. Regelmäßig werden dabei zwei Jahresprovisionen zugesprochen, wobei 30% ersparte Aufwendungen abgezogen werden.⁸⁵³

⁸⁴⁵ Fock, Die europäische HV-RL (2001), 90; Kiene, Vertriebsrecht in Frankreich, RIW 2007, 287 (290) mwN.

⁸⁴⁶ Langer, Aktuelles Wirtschaftsrecht in Frankreich (1994), 8.

⁸⁴⁷ Kiene, Vertriebsrecht in Frankreich, RIW 2007, 287 (290, FN 55) mwN: „Der für mehrere Arbeitgeber arbeitende VRP wird V.R.P.-multicarte genannt“.

⁸⁴⁸ Kiene, Vertriebsrecht in Frankreich, RIW 2007, 287 (290) mwN.

⁸⁴⁹ Sonnenberger/Dammann, Französisches Handels- und Wirtschaftsrecht³ (2008), 68 f, Rz II 84.

⁸⁵⁰ Vgl dazu ausführlich Kiene, Vertriebsrecht in Frankreich, RIW 2007, 287 (296 ff); Fock, Die europäische HV-RL (2001), 114: „Die Umsetzung der Richtlinie in Frankreich erweist sich als ungenügend. Art. L. 751-1 CTrav ist in dem Sinne richtlinienkonform auszulegen, daß V.R.P. nur sein kann, wer seinem Arbeitgeber persönlich untergeordnet ist“.

⁸⁵¹ Kiene, Vertriebsrecht in Frankreich, RIW 2007, 287 (290 f) mwN.

⁸⁵² Klima in Westphalen, Handbuch des Handelsvertreterrechts (1995), 458 Rz 115.

⁸⁵³ Detzer/Zwernemann, Ausländisches Recht der Handelsvertreter und Vertragshändler (1997), 144.

b) Agent Commercial

Die Stellung des Agent Commercial entspricht weitestgehend der des klassischen Handelsvertreters. Nach Art 1 des Gesetzes 91-593 vom 25.06.1991 ist „Agent Commercial“, wer gewöhnlich und unabhängig, ohne durch einen Dienstvertrag gebunden zu sein, Verträge im Namen und für Rechnung von Erzeugern, Industriellen oder Kaufleuten vermittelt oder abschließt.⁸⁵⁴

c) Abgrenzung des Agent Commercial vom V.R.P.

Der Abgrenzung des Agent Commercial vom V.R.P. kommt schon deshalb große Bedeutung zu, da der Agent Commercial der einzige Vertriebsmittler ist, auf den die Vorschriften des franz Handelsvertretergesetzes (direkte) Anwendung finden.

In der (nicht franz) Lit wird die bisherige Interpretation des Selbstständigkeitsbegriffs heftig kritisiert, da diese nicht richtlinienkonform sei.⁸⁵⁵ Der Anwendungsbereich der HV-RL sei bereits dann eröffnet, „wenn es sich um einen persönlich bzw. rechtlich unabhängigen Vermittler handelt“. Für die in Frankreich vorgenommene Einordnung des V.R.P. als Arbeitnehmer bzw als Selbstständiger, auf den die Vorschriften des CTrav Anwendung finden, sei daher „der Grad der Weisungsgebundenheit entscheidend“. „Jeder rechtlich selbstständige Vermittler, der bisher die weiteren Kriterien des V.R.P.-Statuts erfüllt hat, ist nunmehr als agent commercial anzusehen und untersteht der Richtlinie des Rates“.⁸⁵⁶ In der franz Rechtspraxis wird die Abgrenzung nicht immer genau vorgenommen. Selbst bei Fehlen eines Unterordnungsverhältnisses wird ein V.R.P.-Status nicht ausgeschlossen.⁸⁵⁷

Zwernemann⁸⁵⁸ spricht in diesem Zusammenhang davon, dass der franz Gesetzgeber „gezwungen“ gewesen sei, auf die Umsetzung der Art 3, 4, 5 und 12 der HV-RL zu verzichten, „um die Unterscheidbarkeit zwischen dem VRP und dem Agent Commercial überhaupt noch zu ermöglichen“.

⁸⁵⁴ Langer, *Aktuelles Wirtschaftsrecht in Frankreich* (1994), 8 f.

⁸⁵⁵ So zB Kiene, *Vertriebsrecht in Frankreich*, RIW 2007, 287 (298) mwN; Fock, *Die europäische HV-RL* (2001), 113 f.

⁸⁵⁶ Kiene, *Vertriebsrecht in Frankreich*, RIW 2007, 287 (297 f).

⁸⁵⁷ Klima, *Umsetzung der EG-Richtlinie über den Handelsvertreter in das nationale französische Recht*, RIW 1991, 712 (713) mwN.

⁸⁵⁸ Detzer/Zwernemann, *Ausländisches Recht der Handelsvertreter und Vertragshändler* (1997), 142 f.

In der franz Rsp wird der Handelsvertreter sehr schnell dem Arbeitsrecht unterstellt, wenn zwischen Agent Commercial und Geschäftsherr ein Unterordnungsverhältnis vorliegt.⁸⁵⁹

2. Die Rechtslage in Frankreich vor der HV-RL

a) Die Rechtslage vor dem décret vom 23.12.1958⁸⁶⁰

Die auf den selbstständigen Handelsvertreter (Agent Commercial) angewandten Vorschriften des CC über den Auftrag (*mandat*) gewährten dem Geschäftsherrn in Art 2004 CC das Recht, die Beauftragung jederzeit und einseitig zu kündigen. Da diese Regelung den tatsächlichen Abläufen und Gegebenheiten der Warenvermittlung aufgrund der langfristigen Vertragsbeziehungen nicht gerecht wurde, entwickelte sich eine Rsp, welche versuchte, das Recht des Geschäftsherrn zur einseitigen Vertragsbeendigung einzuschränken. Dabei stand allerdings nicht das Recht des Agent Commercial an dem von ihm aufgebauten Kundenstamm, sondern die Möglichkeit der Einschränkung des Kündigungsrechts des Geschäftsherrn im Vordergrund. Der vom Handelsvertreter aufgebaute Kundenstamm war jedoch teilweise für die Herleitung des Kündigungsschutzes relevant.⁸⁶¹

Bevor es zum Erlass einer sondergesetzlichen Regelung kam, wurde von der Rsp das Konzept des *mandat d'intérêt commun* entwickelt. Diese besondere Kategorie des Auftragsverhältnisses hatte den Zweck, das Recht des Geschäftsherrn zum einseitigen Widerruf der Beauftragung in derartigen Fällen zu verneinen, in denen nicht nur der Auftraggeber, sondern auch der Beauftragte selbst ein Interesse am Fortbestand des Vertrags hatte. Das gemeinsame Interesse wurde in dem für beide Seiten bestehenden Ziel des Vermittlungsvertrags gesehen, langfristige Geschäftsbeziehungen zu Kunden des Geschäftsherrn aufzubauen und zu pflegen. Insofern spielte der Kundenstamm also eine Rolle, war jedoch selbst nicht Gegenstand der Regelung.⁸⁶²

Das *mandat d'intérêt commun* war nur aufgrund eines „*motif légitime*“ kündbar. Folge einer unzulässigen Kündigung sollte jedoch nicht Unwirksamkeit der Kündigung,

⁸⁵⁹ Gunther in Bogaert/Lohmann, Commercial Agency and Distribution Agreements³ (2000), 228 mwN zur Rsp.

⁸⁶⁰ Décret Nr 58-1345 vom 23.12.1958.

⁸⁶¹ Fock, Die europäische HV-RL (2001), 150 f.

⁸⁶² Fock, Die europäische HV-RL (2001), 151 mwN.

sondern lediglich ein Anspruch des Handelsvertreters auf Ersatz des durch die rechtswidrige Vertragsbeendigung entstandenen Schadens sein.⁸⁶³ Im franz Recht wird daher von einer bloßen „*pseudoirrévocabilité*“, also einer relativen Unkündbarkeit des Mandats gesprochen.⁸⁶⁴

b) Die Rechtslage nach dem décret vom 23.12.1958

Mit dem décret vom 23.12.1958⁸⁶⁵ erfolgte eine gesetzliche Regelung zum Recht des Agent Commercial, welche ua besonderes Augenmerk auf die Frage der Vertragsbeendigung durch den Unternehmer legte. In Art 3 Abs 1 des décret wurde der Agenturvertrag als ein im gemeinsamen Interesse der Parteien geschlossenes Auftragsverhältnis (*mandat d'intérêt commun*) definiert.⁸⁶⁶ Es wurde somit an dieses von der franz Rsp entwickelte Rechtsinstitut angeknüpft. Wie schon davor – nur dieses mal gesetzlich verankert – war gem Art 3 Abs 2 des décret vom 23.12.1958 eine außerordentliche Kündigung ohne Schadenersatzpflicht nur wegen eines Fehlverhaltens des Agent Commercial möglich. Wieder war eine rechtswidrig – weil nicht vom Handelsvertreter verschuldete – Kündigung zwar wirksam, verpflichtete den Geschäftsherrn jedoch zur Zahlung von Schadenersatz. Insofern handelte es sich auch in diesem Fall um eine Kündigungsschutzvorschrift.⁸⁶⁷ Konsequenterweise bestand demnach grds kein Anspruch des Handelsvertreters im Falle der bloßen Nichtverlängerung eines befristeten Vertrags oder wenn dieser von sich aus kündigte.⁸⁶⁸ Nach *Fock*⁸⁶⁹ war der Aspekt des gemeinsamen Aufbaus eines Kundenstamms nun weder dem Grunde noch der Höhe nach relevant. Der ersatzfähige Schaden wäre auch nicht auf die vom Agent Commercial seinem Geschäftsherrn neu zugeführten Kunden

⁸⁶³ J. Schacherreiter, Bellt der Hund, um vor dem Einbrecher zu warnen?, juridikum 2004, 92 (94).

⁸⁶⁴ Vgl dazu ausführlich *Fock*, Die europäische HV-RL (2001), 152.

⁸⁶⁵ Décret Nr 58-1345 vom 23.12.1958.

⁸⁶⁶ Vgl dazu auch *Schreiter*, Zur Ausgleichsentschädigung des Handelsvertreters nach französischem Recht, AWD-BB 1962, 176.

⁸⁶⁷ *Fock*, Die europäische HV-RL (2001), 153 f; vgl auch J. Schacherreiter, Bellt der Hund, um vor dem Einbrecher zu warnen?, juridikum 2004, 92 (94), welche eine „schadenersatz-rechtliche Natur mit einem kündigungsschutzrechtlichen Einschlag“ erkennt.

⁸⁶⁸ *Fock*, Die europäische HV-RL (2001), 154 mwN; J. Schacherreiter, Bellt der Hund, um vor dem Einbrecher zu warnen?, juridikum 2004, 92 (94); anders aber, wenn der befristete Vertrag eine stillschweigende Verlängerung vorsieht, sollte er nicht innerhalb einer bestimmten Frist vor dem Auslaufen gekündigt wird: *Schreiter*, Zur Ausgleichsentschädigung des Handelsvertreters nach französischem Recht, AWD-BB 1962, 176.

⁸⁶⁹ *Fock*, Die europäische HV-RL (2001), 154, 156 f.

beschränkt gewesen. Der Schaden des Agent Commercial bestehe vielmehr abstrakt „aus dem Verlust seiner Stellung als Handelsvertreter, worin sein Charakter der Regelung als Kündigungsschutzanspruch deutlich wird“.⁸⁷⁰ Rechtsgrund der Entschädigung sei nicht der Verlust eines vom Agent Commercial aktiv erweiterten Kundenstamms. Deshalb komme es für die Zubilligung eines Schadenersatzanspruchs auch nicht darauf an, ob der Handelsvertreter erfolgreich gearbeitet hat oder nicht.

Schon damals wurde der Schadenersatzanspruch meist pauschal mit zwei Jahresbruttoprovisionen festgesetzt. Die Rechtsprechungspraxis ging implizit davon aus, dass der Aufbau der Handelsvertretung ungefähr zwei Jahre entgeltloser Tätigkeit erfordert und dementsprechend beim Erwerb einer bereits bestehenden Vertretung dieser Preis aufgewendet werden müsste.⁸⁷¹

c) Die Umsetzung von Art 17 Abs 3 HV-RL in das französische Recht

Die HV-RL wurde mit dem Gesetz Nr 91-593 vom 25.06.1991⁸⁷², ergänzt um das decret Nr 92-506 vom 10.06.1992⁸⁷³, mit 18monatiger Verspätung in das franz Recht umgesetzt.⁸⁷⁴ Allerdings geschah die Umsetzung nicht vollständig. So wurden die Art 3, 4, 5 und 12 der HV-RL nicht in das franz Handelsvertreterrecht übernommen.⁸⁷⁵ Weiters wurde Art 17 Abs 3 HV-RL - entgegen dem Wortlaut der Richtlinie - in Art L 134-12 CCom äußerst knapp umgesetzt. Dieser enthält nämlich weder Genaueres zu den Voraussetzungen noch zur Höhe⁸⁷⁶:

„En cas de cessation de ses relations avec le mandat, l’agent commercial a droit à une indemnité compensatrice en réparation du préjudice subi.“⁸⁷⁷

⁸⁷⁰ Ähnlich *Legeais* in *Saenger/Schulze*, Ausgleichsanspruch (2000), 96.

⁸⁷¹ *Fock*, Die europäische HV-RL (2001), 158 mwN.

⁸⁷² Veröffentlicht im Amtsblatt der Französischen Republik vom 17.06.1991, 8271, in Kraft getreten am 28.06.1992.

⁸⁷³ Veröffentlicht im Amtsblatt der Französischen Republik vom 12.06.1992, 7720, in Kraft getreten am 01.01.1994.

⁸⁷⁴ *Kiene*, Vertriebsrecht in Frankreich, RIW 2007, 287 (288) mwN; *Sonnenberger/Dammann*, Französisches Handels- und Wirtschaftsrecht³ (2008), 73, Rz II 96 mwN.

⁸⁷⁵ *Klima* in *Westphalen*, Handbuch des Handelsvertreterrechts (1995), 471 Rz 170.

⁸⁷⁶ *Klima* in *Westphalen*, Handbuch des Handelsvertreterrechts (1995), 478 Rz 194.

⁸⁷⁷ Vgl auch offizielle englische Übersetzung auf www.legifrance.gouv.fr: „If their relationship with their principal ceases, commercial agents shall be entitled to an indemnity for the loss suffered“; vgl auch die dt Übersetzung von *Klein* in *Saenger/Schulze*, Ausgleichsanspruch (2000), 103: „Bei Beendigung seiner Beziehung mit dem Auftraggeber hat der Vertreter Anspruch auf eine ausgleichende Entschädigung für den erlittenen Nachteil“.

In Bezug auf einen nachvertraglichen Entschädigungsanspruch besteht der Unterschied zum décret vom 23.12.1958 vor allem darin, dass jetzt nur mehr allgemein von der „*cessation*“, also der Beendigung des Vertrags, gesprochen wird. Davor war noch die Kündigung durch den Unternehmer („*résiliation*“) Voraussetzung.

Nach hA steht dem Handelsvertreter nun auch eine Entschädigung gem Art L 134-12 Abs 1 CCom zu, wenn ein von Anfang an befristeter Vertrag nach Ablauf der vorgesehenen Vertragsdauer nicht verlängert wird.⁸⁷⁸ Auch nach Umsetzung der HV-RL wurde in Frankreich größtenteils die Meinung vertreten, im Grundsatz brächten weder Art 17 Abs 3 HV-RL noch der diese Vorschrift umsetzende Art L 134-12 CCom eine Änderung der Rechtslage hinsichtlich der nachvertraglichen Entschädigung des Agent Commercial mit sich.⁸⁷⁹ Diese Ansicht wird jedoch mittlerweile mit den Argumenten abgelehnt, dass einerseits der Wortlaut der Bestimmung dagegen spricht und andererseits der franz Gesetzgeber den Schutz des Handelsvertreters durch die Umsetzung der HV-RL im Vergleich zur alten Rechtslage erweitern wollte.⁸⁸⁰ Von einer grundlegenden Systemänderung – im Vergleich zur Rechtslage davor – kann jedoch nicht gesprochen werden.⁸⁸¹

Der franz Gesetzgeber hat von der in Art 2 Abs 2 HV-RL eröffneten Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Anwendbarkeit der HV-RL auf jene Personen auszuschließen, welche die Handelsvertretertätigkeit nach dem Recht des jeweiligen Mitgliedstaates lediglich als Nebenberuf ausüben. Somit fällt der in Frankreich bloß gelegentlich tätige Absatzmittler („*mandataire simple*“) nicht in den Anwendungsbereich der Regeln über den Agent Commercial.⁸⁸² Auf diesen sind die Vorschriften des Auftragrechts („*mandats*“) ⁸⁸³ anwendbar.⁸⁸⁴

⁸⁷⁸ Schacherreiter, Das Franchise-Paradox (2006), 55 mwN; Gunther in Bogaert/Lohmann, Commercial Agency and Distribution Agreements³ (2000), 241; Rühl, Der nachvertragliche Entschädigungsanspruch des franz HV, RIW 2007, 742 (744) mwN; Fock, Die europäische HV-RL (2001), 163 mwN; Legeais in Saenger/Schulze, Ausgleichsanspruch (2000), 104; vgl auch Legeais in Saenger/Schulze, Ausgleichsanspruch (2000), 107 f, welcher auf eventuelle dogmatische Probleme im Zusammenhang mit dieser Änderung hinweist.

⁸⁷⁹ Fock, Die europäische HV-RL (2001), 163 mwN; Fock in Saenger/Schulze, Ausgleichsanspruch (2000), 77 f mwN.

⁸⁸⁰ Rühl, Der nachvertragliche Entschädigungsanspruch des franz HV, RIW 2007, 742 (744).

⁸⁸¹ Rafsendjani, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (1999), 385; so auch Legeais in Saenger/Schulze, Ausgleichsanspruch (2000), 96.

⁸⁸² Art L 134-1 ff CCom.

⁸⁸³ Art 1984 ff CCiv.

⁸⁸⁴ Rafsendjani, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (1999), 373.

3. Der Ausgleichsanspruch des V.R.P. gemäß Art L 751-9 Code du Travail

Grundlage des Ausgleichsanspruchs des V.R.P. ist Art L 751-9 CTrav. Nach dem Wortlaut der Bestimmung findet allein jener Schaden Berücksichtigung, welcher dem V.R.P. dadurch entsteht, dass er aus einem Kundenstamm,⁸⁸⁵ welchen er aufgebaut, mitgebracht oder weiterentwickelt hat, keine Provisionen mehr erzielen kann.⁸⁸⁶ Eventuelle Vorteile des Unternehmers sind grds ohne Bedeutung.⁸⁸⁷ Der Anspruch besteht deshalb konsequenterweise auch nur, wenn der V.R.P. (zumindest teilweise) auf Provisionsbasis entlohnt wurde.⁸⁸⁸ Möglich wäre nämlich auch eine Entlohnung auf Basis eines Festgehalts.⁸⁸⁹

Der V.R.P. hat weiters das Wahlrecht, an Stelle des Ausgleichsanspruchs eine Entschädigung nach dem „Nationalen Branchenübergreifenden Tarifvertrag“ für V.R.P. vom 03.10.1975 zu fordern. Voraussetzung für die Geltendmachung der Ansprüche ist jedoch, dass der Tarifvertrag auch auf den Unternehmer anwendbar ist. Dies ist zB bei grenzüberschreitenden Vertreterverträgen mit Unternehmern, welche in Frankreich keine Niederlassung haben, nicht der Fall.⁸⁹⁰

Der Ausgleichsanspruch steht gem Art L 751-9 CTrav bei der Kündigung von unbefristeten Verträgen zu, wenn der Unternehmer diese zu vertreten hat. Ebenso kommt der V.R.P. in den Genuss des Ausgleichsanspruchs, wenn ein befristeter Vertrag durch Zeitablauf endet bzw nicht verlängert wird⁸⁹¹ oder der Vertrag aufgrund Unfall oder Krankheit des V.R.P. endet.⁸⁹² Kein Ausgleichsanspruch wird geschuldet, wenn es zu einer einvernehmlichen Vertragsauflösung kommt.⁸⁹³ Anders als der

⁸⁸⁵ *Klima in Westphalen*, Handbuch des Handelsvertreterrechts (1995), 466 Rz 148 ff: Diese Kundschaft muss eine „ständige“ sein, welche „regelmäßig neue Aufträge erteilt“. Die Regelmäßigkeit der Auftragserteilung wird teilweise schon im Kfz-Bereich in Frage gestellt. Es müsse sich außerdem um gewerbliche Kunden handeln; Gelegenheitskunden und selbst Private sollen idR nicht ausreichen für den Ausgleichsanspruch. Nicht erforderlich ist es jedoch, dass die Kundschaft identische Waren nachbestellt. In der Praxis wird regelmäßig zu Beweis Zwecken eine Anlage mit einer vollständigen, namentlichen Liste der vorhandenen Kunden inkl deren Umsätze zum Vertrag beigelegt.

⁸⁸⁶ *Rafsendjani*, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (1999), 382 f.

⁸⁸⁷ *Klima in Westphalen*, Handbuch des Handelsvertreterrechts (1995), 464 Rz 138; *Rühl*, Der nachvertragliche Entschädigungsanspruch des franz HV, RIW 2007, 742 (751).

⁸⁸⁸ *Sonnenberger/Dammann*, Französisches Handels- und Wirtschaftsrecht³ (2008), 69, Rz II 85; *Klima in Westphalen*, Handbuch des Handelsvertreterrechts (1995), 467 Rz 151.

⁸⁸⁹ *Klima in Westphalen*, Handbuch des Handelsvertreterrechts (1995), 450 Rz 90.

⁸⁹⁰ *Klima in Westphalen*, Handbuch des Handelsvertreterrechts (1995), 464 Rz 140.

⁸⁹¹ *Fock*, Die europäische HV-RL (2001), 155; *Klima in Westphalen*, Handbuch des Handelsvertreterrechts (1995), 463 Rz 137.

⁸⁹² *Mesnooh*, Law and Business in France (1994), 31.

⁸⁹³ *Rafsendjani*, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (1999), 381 mwN; *Klima in Westphalen*, Handbuch des Handelsvertreterrechts (1995), 465 Rz 143.

Ausgleichsanspruch des österr⁸⁹⁴ oder dt⁸⁹⁵ Handelsvertreters, ist der Ausgleichsanspruch des V.R.P. nicht vererbbar.⁸⁹⁶ Weiters ist er auf natürliche Personen beschränkt.⁸⁹⁷

Der Ausgleichsanspruch gem Art L 751-9 CTrav soll jenen Anteil ausgleichen, welcher dem V.R.P. persönlich für Wert und Anzahl der von ihm geworbenen Kunden zukommt. Dementsprechend kann bei der Berechnung der Höhe des Ausgleichsanspruchs auch die Werbetätigkeit des Unternehmers eine Rolle spielen. Insb beim Vertrieb von Markenprodukten kann dies ins Gewicht fallen (Stichwort: Sogwirkung der Marke).⁸⁹⁸ Der Ausgleichsanspruch wird von der Rsp-Praxis meist in Höhe der Provisionen der beiden letzten Vertragsjahre unter Abzug einer 30%igen Pauschale für ersparte Unkosten zugesprochen. Es darf jedoch keine Pauschalierung oder ähnliche Abmachung über die Höhe des Anspruchs im Vorhinein festgelegt werden.⁸⁹⁹ Die Regelung des Art L 751-9 CTrav stellt insofern – wie auch die anderen Regelungen für den V.R.P. – zwingendes Recht dar. Zu beachten sind idR weiters kollektivvertragliche Vorgaben.⁹⁰⁰ Gerichtsstand für innerfranzösische Rechtsstreitigkeiten in diesem Zusammenhang sind die franz Arbeitsgerichte (*Conseils de Prud'hommes*).⁹⁰¹

Scheint über die Rechtsnatur des Ausgleichsanspruchs des V.R.P. im französischen Recht auch keine Einigkeit zu bestehen⁹⁰², liegt doch eine deutliche Verwandtschaft mit dem Ausgleichsanspruch des dt und österr Handelsvertreters vor.⁹⁰³ Kritisch sieht *Fock*⁹⁰⁴ die Versuche der franz Lit, den Anspruch auf eine rechtsgrundlose Bereicherung des Unternehmers zurückzuführen. Einigkeit besteht wohl darin, dass der Ausgleichsanspruch des V.R.P. von seiner Rechtsnatur her keine Vergütungsregelung

⁸⁹⁴ § 24 Abs 2 HVertrG.

⁸⁹⁵ *Küstner* in *Küstner/Thume*, Außendienstrecht II⁸, 115 ff, Rz 6 ff zu Kapitel V mwN BGH 13.05.1957, II ZR 318/56, NJW 1957, 1020.

⁸⁹⁶ *Rafsendjani*, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (1999), 381 mwN.

⁸⁹⁷ *Rafsendjani*, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (1999), 390 mwN zur franz Rsp.

⁸⁹⁸ Vgl dazu ausführlich *Klima* in *Westphalen*, Handbuch des Handelsvertreterrechts (1995), 467 Rz 152.

⁸⁹⁹ *Sonnenberger/Dammann*, Französisches Handels- und Wirtschaftsrecht³ (2008), 69 f, Rz II 86; *Klima* in *Westphalen*, Handbuch des Handelsvertreterrechts (1995), 467 Rz 153 f.

⁹⁰⁰ *Sonnenberger/Dammann*, Französisches Handels- und Wirtschaftsrecht³ (2008), 66 Rz II 83.

⁹⁰¹ *Klima* in *Westphalen*, Handbuch des Handelsvertreterrechts (1995), 470 Rz 164.

⁹⁰² *Rafsendjani*, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (1999), 380; *Fock*, Die europäische HV-RL (2001), 155.

⁹⁰³ *Fock*, Die europäische HV-RL (2001), 155, welcher demgegenüber vor allem den kündigungsschutzrechtlichen Charakter des Schadenersatzanspruchs des Agent Commercial gemäß Art L 134-12 CCom hervorkehrt; *Sonnenberger/Dammann*, Französisches Handels- und Wirtschaftsrecht³ (2008), 69 f, Rz II 86; *Rafsendjani*, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (1999), 379 f.

⁹⁰⁴ Vgl dazu ausführlich *Fock*, Die europäische HV-RL (2001), 155 mwN.

darstellt. Teilweise wurde von der Jud auch ein „rentenähnlicher Versorgungscharakter hineingelesen“.⁹⁰⁵

4. Die Kundschaftsentschädigung des Agent Commercial gemäß Article L 134-12 Code de Commerce

a) Formelle Voraussetzungen

Bis zum décret vom 23.12.1958 stand über dem Problem der Kündigung des Vertrags sowie etwaigen Entschädigungs- und Ausgleichsansprüchen des Agent Commercial ein großes Fragezeichen. Der Handelsvertretervertrag wird im franz Recht grds als eine Unterart des Auftrags („*mandat*“) angesehen.⁹⁰⁶ Es war deshalb fragwürdig, ob die nach dem Code Civil für unbefristete Auftragsverhältnisse jederzeit zulässige und entschädigungslose Kündigung auf Vertreterverträge zu übertragen ist. Eine Entschädigungspflicht des Auftraggebers wäre nämlich an zwei Voraussetzungen gebunden: Der Vertrag muss im gemeinsamen Interesse der Parteien geschlossen und die Auflösung des Vertrages dem Auftraggeber vorwerfbar sein.⁹⁰⁷ Seit dem décret vom 23.12.1958, und mittlerweile in Art L 134-4 Abs 1 CCom⁹⁰⁸ ebenfalls kodifiziert, gibt es allerdings eine unwiderlegbare gesetzliche Vermutung, dass Handelsvertreterverträge (*contrats d'agent commercial*) im gemeinsamen Interesse der Parteien geschlossen werden (*mandat d'intérêt commun*). Es bestehen nun auch gem Art L 134-11 CCom bestimmte Kündigungsfristen.⁹⁰⁹

Grds ist davon auszugehen, dass der Geschäftsherr dem Agent Commercial einen im Vorhinein unabdingbaren⁹¹⁰ Entschädigungsanspruch schuldet. Der Entschädigungsanspruch ist jedoch nicht geschuldet, wenn⁹¹¹

⁹⁰⁵ *Rafsendjani*, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (1999), 380 mwN zur franz Rsp.

⁹⁰⁶ *Legeais* in *Saenger/Schulze*, Ausgleichsanspruch (2000), 95; *Sonnenberger/Dammann*, Französisches Handels- und Wirtschaftsrecht³ (2008), 72, Rz II 95.

⁹⁰⁷ *Sonnenberger/Dammann*, Französisches Handels- und Wirtschaftsrecht³ (2008), 74, Rz II 99.

⁹⁰⁸ Art L 134-4 Abs 1 CCom: „Les contrats intervenus entre les agents commerciaux et leurs mandants sont conclus dans l'intérêt commun des parties“.

⁹⁰⁹ Gemäß Abs 3 grundsätzlich ein Monat für das erste Vertragsjahr, zwei für das begonnene zweite und maximal drei ab dem begonnenen dritten Vertragsjahr, wobei gemäß Abs 4 keine kürzeren Kündigungsfristen vereinbart werden dürfen.

⁹¹⁰ Art L 134-16 CCom.

⁹¹¹ Auflistung bei *Klima* in *Westphalen*, Handbuch des Handelsvertreterrechts (1995), 478, Rz 193; vgl auch Art L 134-13 CCom.

- die Beendigung des Vertrags durch schweres Verschulden des Vertreters verursacht wurde;⁹¹²
- die Beendigung des Vertrages auf den Vertreter zurückgeht; es sei denn, dass sie durch Umstände verursacht ist, die der Geschäftsherr zu vertreten hat oder die Beendigung durch Alter, Gebrechlichkeit oder Krankheit des Vertreters gerechtfertigt ist und ihm infolgedessen eine Fortsetzung der Tätigkeit nicht zugemutet werden kann;⁹¹³ oder
- der Vertreter mit Zustimmung des Geschäftsherrn seine Rechte und Pflichten aus dem Vertretungsvertrag an einen Dritten abtritt.⁹¹⁴

Ein Entschädigungsanspruch steht dem Agent Commercial auch dann zu, wenn ein befristeter Vertrag durch Zeitablauf endet bzw nicht verlängert wird.⁹¹⁵ Fraglich ist, inwieweit eine einvernehmliche Vertragsauflösung einen Entschädigungsanspruch auslöst.⁹¹⁶

Der Anspruch muss gem Art L 134-12 Abs 2 CCom innerhalb von einem Jahr geltend gemacht werden⁹¹⁷ und steht entsprechend Art L 134-12 Abs 3 CCom beim Tod des Agent Commercial auch seinen Rechtsnachfolgern zu.

⁹¹² Zur Verschuldensfrage vgl ausführlich *Klima* in *Westphalen*, Handbuch des Handelsvertreterrechts (1995), 480, Rz 203; *Sonnenberger/Dammann*, Französisches Handels- und Wirtschaftsrecht³ (2008), 74, Rz II 99; *Rühl*, Der nachvertragliche Entschädigungsanspruch des franz HV, RIW 2007, 742 (746 f) mwN, wonach die franz Rsp ein Verhalten fordert, das die Fortsetzung des Vertrags für den Unternehmer unzumutbar macht. Dies liege insb beim Vertrieb konkurrierender Produkte oder bei nachhaltiger Schädigung der Interessen des Unternehmers in sonstiger Weise.

⁹¹³ Vgl dazu *Rühl*, Der nachvertragliche Entschädigungsanspruch des franz HV, RIW 2007, 742 (746).

⁹¹⁴ Art L 134-13 Abs 3 CCom.

⁹¹⁵ Art L 134-12 Abs 1 CCom; *Schacherreiter*, Das Franchise-Paradox (2006), 55 mwN; *Klein* in *Saenger/Schulze*, Ausgleichsanspruch (2000), 104; *Fock*, Die europäische HV-RL (2001), 163; vgl zur zeitweise in Frankreich geführten Debatte, ob in diesem Fall tatsächlich ein Entschädigungsanspruch zustehen soll: *Rühl*, Der nachvertragliche Entschädigungsanspruch des franz HV, RIW 2007, 742 (744) mwN.

⁹¹⁶ Für die Entstehung: *Tschuk*, Ausgleichsanspruch (1994), 131, welche meint, nach der HV-RL solle gerade auch die Vertragsbeendigung im Einvernehmen einen Anspruch des Handelsvertreters auf Ausgleich bzw Schadenersatz auslösen, unabhängig davon, auf wen die Initiative zurückgeht; gegen die Entstehung: *Rafsendjani*, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (1999), 381 mwN.

⁹¹⁷ *Klima* in *Westphalen*, Handbuch des Handelsvertreterrechts (1995), 482 Rz 207: Dem alten franz Handelsvertreterrecht war diese Ausschlussfrist „völlig unbekannt“.

b) Materielle Voraussetzungen

Im Gegensatz zum Ausgleichsanspruch des österr⁹¹⁸ oder dt⁹¹⁹ Handelsvertreters ist es für den Entschädigungsanspruch des Agent Commercial sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach irrelevant, ob der Geschäftsherr aus der Tätigkeit des Handelsvertreters weiterhin Vorteile ziehen kann. Selbst ein Rückgang der vom Vertreter geworbenen Neu- und Altkunden spielt keine Rolle.⁹²⁰

Die Regelung will lediglich den durch die Vertragsbeendigung erlittenen Schaden des Agent Commercial ersetzen, wobei der Schaden nach *Fock*⁹²¹ abstrakt im Verlust seiner Stellung als Handelsvertreter liegt und insofern dem Vertrag an sich ein Vermögenswert zugebilligt wird. Darin würde auch der Charakter der Regelung als Kündigungsschutzanspruch deutlich.

Ebenso entschädigungsfähig soll nach *Fock*⁹²² die Rufschädigung des Agent Commercial aufgrund des Verlusts seines Vermittlungsvertrags sein.

c) Billigkeit

Der Entschädigungsanspruch ist nach franz Recht grds an keinerlei Billigkeitsmomente gebunden.⁹²³

d) Übertragung der Kundschaft

*Sonnenberger/Dammann*⁹²⁴ meinen, der Agent Commercial sei mit Ende der Vertragsbeziehungen „nicht gehalten, Kundenlisten herauszugeben“.

⁹¹⁸ § 24 HVertrG.

⁹¹⁹ § 89b dHGB.

⁹²⁰ *Klima* in *Westphalen*, Handbuch des Handelsvertreterrechts (1995), 479 Rz 197; *Rühl*, Der nachvertragliche Entschädigungsanspruch des franz HV, RIW 2007, 742 (751).

⁹²¹ *Fock*, Die europäische HV-RL (2001), 156 f mwN.

⁹²² *Fock*, Die europäische HV-RL (2001), 158 mwN, welcher darin eine weitere Bestätigung der „völlig anderen Ausrichtung“ dieses Schadenersatzanspruchs des Agent Commercial im Vergleich zu einer Kundschaftsentschädigungsregelung sieht.

⁹²³ Vgl auch Art 17 Abs 3 HV-RL.

⁹²⁴ *Sonnenberger/Dammann*, Französisches Handels- und Wirtschaftsrecht³ (2008), 75, Rz II 100.

Dies scheint jedoch in Anbetracht des Hintergrunds, dass natürlich auch der franz Handelsvertreter im fremden Namen und für fremde Rechnung handelt, insofern fragwürdig, als der Geschäftsherr ja selbst diese besagten Kundenlisten vorliegen haben muss. Immerhin schließt er ja auch selbst das Geschäft mit dem jeweiligen Kunden ab.

e) Beweislast

Der Anspruch kann zB dann entfallen, wenn dem Unternehmer der Beweis gelingt, dass dem Agent Commercial der Kundenstamm und somit auch künftige Provisionen in jedem Fall, also unabhängig von der Vertragsbeendigung, verloren gegangen wären. Es würde sonst nämlich kein Kausalzusammenhang zwischen Provisionsverlusten und dem Vertragsende bestehen.⁹²⁵ Die Beweislast für das Vorliegen des Verschuldens im Rahmen der Auflösung eines befristeten Vertriebsvertrags trägt allein der Unternehmer.⁹²⁶ Daneben sind die allgemeinen Beweisregeln des Art 1331 CC zu beachten.⁹²⁷

f) Unabdingbarkeit

Gem Art L 134-16 CCom sind Vertragsklauseln, welche von dem in Art L 134-12 CCom festgesetzten Entschädigungsanspruch abweichen, nichtig.⁹²⁸ Es kann somit im Vorhinein nur zum Vorteil des Agent Commercial⁹²⁹ vom zwingenden Entschädigungsanspruch abgewichen werden.

⁹²⁵ Klein in Saenger/Schulze, Ausgleichsanspruch (2000), 105.

⁹²⁶ Klein in Saenger/Schulze, Ausgleichsanspruch (2000), 107.

⁹²⁷ Klima in Westphalen, Handbuch des Handelsvertreterrechts (1995), 482 Rz 207.

⁹²⁸ Art L 134-16 CCom: „Est réputée non écrite [...]“.

⁹²⁹ Art L 134-16 CCom: „[...] au détriment de l'agent commercial [...]“.

g) Grundsätzliches zur Höhe

Den in der Praxis wohl wichtigsten Unterschied zum Ausgleichsanspruch des Art 17 Abs 2 HV-RL bringt die stRsp der franz Gerichte zur Höhe des Anspruchs mit sich.⁹³⁰ So wird in Frankreich der Entschädigungsanspruch – der Rsp zur Vorgängerregelung⁹³¹ folgend - weitestgehend pauschal mit zwei Jahresbruttoprovisionen festgesetzt.⁹³² Berechnet wird der Anspruch dabei entweder durch die Summe der in den letzten zwei Vertragsjahren erzielten Bruttoprovisionen oder – wohl häufiger - die durchschnittliche Jahresbruttoprovision der letzten drei Vertragsjahre wird verdoppelt.⁹³³ Im Gegensatz zum Ausgleichsanspruch des V.R.P. werden keine Abzüge für ersparte Aufwendungen getätigt.⁹³⁴

Bei der Berechnung der zwei Jahresbruttoprovisionen werden grds alle Vergütungen berücksichtigt, die der Agent Commercial in den letzten zwei oder drei Vertragsjahren erhalten hat. Keine Rolle spielt es, ob er die entsprechenden Provisionen für Geschäfte mit Neu- oder Altkunden erhalten hat.⁹³⁵ Begründet wird der Entschädigungsanspruch weitestgehend über die Rechtsfigur des entgangenen Gewinns („*lucrum cessans*“).⁹³⁶ Eine Schadensminderungspflicht trifft den Agent Commercial allerdings nicht.⁹³⁷

Der Handelsvertreter muss nicht nachweisen, dass ihm tatsächlich ein Schaden in dieser Höhe entstanden ist. Es wird vielmehr eine Vermutung dafür aufgestellt, dass der Schaden des Handelsvertreters diese Höhe erreicht. Damit unterscheidet sich der franz Entschädigungsanspruch des Handelsvertreters natürlich markant von jenem Ausgleichsanspruch, der in Österreich oder Deutschland in Umsetzung des Art 17 Abs 2

⁹³⁰ Vgl dazu auch den Bericht der *Kommission der EG* über die Anwendung von Art 17 der HV-RL vom 23.07.1996, 12.

⁹³¹ Art 3 Abs 2 des décret vom 23.12.1958.

⁹³² Bericht der *Kommission der EG* über die Anwendung von Art 17 der HV-RL vom 23.07.1996, 11, 19; Gunther in Bogaert/Lohmann, Commercial Agency and Distribution Agreements³ (2000), 241; Rühl, Der nachvertragliche Entschädigungsanspruch des franz HV, RIW 2007, 742 (749): Trotz dieser Praxis werden die franz Gerichte nicht „müde zu betonen, dass die Höhe der Entschädigung in ihrem Ermessen stehe und der Zuspruch einer Entschädigung in Höhe von zwei Jahresbruttoprovisionen keinesfalls automatisch erfolge“.

⁹³³ Rühl, Der nachvertragliche Entschädigungsanspruch des franz HV, RIW 2007, 742 (748) mwN zur Rsp; Klima in Westphalen, Handbuch des Handelsvertreterrechts (1995), 479, Rz 196.

⁹³⁴ Fock, Die europäische HV-RL (2001), 158 mwN; Rühl, Der nachvertragliche Entschädigungsanspruch des franz HV, RIW 2007, 742 (749) mwN; Klima in Westphalen, Handbuch des Handelsvertreterrechts (1995), 479, Rz 196.

⁹³⁵ Rühl, Der nachvertragliche Entschädigungsanspruch des franz HV, RIW 2007, 742 (748 f) mwN.

⁹³⁶ Rafsendsjani, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (1999), 387.

⁹³⁷ Bericht der *Kommission der EG* über die Anwendung von Art 17 der HV-RL vom 23.07.1996, 20.

HV-RL zugesprochen wird und entsprechend der Richtlinie⁹³⁸ mit einer Jahresbruttoprovision begrenzt ist.⁹³⁹

Es ist nicht abschließend geklärt, welche Umstände im Einzelnen die Höhe des Entschädigungsanspruchs des Agent Commercial vergrößern oder verkleinern. Im Endeffekt werden doch fast immer zwei Jahresbruttoprovisionen zugesprochen. Erwähnenswert für die Höhe können jedoch in Ausnahmefällen die Dauer des Vertrags⁹⁴⁰, die Vereinbarung eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots⁹⁴¹, die Art der Vertragskündigung⁹⁴² und die Entwicklung der Absatzzahlen vor Vertragsbeendigung sein.⁹⁴³

5. Analoge Anwendung auf andere Vertriebsmittler

Wie auch in den meisten anderen eur Ländern fehlt es an einer gesetzlichen Regelung für das Franchising und den Vertragshandel.⁹⁴⁴ Es wurden jedoch in Frankreich bereits in den 70er Jahren Gesetzvorschläge zu diesem Thema eingebracht, welche auch Bestimmungen ähnlich eines Ausgleichsanspruchs enthalten sollten.⁹⁴⁵ Umgesetzt wurden diese Vorschläge jedoch nie.

⁹³⁸ Art 17 Abs 2 lit b HV-RL.

⁹³⁹ *Rühl*, Der nachvertragliche Entschädigungsanspruch des franz HV, RIW 2007, 742 (748); krit zur Richtlinienkonformität dieser Rsp: *Fock*, Die europäische HV-RL (2001), 164, welcher auch meint, es müsse überraschen, dass auch die Europäische Kommission in ihrem Bericht über die Umsetzung der HV-RL vom 23.07.1996 „ganz selbstverständlich von der Fortführung der französischen Rechtsprechung ausgeht und diese für zulässig hält“.

⁹⁴⁰ Vgl *Rühl*, Der nachvertragliche Entschädigungsanspruch des franz HV, RIW 2007, 742 (749 f) mwN: Bei einer besonders kurzen Vertragsdauer wurde vereinzelt eine Entschädigung von weniger als zwei Jahresbruttoprovisionen zugesprochen. Welche Auswirkungen eine besonders lange Vertragsdauer in diesem Zusammenhang hat, bleibt offen.

⁹⁴¹ *Rühl*, Der nachvertragliche Entschädigungsanspruch des franz HV, RIW 2007, 742 (750) mwN: Lt jüngerer Rsp kann die Vereinbarung eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots zu einer Erhöhung der nach Beendigung des Vertrags zu zahlenden Entschädigung führen.

⁹⁴² *Klima*, Umsetzung der EG-Richtlinie über den Handelsvertreter in das nationale französische Recht, RIW 1991, 712 (716), wonach es „unterschwellig“ eine Rolle spiele, ob die Kündigung als „gerecht“ oder „ungerecht“ empfunden wurde.

⁹⁴³ *Rühl*, Der nachvertragliche Entschädigungsanspruch des franz HV, RIW 2007, 742 (750 f) mwN: Die Zu- oder Abnahme der Absatzzahlen vor Vertragsende können in Einzelfällen einen Einfluss auf die Höhe der Entschädigung haben.

⁹⁴⁴ Eine Ausnahme stellt Belgien dar: Dort gibt es ein eigenes Gesetz für Alleinvertriebshändler und diesen verwandte Vertragshändlerformen, vgl dazu zB *Detzer/Zwernemann*, Ausländisches Recht der Handelsvertreter und Vertragshändler (1997), 66.

⁹⁴⁵ *Rafsendjani*, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (1999), 377 f mwN; vgl auch *Díaz*, Franchising in European Contract Law (2008), 33 f, wonach es damals auch als nicht ratsam gesehen wurde, den dynamischen Charakter des Franchisings durch Gesetze über die internen Vertragsbeziehungen der Franchisepartner zu behindern; vgl auch *Martinek*, Franchising (1987), 183, welcher ebenfalls auf die in Frankreich in den 70er Jahren erarbeiteten Gesetzesvorschläge eingeht.

Einzig die Verpflichtung des Franchisegebers, den Franchisenehmer im vorvertraglichen Stadium mit allen nötigen Informationen zu versorgen, ist in Art L 330-3 CCom (ehemals „*Loi Doubin*“) geregelt. Dieser stellt allerdings keine spezielle „Franchise-Norm“ dar, sondern ist allgemein auf Verträge anwendbar, in denen eine Vertragspartei der anderen Immaterialgüterrechte einräumt und sich im Gegenzug ein Exklusiv- oder Quasi-Exklusivrecht einräumen lässt.⁹⁴⁶ Auch die von den diversen Franchiseorganisationen und -verbänden erlassenen Richtlinien stellen keine verbindliche Rechtsquelle dar und dienen höchstens als Anhaltspunkt.⁹⁴⁷

Es gibt zwar zahlreiche Urteile des *Cour de Cassation* zum Thema Franchising⁹⁴⁸, diese sind jedoch oft wenig ergiebig. Die Urteile sind meist sehr kurz gefasst und enthalten nur das Ergebnis enthalten, nicht aber den Weg dorthin.⁹⁴⁹

Franchiseverträge sind nach franz Verständnis atypische Verträge (*innomé*), welche gewerbsmäßig und auf Kooperation basierend sind. Es handelt sich grds um Langzeit-Verträge mit wechselseitigen Verpflichtungen (*contrat synallagmatique et commutatif*). Oft fänden sich Verträge mit Knebelungscharakter. Üblicherweise seien es Rahmenverträge (*contrat cadre*), unter denen einzelne Verträge zusammengefasst werden (*contrats d'application*).⁹⁵⁰

a) Analoge Anwendung der Regelungen des V.R.P.

Eine direkte Anwendung des aus Art 751-9 CTrav resultierenden, arbeitsrechtlichen Anspruchs des V.R.P. auf Franchisenehmer wird in Frankreich aufgrund der Stellung des Franchisenehmers als unabhängiger Unternehmer überwiegend abgelehnt.⁹⁵¹

Die analoge Anwendung dieser arbeitsrechtlichen Vorschriften auf den Franchisenehmer war bis dato nicht Gegenstand einer „ernsthaften Diskussion in der Franchiseliteratur bzw. in den Entscheidungen der Judikatur“.⁹⁵² Im Ergebnis wird eine analoge Anwendung jedoch schon deshalb scheitern, da eine Vergleichbarkeit von V.R.P.

⁹⁴⁶ Art L 330-3 CCom; vgl auch Díaz, Franchising in European Contract Law (2008), 33.

⁹⁴⁷ Díaz, Franchising in European Contract Law (2008), 35 mwN.

⁹⁴⁸ Das erste erging im Jahre 1970.

⁹⁴⁹ Díaz, Franchising in European Contract Law (2008), 34 mwN.

⁹⁵⁰ Díaz, Franchising in European Contract Law (2008), 36 mwN; zu den einzelnen Definitionen des Franchisings in Rsp, Lit und von Franchiseverbänden vgl dies, Franchising in European Contract Law (2008), 48 ff.

⁹⁵¹ Rafsendjani, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (1999), 389 mwN.

⁹⁵² Rafsendjani, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (1999), 390.

und Franchisenehmer nicht in der Form vorliegen kann, dass eine Analogie gerechtfertigt erscheint. Vielmehr wird ein franz Gericht in einer solchen Frage von der Möglichkeit der „*disqualification*“ des Franchisevertrags Gebrauch machen und diesen wie einen Arbeitsvertrag behandeln, sollte es an der unternehmerischen Selbstständigkeit des Franchisenehmers zweifeln.⁹⁵³ Eine analoge Anwendung kommt deshalb nicht in Betracht.⁹⁵⁴

Um die Möglichkeit einer eventuellen arbeitsrechtlichen Einordnung des (Subordinations-)Franchisenehmers zu verhindern, haben sich einige Gepflogenheiten in der Franchisepraxis herausgebildet. So wird zB in Franchiseverträgen ausdrücklich die juristische Unabhängigkeit der Parteien hervorgehoben und es wird von den Franchisegebern darauf hingewirkt, dass der Franchisenehmer als juristische Person auftritt. Daneben besteht nach einer „*arrêté*“ des Finanzministers vom 21.02.1991⁹⁵⁵ „die Verpflichtung des Franchisenehmers, die Selbstständigkeit bzw. juristische Unabhängigkeit auf allen Dokumenten, in jeglicher Werbung und sowohl im innen- als auch im Außenbereich des Franchisestandorts sichtbar zu machen“.⁹⁵⁶

b) Analoge Anwendung der Regelungen des Agent Commercial

Bereits in den 60er Jahren gab es Stimmen in der Lit, welche sich für eine analoge Anwendung der Vorschriften über den Agent Commercial auf Vertragshändler aussprachen. Später wurde diese Forderung auch für das Franchising erhoben.⁹⁵⁷

Im Unterschied zu Österreich oder Deutschland wurde die Analogie jedoch weniger mit der vergleichbar intensiven Eingliederung in die Absatzorganisation des Vertriebsherrn argumentiert. Eine Vergleichbarkeit der Absatzformen des Agent Commercial und des Vertragshandels bzw Franchisings wurde über die Rechtsfigur des *mandat d'intérêt commun*⁹⁵⁸ hergeleitet.⁹⁵⁹

⁹⁵³ So wird nach der franz Rsp auch der Agent Commercial sehr schnell dem Arbeitsrecht unterstellt, wenn ein starkes Subordinationsverhältnis vorliegt: vgl *Gunther in Bogaert/Lohmann, Commercial Agency and Distribution Agreements*³ (2000), 228 mwN.

⁹⁵⁴ Vgl dazu ausführlich *Rafsendjani, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers* (1999), 390 mwN.

⁹⁵⁵ Arrêté du 21 février 1991 relatif à l'information du consommateur dans le secteur de la franchise (NOR: ECOC9100026A), Journal Officiel de la République Française 01.03.1991, 2963.

⁹⁵⁶ *Rafsendjani, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers* (1999), 389 mwN.

⁹⁵⁷ *Rafsendjani, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers* (1999), 391 mwN.

⁹⁵⁸ Die Tätigkeit im gemeinsamen Interesse; vgl dazu oben Seite 165; vgl in Bezug auf die Analogie unten Seite 181.

Eine jüngere Meinung befürwortet die Analogie aufgrund von Billigkeitsgedanken (*équité*). Demnach wird der Entschädigungsanspruch als ein auf dem Gedanken der Billigkeit beruhender Anspruch verstanden. Wie beim Agent Commercial wäre auch der Franchisenehmer nach Vertragsbeendigung nicht in der Lage, den von ihm aufgebauten Kundenstock weiterhin zu nutzen. Es solle daher korrigierend bzw ausgleichend eingegriffen werden und auch der Franchisenehmer in den Genuss des handelsvertreterrechtlichen Entschädigungsanspruchs kommen.⁹⁶⁰

Neben diesen Tendenzen in der Lit, welche sich für eine Analogie zugunsten des Franchisenehmers bzw Vertragshändlers aussprechen, wird aber von einem beachtlichen Teil der Lit das Gegenteil vertreten. Hauptargument gegen die analoge Anwendung ist demnach, dass Franchisenehmer und Vertragshändler den Kundenstock bei Vertragsende nicht verlieren. Dieser sei nämlich von Anfang an Bestandteil des „*fonds de commerce*“.⁹⁶¹ Schon deshalb bedürfe es keiner Analogie.⁹⁶² Dieses Argument vermag wohl nicht zu überzeugen. Franchisenehmer und Vertragshändler erwerben zwar den Kundenstamm rein formal selbst, es wird in der Praxis jedoch meist so sein, dass nur der Geschäftsherr weiterhin (und einseitig) daraus Vorteile ziehen kann. Dies wird insb dann der Fall sein, wenn Franchisenehmer und Vertragshändler gezwungen sind, ihren Geschäftszweig aufzugeben oder sich innerhalb des Geschäftszweigs umzuorientieren.⁹⁶³

Es gibt eine Gerichtsentscheidung aus 1966, in welcher einem Vertragshändler auf der Grundlage der Rechtsfigur des *mandat d'intérêt commun* ein Kundschaftsentschädigungsanspruch in Analogie zu den Vorschriften über den Agent Commercial zugesprochen wurde. Trotzdem lässt sich eine eindeutige Tendenz ablesen, nach gegenwärtiger Rechtslage weder auf den Vertragshändler noch auf den Franchisenehmer handelsvertreterrechtliche Regelungen analog anzuwenden.⁹⁶⁴

Nach der franz Jud sind Vertragshändlervertrag und Handelsvertretervertrag strikt voneinander zu trennen. Auch wurde in der Rsp das Argument vorgebracht, der betreffende Absatzmittler verliere zwar infolge der Sogwirkung der Marke einen

⁹⁵⁹ *Rafsendjani*, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (1999), 391 mwN.

⁹⁶⁰ *Rafsendjani*, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (1999), 391 mwN.

⁹⁶¹ „*Good-Will*“.

⁹⁶² *Rafsendjani*, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (1999), 392 mwN.

⁹⁶³ So auch *Rafsendjani*, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (1999), 392 f.

⁹⁶⁴ *Rafsendjani*, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (1999), 392 mwN zur Rsp.

Großteil seines Kundenstamms, er sei jedoch nicht schutzwürdig, da er diese Situation voraussehen könne. Die Rsp vertritt hier die Theorie des Handelns auf eigene Gefahr;⁹⁶⁵ der Absatzmittler müsse eben entsprechende Vorkehrungen treffen, um dieses Szenario nach Vertragsauflösung bewältigen zu können.⁹⁶⁶

Im Urteil vom 01.03.2006⁹⁶⁷ entschied des Berufungsgericht Paris, dass einem Kfz-Vertragshändler kein nachvertraglicher Entschädigungsanspruch entsprechend den handelsvertreterrechtlichen Vorschriften zustehe.

Ein Autohaus schloss im Jahr 1997 einen unbefristeten Vertragshändlervertrag mit General Motors France. Im Jahr 2001 kündigte GM France den Vertrag unter Einhaltung der dafür (vertraglich) vorgesehenen Kündigungsfrist.

Das Gericht erster Instanz sprach dem Vertragshändler noch einen Entschädigungsanspruch iHv € 409.000.- mit der Begründung zu, GM France habe sich die Früchte der gemeinsamen Zusammenarbeit einseitig angeeignet, ohne den Vertragshändler dafür zu entschädigen. Dies sei ein treuwidriges und illoyales Verhalten. Der ausdrückliche, vertragliche Ausschluss jeglicher Entschädigung im Falle der Kündigung sei gegenüber dem Vertragshändler nicht wirksam.

Der *Cour d'appel de Paris* hob die Entscheidung auf und führte aus, selbst ein Alleinvertriebsvertrag stelle – im Gegensatz zum Handelsvertretervertrag – keinen Vertrag mit gleichgerichtetem Interesse dar.⁹⁶⁸ Der Vertragshändler erwerbe selbst den Kundenstamm. Dieser verbleibe ihm aufgrund der lokalen Bindung der Kunden über die Vertragsbeendigung hinaus. Der Vertragshändler könne sich weiters nicht auf eine unzulässige Kündigung berufen, wenn er die vertraglichen Kündigungsfristen selbst akzeptierte. Ebenso entspreche es der stRsp, dass ein derartiger unbefristeter Vertrag innerhalb der vereinbarten Kündigungsfristen ohne Angabe von Gründen jederzeit auflösbar sei, wenn die Kündigung nicht gegen Treu und Glauben verstößt.

Demnach gibt es nach der Rsp der franz Gerichte – soweit ersichtlich - bis dato keine Analogie des handelsvertreterrechtlichen Entschädigungsanspruchs zugunsten von Franchisenehmern oder Vertragshändlern.⁹⁶⁹

⁹⁶⁵ „*Théorie de l'acceptation des risques*“.

⁹⁶⁶ *Rafsendjani*, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (1999), 392 f mwN zur Rsp.

⁹⁶⁷ Cour d'appel de Paris 01.03.2006, 5ème chambre, section A, n° 03/16268, behandelt in der Urteilsbesprechung von *Ferré* (siehe www.fidal.fr/_fileup/publication/E51-3.pdf).

⁹⁶⁸ „[...] le contrat de concession exclusive ne constitue pas un mandat d'intérêt commun [...]“.

⁹⁶⁹ *Hesselink/Rutgers/Díaz/Scotton/Veldman*, PEL – Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts (2006), 147; *Anstett-Gardea in Martinek/Semler*, Handbuch des Vertriebsrechts (1996), 1139, §

c) Alternative Anspruchsgrundlagen für eine Kundschaftsentschädigung des französischen Franchisenehmers

Eine analoge Anwendung der handelsvertreterrechtlichen Vorschriften sowie der Regelungen über den V.R.P. kommt – wie oben ausgeführt – nach franz Rsp nicht in Betracht. Es finden sich jedoch Stimmen in der Lit und sehr eingeschränkt in der Rsp, welche einen Kundschaftsentschädigungsanspruch aufgrund anderer Überlegungen zusprechen wollen. Die wichtigsten sollen im Folgenden kurz dargestellt werden.

*aa. Kundschaftsentschädigung aufgrund des Mandat d'intérêt commun*⁹⁷⁰

Ein Ausgleichsanspruch eines Vertragshändlers oder Franchisenehmers wäre grds aufgrund der Rechtsfigur des *mandat d'intérêt commun* denkbar. Die Tätigkeit „im gemeinsamen Interesse“ stellt gerade für den Agent Commercial nach franz Rechtsverständnis eine Art Ausgangsbasis für einen Ausgleichsanspruch dar und ist auch gesetzlich in Art L 134-4 Abs 1 CCom verankert. Das gemeinsame Interesse wurde ursprünglich in dem für beide Seiten bestehenden Ziel des Vermittlungsvertrags gesehen, langfristige Geschäftsbeziehungen zu Kunden des Geschäftsherrn aufzubauen und zu pflegen. Insofern spielte der Kundenstamm also eine Rolle, wenn er auch jedoch selbst nicht Gegenstand der Regelung war.⁹⁷¹

Der Zweck dieser Rechtsfigur lag darin, das Recht des Geschäftsherrn zum einseitigen Widerruf der Beauftragung in derartigen Fällen zu verneinen, in denen nicht nur der Auftraggeber, sondern auch der Beauftragte selbst ein Interesse am Fortbestand des Vertrags hat. Nach dem Verständnis der deutschsprachigen Länder würde sich eine entsprechende Anwendung des *mandat d'intérêt commun* auf Vertragshändler und Franchisenehmer mE anbieten.

46 Rz 50 (Vertragshändler) bzw 1145, § 46 Rz 75 (Franchisenehmer); *Rafsendjani*, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (1999), 392; *Genzow/Huhtamäki/Knöbl*, Neue Wege im Vertragshändlerrecht, RdW 2009, 73 (75) mwN *Klima in Westphalen*, Handbuch des Handelsvertreterrechts (1995), 434 Rz 19; aA *Detzer/Zwernemann*, Ausländisches Recht der Handelsvertreter und Vertragshändler (1997), 149, wonach die franz Gerichte immer öfter einen Ausgleichsanspruch zusprechen, „wenn eine völlige wirtschaftliche Abhängigkeit vom Lieferanten besteht“; ebenso *Kocher*, Analoge Anwendung des Handelsvertreterrechts auf Vertragshändler in Europa, RIW 2003, 512 (516) mwN.

⁹⁷⁰ Die Tätigkeit im gemeinsamem Interesse.

⁹⁷¹ *Fock*, Die europäische HV-RL (2001), 151 mwN; vgl dazu auch oben Seite 165.

Ein in den franz Gesetzen tatsächlich vorhandener Anknüpfungspunkt wäre auch Art 1 des Gesetzes „*Doubin*“.⁹⁷² Dieser erstreckt sich auf „alle im gegenseitigen Interesse der Parteien geschlossenen Verträge, in denen die eine Vertragsseite der anderen gegenüber eine (Quasi-)Exklusivverpflichtung eingeht.“ Demnach sollte dieses Gesetz ua auf Exklusivfranchiseverträge Anwendung finden.⁹⁷³ Ziel des Gesetzes „*Doubin*“ war es, für eine umfassende Aufklärung künftiger (Quasi-)Exklusivvertrags Händler über alle relevanten Vertragsumstände vor Vertragsabschluss zu sorgen. Die Formulierung „im gegenseitigen Interesse der Parteien geschlossen“ wurde in der franz Lit teilweise dazu herangezogen, die gleichen rechtlichen Kriterien des Handelsvertreterrechts, insb bzgl der Kündigungsvorschriften bei unbefristeten Vertriebsverträgen⁹⁷⁴, nun auch auf Vertriebsmittler iSd Gesetzes „*Doubin*“ anzuwenden.⁹⁷⁵ Geht man also davon aus, dass sogar kraft Gesetzes zB Exklusivfranchisenehmer mit dem Franchisegeber einen Vertrag „im gemeinsamen Interesse“ schließen, würde sich mE eine (entsprechende) Anwendung der handelsvertreterrechtlichen Vorschriften und somit auch ein Kundschaftsentschädigungsanspruch jedenfalls anbieten.⁹⁷⁶

Die franz Rsp verneint die Übertragung dieser Rechtsfigur jedoch.⁹⁷⁷ Ein Alleinvertriebsvertrag stelle – im Gegensatz zum Handelsvertretervertrag – keinen Vertrag mit gleichgerichtetem Interesse dar. Der Vertragshändler erwerbe selbst den Kundenstamm, welcher ihm über die Vertragsbeendigung hinaus aufgrund der lokalen Bindung der Kunden verbleibe.⁹⁷⁸

⁹⁷² Gesetz Nr 89-1008 vom 31.12.1989, veröffentlicht im Journal Officiel am 02.01.1990.

⁹⁷³ *Vogel/Vogel*, Deutsche Vertriebsfirmen in Frankreich, RIW 1991, 801 (801 f).

⁹⁷⁴ Vgl dazu auch *Vogel/Vogel*, Risiko für den Vertrieb in Frankreich: Unlösbare Vertragsbeziehungen, RIW 1992, 795 ff, welche große Bedenken über die Erschwernisse einer Kündigung im Bereich des Vertriebsrechts äußern.

⁹⁷⁵ *Vogel/Vogel*, Deutsche Vertriebsfirmen in Frankreich, RIW 1991, 801 (803) mwN; *Zilles*, Auflösung von Konzessionsverträgen in Frankreich, RIW 1993, 716 (716 f).

⁹⁷⁶ Gegen eine derartige Ausweitung des Anwendungsbereichs der handelsvertreterrechtlichen Vorschriften *Vogel/Vogel*, Deutsche Vertriebsfirmen in Frankreich, RIW 1991, 801 (803), wonach dem Gesetzgeber mit der Formulierung „im gegenseitigen Interesse der Parteien geschlossen“ bloß „in gutem Glauben ein Redaktionsirrtum“ unterlaufen sei.

⁹⁷⁷ *Zilles*, Auflösung von Konzessionsverträgen in Frankreich, RIW 1993, 716 (717) mwN.

⁹⁷⁸ Vgl dazu oben Seite 178; Cour d'appel de Paris 01.03.2006, 5ème chambre, section A, n° 03/16268 (vgl die Urteilsbesprechung von Ferré unter www.fidal.fr/_fileup/publication/E51-3.pdf): „[...] le contrat de concession exclusive ne constitue pas un mandat d'intérêt commun [...]“.

bb. Kundschaftsentschädigung bei irregulärer Vertragsbeendigung

Nach stRsp kann der Franchisenehmer weder einen „echten“ Kundschaftsentschädigungsanspruch geltend machen, noch kann er sich auf Schadenersatz berufen, wenn der Franchisevertrag vom Franchisegeber regulär beendet wurde. Die reguläre Beendigung des Vertragsverhältnisses stellt damit – im Gegensatz zum Agent Commercial – per se keine haftungsbegründende Handlung des Franchisegebers dar.⁹⁷⁹

Anders stellt sich die Lage bei einer irregulären Beendigung des Franchisevertrags dar. Hier kann es uU zu Schadenersatzpflichten des Franchisegebers kommen. Unterschieden wird in diesem Zusammenhang zwischen einem „*indemnité de rupture brusque*“, also dem Schadenersatz für die Kündigung ohne Einhaltung der vertraglich vereinbarten bzw angemessenen Fristen, und dem „*indemnité de rupture abusive*“, wenn der Beendigung des Vertrags rechtsmissbräuchliche Motive des Franchisegebers zugrunde liegen. Die Darlegungs- und Beweislast für eine irreguläre Vertragsbeendigung obliegt dem Franchisenehmer.⁹⁸⁰

(i) „Indemnité de Rupture Brusque“

Die „*indemnité de rupture brusque*“ wird gem Art L 442-6-I Abs 5 CCom grds dann fällig, wenn der Franchisegeber den Franchisevertrag beendet, ohne eine angemessene Frist einzuhalten.

Art L 442-6-I Abs 5 erster Satz CCom lautet übersetzt:⁹⁸¹

„Wer als Produzent, Kaufmann, Industrieller oder als eine im Gewerberegister eingetragene Person eine gefestigte Handelsbeziehung ganz oder selbst teilweise ohne schriftliche Kündigung brutal abbricht, ohne der Dauer der Handelsbeziehung Rechnung zu tragen und die Mindestkündigungsdauer zu beachten, die unter Verweis auf die Handelsbräuche aufgrund interprofessioneller Vereinbarungen festgelegt worden ist, ist als Verantwortlicher zum Ersatz des sich daraus ergebenden Schadens verpflichtet.“

⁹⁷⁹ Gunther in Bogaert/Lohmann, Commercial Agency and Distribution Agreements³ (2000), 286; Rafsendjani, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (1999), 396 mwN.

⁹⁸⁰ Rafsendjani, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (1999), 397 mwN.

⁹⁸¹ Übersetzung übernommen von Beltz, Der brutale Abbruch einer bestehenden Handelsbeziehung im französischen Recht, RIW 2010, 209.

Die Angemessenheit richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls⁹⁸² und kann von mehreren Monaten bis zu zwei Jahren reichen, in Ausnahmefällen sogar darüber. Wurde eine vertragliche Vereinbarung über die Kündigungsfrist getroffen, „wird ein französisches Gericht diese Vereinbarung in aller Regel respektieren und sich nicht das Recht anmaßen, die vertraglich vorgesehene Kündigungsfrist zu verlängern“.⁹⁸³

Ziel und Zweck des zwingenden Schadenersatzanspruchs gem Art L 442-6-I Abs 5 CCom ist, die Wirtschaftsteilnehmer zu einem Verhalten entsprechend den Regeln eines lauterer Geschäftsverkehrs anzuhalten.⁹⁸⁴

Was unter einer „etablierten“ bzw „gefestigten“ Handelsbeziehung zu verstehen ist, wurde aufgrund fehlender Legaldefinition von der Rsp herausgearbeitet. Demnach muss die Handelsbeziehung eine gewisse Stabilität, Regelmäßigkeit, Kontinuität, Intensität des Geschäftsvolumens und Dauer vorweisen. Es ist jedoch eine deutliche Tendenz der Rsp erkennbar, den Begriff der gefestigten Handelsbeziehung möglichst weit auszulegen.⁹⁸⁵

Die „brutale“ Kündigung entfaltet zwar rechtliche Wirksamkeit, verpflichtet allerdings den zur Unzeit Kündigenden zum Schadenersatz. „Brutal“ ist die Kündigung, wenn sie entweder ohne Wahrung der Schriftform erfolgt oder die Kündigungsfristen in Anbetracht der Gesamtdauer der Handelsbeziehung unangemessen kurz sind. Eine Begründung für die Kündigung ist hingegen nicht erforderlich.⁹⁸⁶

„Angemessen“ ist die Kündigungsfrist prinzipiell, wenn sie der gekündigten Vertragspartei erlaubt, entsprechende Maßnahmen zur Restrukturierung der Geschäftstätigkeit zu ergreifen oder neue Absatzmöglichkeiten zu finden.⁹⁸⁷ Anhand der ergangenen Jud arbeitete *Beltz*⁹⁸⁸ folgenden „grogen Raster“ heraus:

⁹⁸² ZB nach der Vertragslaufzeit, dem Umfang der Ausschließlichkeitsabreden oder der Bedeutung der Vertragsprodukte im Rahmen des Geschäftsbetriebs des Vertriebsmittlers.

⁹⁸³ *Anstett-Gardea in Martinek/Semler*, Handbuch des Vertriebsrechts (1996), 1139, § 46 Rz 47; wohl etwas vorsichtiger: *Beltz*, Der brutale Abbruch einer bestehenden Handelsbeziehung im französischen Recht, RIW 2010, 209 (210).

⁹⁸⁴ *Beltz*, Der brutale Abbruch einer bestehenden Handelsbeziehung im französischen Recht, RIW 2010, 209 (210).

⁹⁸⁵ Vgl dazu ausführlich *Beltz*, Der brutale Abbruch einer bestehenden Handelsbeziehung im französischen Recht, RIW 2010, 209 (210).

⁹⁸⁶ *Beltz*, Der brutale Abbruch einer bestehenden Handelsbeziehung im französischen Recht, RIW 2010, 209 (210).

⁹⁸⁷ *Anstett-Gardea in Martinek/Semler*, Handbuch des Vertriebsrechts (1996), 1140, § 46 Rz 51; *Beltz*, Der brutale Abbruch einer bestehenden Handelsbeziehung im französischen Recht, RIW 2010, 209 (211).

⁹⁸⁸ Vgl *Beltz*, Der brutale Abbruch einer bestehenden Handelsbeziehung im französischen Recht, RIW 2010, 209 (211); vgl auch die daran anschließende Tabelle mit konkreten Beispielen aus der franz Rsp.

Dauer der „gefestigten“ Handelsbeziehung	„Angemessene“ Kündigungsfrist
unter 10 Jahre	6 bis 12 Monate
10 bis 20 Jahre	12 bis 18 Monate
länger als 20 Jahre	18 Monate bis 2 Jahre

Die „normale, angemessene“ Kündigungsfrist verdoppelt sich gem Art L 442-6-I Abs 5 zweiter Satz CCom, wenn die Handelsbeziehung die Herstellung und Lieferung von Waren unter einer Marke eines Vertriebsunternehmens zum Gegenstand hat, wobei keine eingetragene Marke iSd Markenrechts erforderlich ist.⁹⁸⁹

Der Franchisegeber hat gem Art L 442-6-I Abs 5 vierter Satz CCom keinen Schadenersatz zu leisten, spricht er die eigentlich unangemessene Kündigung nur aus, weil der Franchisenehmer seine Verpflichtungen nicht erfüllt. Nach der Rsp reicht nicht jede Nichterfüllung vertraglicher Pflichten für eine fristlose Kündigung. Diese Art der Kündigung ist jedoch von jener aus wichtigem Grund („*motif légitime*“) zu unterscheiden. Auf die Gründe der Kündigung kommt es gerade nicht an. Dogmatisch handelt es sich demnach nicht um einen Rechtfertigungsgrund, sondern um eine Einrede der Nichterfüllung.⁹⁹⁰

Grds sollte nur jener Schaden ersetzt werden, der aufgrund des „brutalen Abbruchs“ erlitten wird, nicht jedoch die mit der Kündigung als solche verbundenen Konsequenzen. Dementsprechend wäre der Ersatzanspruch auf die Handelsspanne beschränkt, welche der Franchisenehmer bei fristgerechter Kündigung erhalten hätte.⁹⁹¹ Die franz Rsp hält sich jedoch nicht immer konsequent an diesen engen Schadensbegriff.⁹⁹²

Im Rahmen des „*Indemnité de Rupture Brusque*“ kann jedenfalls keine Entschädigung für die vom Franchisenehmer aufgebaute und durch die Vertragsbeendigung verloren gegangene Kundschaft geltend gemacht werden.

⁹⁸⁹ Beltz, Der brutale Abbruch einer bestehenden Handelsbeziehung im französischen Recht, RIW 2010, 209 (212).

⁹⁹⁰ Beltz, Der brutale Abbruch einer bestehenden Handelsbeziehung im französischen Recht, RIW 2010, 209 (212) mwN.

⁹⁹¹ Anstett-Gardea in Martinek/Semler, Handbuch des Vertriebsrechts (1996), 1140, § 46 Rz 51.

⁹⁹² Beltz, Der brutale Abbruch einer bestehenden Handelsbeziehung im französischen Recht, RIW 2010, 209 (212) mwN, welcher in diesem Zusammenhang auch die Frage aufwirft, ob es in Zukunft überhaupt möglich sein wird, bei gefestigten Handelsbeziehungen das prinzipiell bestehende Recht der Kündigung wahrzunehmen, ohne einen finanziellen Ausgleich – in welcher Form auch immer – leisten zu müssen.

(ii) „*Indemnité de Rupture Abusive*“

Diese Form der Entschädigung stellt insofern eine interessante Unterkategorie der irregulären Beendigung eines Franchisevertrags dar, als es über den „*indemnité de rupture abusive*“ evtl möglich ist, einen „*indemnité de clientèle*“, somit im Ergebnis einen Kundschaftsentschädigungsanspruch geltend zu machen.

Der „*indemnité de rupture abusive*“ wird fällig, wenn sich die Beendigung des Franchisevertrags als die „Manifestation einer Schädigungsabsicht (*intention de nuire*) oder eines sonstigen Rechtsmißbrauchs (*abus de droit*) herausstellt“. „*Abus de droit*“ bedeutet ein vorsätzliches bzw willkürliches, mit Schädigungsabsicht getragenes Verhalten.⁹⁹³ Dies wird natürlich nur in Ausnahmefällen vorliegen bzw beweisbar sein, umso mehr da der Franchisegeber über eine weitreichende Beendigungsfreiheit verfügt.⁹⁹⁴ Trotzdem muss seine Verweigerung einer Vertragsverlängerung bzw die Kündigung des Vertrags nach der franz Jud doch eine sachliche Rechtfertigung (*motif légitime*) haben. Andernfalls kann die Kündigung Schadenersatzansprüche nach sich ziehen.⁹⁹⁵ Es fehlt jedoch eine gesicherte Rsp, welche Gründe konkret als rechtsmissbräuchlich eingestuft werden. Jedenfalls gerechtfertigt sollte eine Kündigung wegen der Änderung der Absatzpolitik und der Umgestaltung des Vertriebssystems sein; ebenso wenn der Misserfolg des Distributionssystems absehbar ist.⁹⁹⁶

Inhalt und Umfang: Bei Vorliegen eines „*abus de droit*“ kann der Franchisenehmer Schadenersatz wegen rechtsmissbräuchlicher Auflösung des Franchisevertrags verlangen. Inhalt und Umfang richten sich nach den allgemeinen Regeln der „*responsabilité civile*“ des „*droit commun*“ (Art 1147 CC). Dem Tatrichter kommt hier ein weiter Ermessensspielraum zu. Ersetzt werden kann dem Franchisenehmer nicht nur der entgangene Gewinn unter der Fiktion einer regulären Vertragsbeendigung, sondern auch der Verlust seines Kundenstamms. Dieser ist auf der Grundlage der erzielbaren Handelsspanne (*terme de marge*) zu berechnen. Weiters ersetzt werden die sich aus der Vertragsbeendigung selbst ergebenden Kosten sowie allfällige franchisetypische

⁹⁹³ Rafsendjani, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (1999), 399 mwN zur franz Rsp.

⁹⁹⁴ Rafsendjani, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (1999), 399 mwN; siehe dazu auch unten.

⁹⁹⁵ Rafsendjani, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (1999), 404 mwN insb zur franz Rsp.

⁹⁹⁶ Rafsendjani, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (1999), 404 f mwN.

Investitionen, wenn das Amortisationsinteresse des Franchisenehmers in der Kündigung des Franchisegebers nicht genügend Beachtung gefunden hat.⁹⁹⁷

(iii) *Exkurs: Die verschiedenen Tatbestände der Vertragsbeendigung*

Beendigung von befristeten Franchiseverträgen:⁹⁹⁸ Diese kann einseitig nur aus wichtigem Grund (*faute grave*) erfolgen. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn der Franchisenehmer stets in erheblichem Maße gegen seine Vertragspflichten verstößt und ein Auslaufenlassen des befristeten Vertrags für den Franchisegeber nicht zumutbar ist.⁹⁹⁹ Es ist möglich, innerhalb der Grenzen der „*ordre public*“ vertragliche Auflösungsgründe zu vereinbaren. Ansonsten richtet sich die Kündigung nach Art 1184 CC.¹⁰⁰⁰ Dieser gibt der vertragstreuen Partei die Möglichkeit, die Auflösung des Vertrags bei Gericht zu verlangen.¹⁰⁰¹ Je nach Schwere des Verstoßes ist eine fristlose Kündigung möglich oder der vertragsbrüchigen Partei wird vom Gericht eine (kürzere) Kündigungsfrist gewährt.¹⁰⁰² Der Vertragsbruch muss schuldhaft begangen worden sein, wobei zwischen vorsätzlichem und fahrlässigem Verhalten unterschieden wird.¹⁰⁰³ Die Beweislast für das Vorliegen des Verschuldens trägt allein der Lieferant bzw Franchisegeber.¹⁰⁰⁴

Beendigung von unbefristeten Franchiseverträgen: Nach hA, sowie in Art 1134 Abs 2 CC festgehalten, kann jede der Vertragsparteien unter Beachtung einer angemessenen Kündigungsfrist,¹⁰⁰⁵ und einer damit verbundenen rechtzeitigen Benachrichtigung des Vertragspartners, einseitig das Vertragsverhältnis aufkündigen. Zur Kündigung bedarf

⁹⁹⁷ *Rafsendjani*, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (1999), 405 f mwN.

⁹⁹⁸ Nach *Gunther* in *Bogaert/Lohmann*, Commercial Agency and Distribution Agreements³ (2000), 284, sind die meisten Franchiseverträge in Frankreich auf fünf Jahre befristet.

⁹⁹⁹ *Rafsendjani*, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (1999), 400.

¹⁰⁰⁰ *Rafsendjani*, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (1999), 400 mwN.

¹⁰⁰¹ Art 1184 CC.

¹⁰⁰² *Anstett-Gardea* in *Martinek/Semler*, Handbuch des Vertriebsrechts (1996), 1139, § 46 Rz 49;

Rafsendjani, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (1999), 401 mwN.

¹⁰⁰³ Vgl dazu *Rafsendjani*, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (1999), 401 mwN: Bei vorsätzlichem Handeln ist eine fristlose Kündigung möglich, während bei bloßer Fahrlässigkeit eine „Wiedergutmachungsmöglichkeit“ eingeräumt und dazu eine angemessene Kündigungsfrist zugestanden wird.

¹⁰⁰⁴ *Klein* in *Saenger/Schulze*, Ausgleichsanspruch (2000), 107.

¹⁰⁰⁵ Zur Angemessenheit vgl oben Seite 183.

es keiner Begründung.¹⁰⁰⁶ Die Notwendigkeit einer Kündigungsfrist kann entfallen, wenn ein schwerwiegender Verhaltensfehler einer Vertragspartei vorangegangen ist.¹⁰⁰⁷ In der Praxis finden sich allerdings äußerst selten unbefristete Franchiseverträge.¹⁰⁰⁸

Nichtverlängerung eines abgelaufenen Franchisevertrags („non renouvellement“): Nach der franz Rsp wird dem Absatzmittler im Bereich des Selektivvertriebs ein Anspruch auf Vertragsverlängerung gewährt, solange sich dieser nichts zu schulden kommen lässt. Diese Jud wurde bis dato noch nicht auf Franchisevertragsverhältnisse übertragen, obwohl es Gemeinsamkeiten mit dem Selektivvertrieb gibt. So steht dem Franchisenehmer nach derzeit praktizierter Rechtslage kein Anspruch auf Verlängerung eines abgelaufenen Franchisevertrags zu, wenn nicht eine entsprechende vertragliche Regelung vorliegt.¹⁰⁰⁹ Von der Rsp wird diese Praxis mit dem Prinzip der Vertragsfreiheit (*liberté contractuelle*) begründet.¹⁰¹⁰

cc. Kundschaftsentschädigung aufgrund ungerechtfertigter Bereicherung

Es finden sich zwar Stimmen in der franz Lit, welche den Gedanken der Kundschaftsentschädigung auf den Rechtsgrund der ungerechtfertigten Bereicherung (*„enrichissement sans cause“*) zurückzuführen versuchen.¹⁰¹¹ Die Ausführungen gehen jedoch nicht so weit, dass eine derartige Entschädigung auch für Franchisenehmer oder Vertragshändler angedacht wird. Der Großteil der Lehre spricht sich gegen den Zuspruch eines Kundschaftsentschädigungsanspruchs aufgrund ungerechtfertigter Bereicherung aus, da bereits der jeweils zugrunde liegende Vertriebsvertrag den rechtfertigenden Grund für den Kundenstammaufbau des betreffenden Absatzmittlers liefere.¹⁰¹²

¹⁰⁰⁶ Gunther in Bogaert/Lohmann, Commercial Agency and Distribution Agreements³ (2000), 284; Anstett-Gardea in Martinek/Semler, Handbuch des Vertriebsrechts (1996), 1139, § 46 Rz 47 f; Rafsendjani, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (1999), 401 mwN.

¹⁰⁰⁷ Vgl dazu Rafsendjani, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (1999), 402 mwN.

¹⁰⁰⁸ Gunther in Bogaert/Lohmann, Commercial Agency and Distribution Agreements³ (2000), 284, wonach 90% der Franchiseverträge in Frankreich befristet sind.

¹⁰⁰⁹ Mesnooh, Law and Business in France (1994), 25; vgl auch Gunther in Bogaert/Lohmann, Commercial Agency and Distribution Agreements³ (2000), 284.

¹⁰¹⁰ Rafsendjani, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (1999), 403 mwN.

¹⁰¹¹ Fock, Die europäische HV-RL (2001), 155 mwN; vgl auch Rafsendjani, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (1999), 395 mwN zur franz Lit.

¹⁰¹² De Theux, Le statut européen de l'agent commercial (1992), 303; Rafsendjani, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (1999), 394 mwN zur franz Lit.

dd. Kundschaftsentschädigung als Gegenleistung für den „fonds de commerce“

Johanneaud vertritt die Auffassung, die Kundschaftsentschädigung lasse sich als ein auf allgemeinen billigkeitsrechtlichen Erwägungen beruhender „Ankaufsanspruch“ des Franchisenehmers gegen den Franchisegeber begründen.¹⁰¹³ Anknüpfungspunkt ist hier eine in Frankreich vertretene Meinung, der Aufbau des Kundenstamms sei eine Investition, welche durch den Absatzmittler in Form einer Vorleistung erbracht wird und rückvergütet werden müsse. Dieses Argument wurde von der Jud sogar vereinzelt aufgenommen und eine vertraglich vereinbarte Kundschaftsentschädigungsklausel als „Ankauf des Klientels“¹⁰¹⁴ betrachtet.¹⁰¹⁵ *Rafsendjani*¹⁰¹⁶ hält es jedoch für zweifelhaft, ob dem Franchisenehmer ein derartiges „Goodwillverwertungsrecht“ vor den Gerichten zugesprochen würde. Es gäbe nämlich in Frankreich weder eine gesetzliche noch richterrechtlich anerkannte Verpflichtung des Franchisegebers, in jedem Fall der Vertragsbeendigung die im Besitz des Franchisenehmers befindlichen Waren zu einem angemessenen Preis zurückzukaufen. Dies sei lediglich im Fall der vorvertraglich festgelegten Rückkaufsverpflichtung oder einer rechtsmissbräuchlichen Vertragsbeendigung durch den Franchisegeber anerkannt.¹⁰¹⁷ Ähnlich müsse der Fall seiner Ansicht nach für den „Rückkauf“ des Kundenstamms gelagert sein.

ee. Kundschaftsentschädigung nach Billigkeitsgesichtspunkten

Grignon will dem Franchisenehmer einen Kundschaftsentschädigungsanspruch aus dem Gesichtspunkt der Billigkeit (*équité*) zusprechen. In der Jud findet diese Überlegung jedoch keine Berücksichtigung. Vielmehr wird der Vertragshändler – somit auch der Franchisenehmer – infolge seiner Eigenschaft als selbstständiger Unternehmer für nicht schutzwürdig erachtet.¹⁰¹⁸ Von der Rsp wird die Schutzwürdigkeit des *cessionnaire*

¹⁰¹³ *Johanneaud*, Le Franchisind éd. Hommes et Techniques (1974), 117, zitiert bei *Rafsendjani*, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (1999), 394.

¹⁰¹⁴ „*Rachat de clientèle*“.

¹⁰¹⁵ *Rafsendjani*, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (1999), 394 mwN zu Lit und Rsp.

¹⁰¹⁶ *Rafsendjani*, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (1999), 394 mwN.

¹⁰¹⁷ *Rafsendjani*, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (1999), 394 mwN zur Rsp.

¹⁰¹⁸ *Grignon*, Le fondement de l'indemnisation, Thèse, (Montpellier 1996), 259 ff, zitiert bei *Rafsendjani*, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (1999), 395 f.

(Vertragshändlers) nicht nur bei der Vertragsbeendigung, sondern schon in der Phase der Vertragsverhandlungen abgelehnt.¹⁰¹⁹

ff. Kundschaftsentschädigung nach französischem Geschäftsraummietrecht

Für den deutschsprachigen Raum etwas ungewöhnlich, soll im Folgenden ein theoretisch vertretbarer Kundschaftsentschädigungsanspruch des Franchisenehmers auf der Grundlage des franz Geschäftsraummietrechts – *Rafsendjani*¹⁰²⁰ folgend - behandelt werden.

Im décret Nr 53-960 vom 30.09.1953¹⁰²¹ legte der franz Gesetzgeber eine Reihe besonderer Schutzmaßnahmen zugunsten eines Mieters/Pächters einer gewerblich genutzten Immobilie fest. So wurde ein umfassender Kündigungsschutz, Verlängerungsoptionen und im Falle der Nichtverlängerung ein besonderer Ersatzanspruch normiert, welcher auch einen Ausgleich für den vom Bestandnehmer erworbenen und geschaffenen Kundenstamm enthält.

Der Schutz des Bestandnehmers ist insofern zwingend als von diesem gem Art 3-2 des décret Nr 53-960 erst nach Einzug des Bestandnehmers in die Immobilie und nur einvernehmlich abgewichen werden darf. Die Mindestlaufzeit des Bestandvertrags beträgt gem Art 3-1 Abs 1 des décrets grds neun Jahre. Nach drei Jahren haben jedoch sowohl Bestandnehmer als auch –geber jedenfalls ein Kündigungsrecht. Letzterer allerdings nur bei Vorliegen von in den Art 10, 13 und 15 des décrets genannten sachlich gerechtfertigten Gründen.¹⁰²² Zusätzlich darf die in Art 5 Abs 1 des décret Nr 53-960 festgelegte, 6-monatige (Mindest-)Kündigungsfrist nicht unterschritten werden.

Spricht der Bestandgeber die Kündigung des Bestandvertrags aus, muss diese gem Art 5 Abs 5 des décrets begründet sein und – bei sonstiger Nichtigkeit¹⁰²³ – einen speziellen Aufklärungshinweis¹⁰²⁴ enthalten.

Nach Ablauf der Vertragslaufzeit hat der Bestandnehmer gem Art 6 und 7 Abs 1 des décrets das Recht, die Verlängerung des Bestandvertrags um weitere neun Jahre zu

¹⁰¹⁹ *Sonnenberger/Dammann*, Französisches Handels- und Wirtschaftsrecht³ (2008), 79, Rz II 108 mwN.

¹⁰²⁰ *Rafsendjani*, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (1999), 408 ff mwN.

¹⁰²¹ Geändert durch die Gesetze Nr 89-1008 vom 31.12.1989, Nr 88-18 vom 05.01.1988 und Nr 87-588 vom 30.07.1987.

¹⁰²² Art 3-1 Abs 3 des décret Nr 53-960 vom 30.09.1953.

¹⁰²³ Art 5 Abs 5 des décret Nr 53-960 vom 30.09.1953.

¹⁰²⁴ Zum Inhalt des Aufklärungshinweises vgl auch *Rafsendjani*, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (1999), 410 f.

verlangen. Der Bestandgeber muss innerhalb von drei Monaten unter Angabe von Gründen mitteilen, ob er die Verlängerung verweigert.¹⁰²⁵ Die Verweigerung ist nur unter bestimmten in Art 9 ff des décret Nr 53-960 genannten Gründen statthaft. Selbst bei nicht statthaften Gründen kann der Bestandgeber die Auflösung oder Nichtverlängerung des Bestandvertrags begehren. Er muss jedoch entsprechend Art 8 des décrets an den gewerblichen Bestandnehmer eine Entschädigung („*indemnité d'éviction*“) leisten. Diese Entschädigungszahlung enthält neben den durch die notwendige Übersiedlung angefallenen Kosten, insb einen Ausgleich für den „*fonds de commerce*“, welcher sich nach der Branchenüblichkeit des jeweiligen Tätigkeitsgebiets bestimmt. Zusätzlich wird dem Richter im Streitfall ein weitgreifender Ermessensspielraum zugestanden.¹⁰²⁶

Der „*indemnité d'éviction*“ basiert auf der Annahme, dass sich das Klientel an den Standort eines Geschäfts gewöhnt und diesem Standort auch dann treu bleibt, wenn der ursprüngliche Bestandnehmer einen anderen Standort bezieht.¹⁰²⁷

Weder in der Jud noch in der Lehre herrscht Einigkeit, ob das décret Nr 53-960 vom 30.09.1953 auch auf Franchisenehmer Anwendung finden soll. Bis 1999 ergingen drei Urteile zu dieser Frage, wobei sich zwei davon mit jeweils unterschiedlichen Begründungen gegen eine derartige Anwendung aussprachen. Es kann jedoch von keiner gefestigten Jud gesprochen werden, da zu diesem Problemkreis ein höchstgerichtliches Urteil – soweit ersichtlich – noch ausständig ist. In der Lit wird überwiegend für eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs des décret Nr 53-960 auf Franchisenehmer argumentiert.¹⁰²⁸

Der Ursprung des Streits rührt von der Grundvoraussetzung des décret Nr 53-960: Nur derjenige Bestandnehmer fällt unter den Anwendungsbereich, welcher einen eigenen „*fonds de commerce*“ unterhält. Da es kein genaues Äquivalent in Österreich oder Deutschland gibt und auch keine Legaldefinition in Frankreich existiert, ist es schwierig, den „*fonds de commerce*“ greifbar und damit die Diskussion verständlich zu machen.¹⁰²⁹ *Rafsendjani*¹⁰³⁰ hält den Handelsbetrieb bzw das Handelsgeschäft des dt Rechts für grds

¹⁰²⁵ Art 6 Abs 4 des décret Nr 53-960 vom 30.09.1953.

¹⁰²⁶ *Rafsendjani*, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (1999), 412 f mwN.

¹⁰²⁷ *Rafsendjani*, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (1999), 412 mwN.

¹⁰²⁸ *Rafsendjani*, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (1999), 412 f mit einer umfangreichen Auflistung der franz Lit (FN 310).

¹⁰²⁹ *Rafsendjani*, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (1999), 413 mwN.

¹⁰³⁰ *Rafsendjani*, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (1999), 413 mwN.

vergleichbar, allerdings seien vom „*fonds de commerce*“ weder Forderungen noch Verbindlichkeiten erfasst. Hauptproblem stellt das Verständnis der Hauptelemente eines „*fonds de commerce*“ dar, da ja der Franchisenehmer grds als juristisch selbstständige Person eingestuft wird und dementsprechend Inhaber eines eigenen „*fonds de commerce*“ sein sollte. In der Jud wird überwiegend einer traditionellen Auffassung gefolgt, welche drei Gruppen von Elementen eines „*fonds de commerce*“ unterscheidet: Immaterialgüterrechte (*droits incorporels*), Warenausstattung (*marchandises*) und Arbeitsgerätschaften (*matériel*). Innerhalb der Gruppe der Immaterialgüterrechte wird als essentialium vorausgesetzt, dass der Anspruchsteller das Vorhandensein eines eigenen Kundenstamms (*clientèle propre et autonome*) darlegen und beweisen kann. Die Abhängigkeit vom Klientel eines Dritten schließt eine „*indemnité d’éviction*“ aus.¹⁰³¹

So wurden zB einem Tankstellenpächter die Entschädigungsansprüche des décret Nr 53-960 verweigert, da die Sogwirkung der Marke im Vordergrund stehe und der Pächter somit keinen eigenen Kundenstamm aufgebaut haben könne.¹⁰³²

Ähnlich entschied der *Cour d’Appel de Paris*¹⁰³³ als er das Urteil des erstinstanzlichen Gerichts bestätigte und damit einer Franchisenehmerin einen Kundschaftsentschädigungsanspruch nach dem décret Nr 53-960 versagte.¹⁰³⁴ Die beklagte Gesellschaft „*Soicété Sud Location*“, ein dem *Avis*-System angeschlossenes Franchiseunternehmen, war Mieterin eines der Klägerin „*Mme Agopyan*“ gehörenden Bestandobjekts. Nach Beendigung des Bestandvertrags kam es zu Streitigkeiten über die Wirksamkeit der Kündigung und den damit verbundenen Fragen des Mieterschutzes. Die beklagte Franchisenehmerin berief sich auf das décret Nr 53-960. Das erstinstanzliche Gericht verweigerte der Franchisenehmerin den sondergesetzlichen Mietschutz, da diese nicht darlegen und beweisen konnte, dass sie einen eigenen bzw eigenständigen, von der Sogwirkung der Marke unbeeinflussten, Kundenstamm erarbeitet habe. Nach Ansicht des Erstgerichts hätte einerseits die Franchisemarke „*Avis*“ eine ausgeprägte Zugkraft, andererseits ergebe sich auch aus dem

¹⁰³¹ *Rafsendjani*, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (1999), 414 mwN.

¹⁰³² *Rafsendjani*, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (1999), 414 mwN.

¹⁰³³ *Cour d’appel de Paris* 06.02.1996 (*Sté Paris Sud location c/Mme Agopyan*), *Dalloz Affaires* 1996, Nr 15, 446 ff, behandelt bei *Rafsendjani*, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (1999), 414 (FN 318).

¹⁰³⁴ Zur folgenden Sachverhaltsdarstellung vgl *Rafsendjani*, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (1999), 415.

Vertragswerk¹⁰³⁵, dass die Franchisenehmerin keinen eigenen Kundenstamm schaffen könne. Das Gericht fand auch keine Ansatzpunkte, den Sondermietschutz aus einer vertraglichen Vereinbarung abzuleiten.¹⁰³⁶ Das Erstgericht stellte demnach die Wirksamkeit der Beendigung des Mietvertrags fest, verneinte damit die von der Franchisenehmerin geforderte Entschädigungssumme und verurteilte diese unter anderem zu einer monatlichen Mietentschädigung zugunsten der Vermieterin „Mme Agopyan“. Die Berufung der Franchisenehmerin wurde vom *Cour d'Appel de Paris* ebenfalls aus Beweislastgründen abgewiesen und somit das erstinstanzliche Urteil bestätigt. Die Franchisenehmerin konnte das Gericht nicht überzeugen, durch eigene Leistung einen eigenständigen Kundenstamm aufgebaut zu haben.

Diese Entscheidung wurde in der Lehre teilweise heftig kritisiert.¹⁰³⁷ Ein Großteil der Lehre vertritt die Auffassung, dass auch nach dem klassischen Verständnis vom Institut des „*fonds de commerce*“ der Franchisenehmer einen eigenständigen Kundenstock aufbaue. Ausschlaggebendes Argument sei hier der unmittelbare Kundenkontakt des Franchisenehmers, welcher die Dienstleistung erbringe bzw die Ware an den Endkonsumenten absetze. Dadurch sei der Kundenstamm derjenige des Franchisenehmers selbst.¹⁰³⁸ Die Gegenmeinung vertritt eine ähnliche Auffassung wie das erstinstanzliche Gericht und der *Cour d'Appel de Paris* im oben genannten Urteil. Demnach „gehöre“ der Kundenstamm aufgrund der Sogwirkung der Marke dem Franchisegeber. Der Franchisenehmer erbringe auch keine eigenständigen Dienstleistungen, sondern setze lediglich die Vorgaben des Franchisegebers um.¹⁰³⁹ Eine „Mittelansicht“ meint, der Kundenstock gehöre dem Franchisenehmer und -geber gemeinsam.¹⁰⁴⁰ Eine andere Meinung in der Lit wiederum hält für die Bejahung des eigenen „*fonds de commerce*“ nicht die Inhaberschaft bzgl des Kundenstocks für ausschlaggebend. Vielmehr solle bereits das Nutzungsrecht des Franchisenehmers am

¹⁰³⁵ Die Franchisenehmerin verpflichtete sich zB, die von Seite des Franchisegebers vorgegebenen Ziele und Pflichten einzuhalten, das System-Image der Marke zu respektieren und auf jedem geschäftlichen Dokument zu verwenden sowie auch das äußerliche Auftreten im Geschäftsbereich dem Markenbild anzupassen. Nach Ansicht des erstinstanzlichen Gerichts resultiere daraus, dass die Eigenständigkeit des Franchisenehmers nahezu „vernichtet“ sei.

¹⁰³⁶ *Rafsendjani*, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (1999), 415 (FN 321).

¹⁰³⁷ *Rafsendjani*, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (1999), 415 mwN.

¹⁰³⁸ *Rafsendjani*, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (1999), 415 f mwN.

¹⁰³⁹ *Rafsendjani*, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (1999), 416 mwN.

¹⁰⁴⁰ *Rafsendjani*, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (1999), 416.

gemeinsamen „Systemgoodwill“ genügen. Dieses Nutzungsrecht werde idR bereits mit der an den Franchisegeber zu entrichtenden Eintrittsgebühr (*droit d'entrée*) erkaufte.¹⁰⁴¹ Wie erwähnt ist eine höchstrichterliche Entscheidung zu diesem Themenkreis – soweit ersichtlich – noch ausständig. Es bleibt deshalb abzuwarten, in welche Richtung sich die franz Rsp hinsichtlich etwaiger Entschädigungsansprüche von Franchisenehmern entwickeln wird.

6. Fazit

Die franz Rechtslage nimmt insofern eine Sonderstellung innerhalb der EU ein, als es neben Großbritannien und Irland das einzige Land ist, welches Art 17 Abs 3 HV-RL in sein Rechtssystem aufgenommen hat. Dies mag nicht zu überraschen, wurde die angesprochene Regelung gerade wegen Frankreich und entsprechend der franz Vorbildregelung in die Richtlinie aufgenommen.¹⁰⁴² Insofern verwundert es auch nicht, dass die Überlegungen zur analogen Anwendung des handelsvertreterrechtlichen Ausgleichsanspruchs, wie sie sich in jahrzehntelanger Rsp vor allem in Deutschland entwickelt haben, in Frankreich weder in der Lit noch in der Rsp (positiv) aufgegriffen werden.

Die Besonderheit des nach franz Vorbild formulierten Schadenersatzanspruchs des Art 17 Abs 3 HV-RL besteht zuerst einmal darin, dass der Handelsvertretervertrag grds als ein im gemeinsamen Interesse der Parteien geschlossener Vertrag angesehen wurde (*mandat d'intérêt commun*). Primär wurde daraus jedoch eine Art Kündigungsschutz des Agent Commercial abgeleitet. Erst in der zweiten Überlegung kam man zu einem Entschädigungsanspruch für die Kundschaft.¹⁰⁴³ Ein mit dem in Deutschland oder Österreich wohl eher vergleichbarer Ausgleichsanspruch wird in Frankreich dem V.R.P. zugesprochen; eine in Frankreich weit verbreitete und kraft Gesetz dem Arbeitsrecht unterstellte Vertriebsmittlerform. Es gibt allerdings teilweise heftige Kritik, dass einzelne V.R.P. nach franz Recht (richtlinienwidrig) dem CTrav unterliegen anstatt richtigerweise als Agent Commercial qualifiziert zu werden und somit unter das franz Handelsvertreterrecht zu fallen.¹⁰⁴⁴

¹⁰⁴¹ *Rafsendjani*, Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers (1999), 416 mwN.

¹⁰⁴² Vgl dazu oben Seite 16.

¹⁰⁴³ Vgl dazu oben Seite 165.

¹⁰⁴⁴ Vgl dazu oben Seite 162 ff.

Gemeinsam ist dem V.R.P. und dem Agent Commercial, dass beiden als Entschädigung für die Kundschaft meist pauschal zwei Bruttojahresprovisionen zugesprochen werden. Teilweise werden beim V.R.P. allerdings Abzüge für ersparte Aufwendungen gemacht. Nichtsdestotrotz stellt dies für die Rechtspraxis wohl einen der markantesten und wichtigsten Unterschiede in Bezug auf eine eventuelle Ausgleichsproblematik dar.¹⁰⁴⁵

Ein anderer, ebenfalls wesentlicher Unterschied besteht in der Analogiebereitschaft der franz Gerichte. Diese sprechen einem Vertragshändler und Franchisenehmer weder über die analoge Anwendung der Regelungen des Agent Commercial noch über diejenigen des V.R.P. einen Ausgleichsanspruch für die vom Vertriebsmittler aufgebaute Kundschaft zu. Auch die franz Lit zeigt sich offensichtlich sehr zurückhaltend, was die angesprochene Analogie anbelangt. Immerhin wird das Thema teilweise aufgegriffen.

Auch der Kundschaftsentschädigungsanspruch nach anderen, alternativen Anspruchsgrundlagen wird allgemein abgelehnt. Weder über die – wohl nicht sehr abwegige – Verwendung des *mandat d'intérêt commun*¹⁰⁴⁶ noch über das von *Rafsendjani* behandelte franz Geschäftsraummietrecht¹⁰⁴⁷ kann der Vertragshändler oder Franchisenehmer nach der derzeitigen Rsp – soweit ersichtlich – in den Genuss eines Kundschaftsentschädigungsanspruchs kommen.

Eine Ausnahme, wo dieser zugesprochen wird, ist im Falle einer Kündigung mit Schädigungsabsicht oder einem sonstigen Rechtsmissbrauch des Vertriebsherrn (*indemnité de rupture abusive*).¹⁰⁴⁸ Abgesehen von diversen Beweisproblemen wird ein derartiges Verhalten in der Praxis allerdings selten vorkommen.

Insgesamt zeigt sich mE kein stringentes Bild der franz Rsp. Einerseits wird ein Kundschaftsentschädigungsanspruch ua mit der Begründung abgelehnt, der Kundenstamm gehöre (allein) dem Franchisenehmer oder Vertragshändler und eine (analoge) Anwendung des *mandat d'intérêt commun* scheide deshalb aus. Andererseits wird zB bei den Überlegungen zur Anwendung des franz Geschäftsraummietrechts auf Franchisenehmer von der Rsp argumentiert, der Kundenstamm gehöre aufgrund der Sogwirkung der Marke (allein) dem Franchisegeber und die notwendigen Anspruchsvoraussetzungen seien deshalb nicht erfüllt.

¹⁰⁴⁵ Vgl dazu oben Seite 175.

¹⁰⁴⁶ Vgl dazu oben Seite 181.

¹⁰⁴⁷ Vgl dazu oben Seite 190.

¹⁰⁴⁸ Vgl dazu oben Seite 186.

VII. Ergebnisse

1. Jene Argumente, welche für die analoge Anwendung des Ausgleichsanspruchs auf Vertragshändler entwickelt wurden, sind grds auch für Subordinationsfranchisenehmer heranzuziehen; dies unabhängig davon, ob es sich in der Geschäftstätigkeit um Dienstleistungen oder Waren handelt.¹⁰⁴⁹
2. Die natürlich vorhandenen Unterschiede (immerhin handelt es sich nicht ohne Grund um zwei verschiedene Vertriebsformen) zwischen Vertragshandel und Subordinationsfranchising sind in Bezug auf den Ausgleichsanspruch dem Grunde nach nicht von Relevanz. Diverse Divergenzen in der vertriebsrechtlichen Ausgestaltung können sich aber im Rahmen der Berechnung des Ausgleichsanspruchs ergeben.¹⁰⁵⁰
3. Auch eine rechtsdogmatische Analyse des analogen Ausgleichsanspruchs in Österreich zeigt, dass die Analogie prinzipiell gerechtfertigt ist. Selbst das diskutierbare Strapazieren des Prinzips der Gewaltentrennung bietet keinen Grund, die analoge Anwendung auf Subordinationsfranchisenehmer zu verneinen.¹⁰⁵¹
4. Ebenso liefert die Durchsicht aller europarechtlicher Materialien zur HV-RL¹⁰⁵² keine Argumente, den Ausgleichsanspruch für Subordinationsfranchisenehmer nach handelsvertreterrechtlichem Vorbild zu verneinen.¹⁰⁵³
5. Das in Art 17 HV-RL formulierte Wahlrecht der Mitgliedstaaten und die damit einhergehende (unterschiedliche) Handhabung stellt zumindest in Bezug auf den Ausgleichsanspruch keine vom eur Gesetzgeber angestrebte Harmonisierung des Handelsvertreterrechts dar. Gegen die Harmonisierung spricht alleine die Tatsache, dass in Frankreich meist pauschal zwei Bruttojahresprovisionen als Ausgleich

¹⁰⁴⁹ Vgl dazu Seite 11 ff.

¹⁰⁵⁰ Vgl dazu Seite 11 ff, Seite 126.

¹⁰⁵¹ Vgl dazu Seite 83 ff.

¹⁰⁵² Bericht der Kommission über die Anwendung von Art 17 der Richtlinie vom 23.07.1996; Änderung des Vorschlags der Richtlinie, ABl EG 02.03.1979, C 56/5; Entschließung des Eur Parlaments, ABl EG 09.10.1978, Nr C 239/18; Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses, ABl EG 08.03.1978, C 59/31; Vorschlag einer Richtlinie der Kommission, ABl EG 18.01.1977, C 13/2; Änderungsantrag Nr 5 vom 11.09.1978 (Schwörer), betreffend dem Bericht von De Keersmaecker, Dok 222/78; Sitzungsprotokoll des Eur Parlaments vom 11.09.1978; Eur Parlament, Sitzungsdokumente, Dokument 222/78 vom 27.07.1978; Kommission, Explanatory Memorandum vom 22.01.1979, COM (78) 773 final; Kommission, Explanatory Memorandum vom 14.12.1976, Com (76), 670 final.

¹⁰⁵³ Vgl dazu Seite 87 ff.

zugesprochen werden, während der Ausgleich nach Art 17 Abs 2 HV-RL auf eine Bruttojahresvergütung begrenzt ist.¹⁰⁵⁴

6. Innerhalb Deutschlands und Österreichs finden sich bei der Prüfung der formellen Voraussetzungen des (analogen) Ausgleichsanspruchs wenige Besonderheiten für Franchisenehmer und Vertragshändler. Dementsprechend können die Überlegungen für Handelsvertreter auch für diese Vertriebsformen brauchbar gemacht werden. Teilweise kann sich ein Unterschied bei Insolvenz des Franchisenehmers ergeben. Eine verschuldete Insolvenz ist beim Franchisenehmer uU schwerer vertretbar als beim Handelsvertreter. Der Franchisenehmer kann deshalb in vielen Fällen trotz Insolvenz einen Ausgleichsanspruch haben.¹⁰⁵⁵
7. Auch in Bezug auf die materiellen Voraussetzungen sind die Überlegungen für Handelsvertreter prinzipiell in gleicher Form anwendbar. Die in der Praxis gerade im Franchising und Vertragshandel natürlich relevante Sogwirkung der Marke findet im Rahmen der Billigkeit in Form eines prozentuellen Abzugs Berücksichtigung. Zu beachten ist jedoch, dass der Vertrieb einer besonders marktpäsenten Marke wohl auch meist mit einer reduzierten Marge einhergeht.¹⁰⁵⁶
8. Probleme ergeben sich häufig gerade in Gewerbebezügen mit anonymen Massenumsätzen bei der Bestimmung des Stammkundenanteils. Dieser ist natürlich von hoher Relevanz, da nur Umsätze mit Stammkunden berücksichtigt werden dürfen. Es wäre jedenfalls unbillig, überhaupt keinen Kundenstamm anzunehmen, nur weil die Kundendaten selbst dem Franchisenehmer nicht bekannt sind. Auch in derartigen Geschäftszweigen kann es eine ausgleichsrelevante Kundschaft geben. In der Gerichtspraxis stellt es natürlich einen schwierigen Spagat dar, den gesunden Mittelweg zwischen der Festsetzung des Stammkundenanteils durch umfangreiche (und somit langwierige und kostspielige) Sachverständigengutachten und der Festsetzung durch richterliche Schätzung nach § 273 ZPO zu finden. Nichtsdestotrotz sollte es zumindest angestrebt werden, auch in Geschäftszweigen mit anonymen Massenkunden wirtschaftlich und rechtlich nachvollziehbare Daten zum Kaufverhalten der einzelnen Kunden zu bekommen.¹⁰⁵⁷

¹⁰⁵⁴ Vgl dazu Seite 16 ff, Seite 175 ff.

¹⁰⁵⁵ Vgl dazu insb Seite 33 ff.

¹⁰⁵⁶ Vgl dazu insb Seite 75 ff.

¹⁰⁵⁷ Vgl dazu Seite 49 ff.

9. Spätestens seit dem Urteil des EuGH im Fall *Turgay Semen gegen Deutsche Tamoil GmbH* ist klar, dass der Fokus in der Berechnung des Ausgleichsanspruchs nicht auf den Provisionsverlusten des Handelsvertreters, sondern auf den Unternehmervorteilen liegen muss. Die Provisionsverluste dürfen aufgrund der Hervorhebung im Gesetz zwar nicht vernachlässigt werden, sind aber nicht das alleinige Billigkeitskriterium. Fehlende Provisionsverluste (zB aufgrund von Einmalprovisionen) sind demnach noch kein Grund, den Ausgleichsanspruch zu verneinen.¹⁰⁵⁸
10. Vom BGH wird trotz heftiger Kritik in der Lehre als Voraussetzung eines analogen Ausgleichsanspruchs die (vertragliche) Pflicht zur Überlassung des Kundenstamms bei Vertragsende judiziert. Der OGH folgt in diesem Punkt – richtigerweise – der dt Rsp insofern nicht, als er die bloß faktische Überbindung des Kundenstamms als ausreichend ansieht.¹⁰⁵⁹
11. Innerhalb des Haupt-Analogiekriteriums der „Einbindung in die Absatzorganisation“ lässt sich kein fixes Schema aufstellen, ab wann diese vorliegt. Die einzelnen, vom OGH herangezogenen Kriterien bieten zwar Anhaltspunkte, eine greifbare Gewichtung ist jedoch nicht ersichtlich. Diese Erkenntnis mag zwar für den Anwender in der Praxis oft unbefriedigend sein, ist aber im Gesamtgebilde des etwas „schwammigen“ Ausgleichsanspruchs die einzige Möglichkeit, zu keinen unbilligen Ergebnissen zu kommen. Die Vertriebspraxis selbst stellt ein „bewegliches System“ dar. Insofern sind auch im Rahmen der Ermittlung des Ausgleichsanspruchs die Möglichkeiten begrenzt, ein Punkteschema oder anderes Gewichtungssystem einzuführen.¹⁰⁶⁰
12. Als ein Kriterium für eine dem Handelsvertreter ähnliche Einbindung in die Absatzorganisation wird vom OGH meist das Wettbewerbsverbot angeführt. Dieses Indiz nimmt im Gesamtkatalog insofern eine Sonderstellung ein, als es mE das einzige Kriterium ist, welches für sich genommen dazu führen kann, eine ausgleichsrelevante Einbindung in die Absatzorganisation zu verneinen. Dafür wird jedoch nicht ausreichend sein, die Führung von Konkurrenzprodukten theoretisch zu erlauben, wenn dann kein tatsächlicher Verkauf solcher Produkte stattfindet. Auch der bloß geringfügige Vertrieb von Konkurrenzware wird nicht ausreichend

¹⁰⁵⁸ Vgl dazu Seite 65 ff.

¹⁰⁵⁹ Vgl dazu Seite 100 ff.

¹⁰⁶⁰ Vgl dazu Seite 102 ff.

sein. In diesem Zusammenhang sind auch kartellrechtliche Vorgaben besonders zu beachten.¹⁰⁶¹

13. Das für die Vertriebspraxis äußerst relevante Kriterium der Weisungsbindung bietet einige Tücken. Gerade bei einer ausgeprägten Weisungsbefugnis, gepaart mit diversen Kontrollrechten, wird oft Arbeitnehmerähnlichkeit oder gar Dienstnehmereigenschaft des Franchisenehmers angenommen. Dies zieht nicht zu unterschätzende Konsequenzen, insb für den Franchisegeber, nach sich. Derartige Probleme lassen sich zB dadurch umgehen, dass der Franchisenehmer in Form einer Personen- oder Kapitalgesellschaft auftritt.¹⁰⁶²
14. Obwohl die Schweiz kein Mitglied der EU ist und damit nicht der HV-RL unterliegt, zeigt sich doch ein mit Deutschland und Österreich vergleichbares Bild. Die prinzipielle Ausgestaltung und Formulierung des schweizerischen Kundschaftsentschädigungsanspruchs ist ähnlich der dt und österr. Seit Mai 2008 gibt es auch ein Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts, wonach auch Vertragshändler in analoger Anwendung von Art 418u OR ausgleichsberechtigt sein können. Die Hauptvoraussetzung dafür ist – ähnlich wie in Österreich und Deutschland – eine dem Handelsvertreter vergleichbare Integration in die Absatzorganisation des Vertriebsherrn.¹⁰⁶³
15. Bei der analogen Anwendung des Art 418u OR ist noch offen, wie dieser berechnet wird. Das Bundesgericht verwies in seinem bis dato einzigen Urteil zu diesem Themenkreis an die Vorinstanz. Ein markanter Unterschied zu Deutschland und Österreich besteht jedoch darin, dass der Anspruch gem Art 418u Abs 2 OR grds auf einen *Nettojahresverdienst* begrenzt ist.¹⁰⁶⁴
16. Ebenfalls offen ist, ob sich das Schweizerische Bundesgericht der Rsp des BGH anschließt und eine (vertragliche) Pflicht zur Überbindung des Kundenstamms im Rahmen der Analogie fordern wird oder eine bloß faktische Überbindung ausreichen lässt. Im zuletzt entschiedenen Urteil gab es eine derartige vertragliche

¹⁰⁶¹ Vgl dazu Seite 118 ff.

¹⁰⁶² Vgl dazu Seite 114 ff.

¹⁰⁶³ Vgl dazu Seite 138 ff.

¹⁰⁶⁴ Vgl dazu Seite 146.

Verpflichtung, weshalb sich das Bundesgericht zu diesem Thema nicht äußern musste.¹⁰⁶⁵

17. Zu erwarten ist mE, dass die Unabdingbarkeit des Entschädigungsanspruchs auch im Rahmen der Analogie aufrecht bleibt. Es gibt dazu jedoch bis dato keine Rsp des Schweizerischen Bundesgerichts.¹⁰⁶⁶
18. Spanien machte eine vergleichsweise rasche Entwicklung durch. Vor der Umsetzung der HV-RL durch das LCA im Jahr 1992 gab es keine gesetzlichen Regelungen für Handelsvertreter oder andere Vertriebsmittler. Im Laufe der Zeit hat sich eine Rsp entwickelt, welche dem Vertragshändler einen Ausgleichsanspruch mit ähnlichen Argumenten zuspricht, wie sie auch in der dt und österr Rsp verwendet werden. In zweitinstanzlichen Urteilen finden sich sogar Zitate der dt Jud und Hinweise auf dt Lit. Als einheitlich kann die span Rsp dennoch nicht bezeichnet werden.¹⁰⁶⁷
19. Ein für die Praxis wichtiger Unterschied im span Recht ist jedenfalls, dass – im Gegensatz zu Österreich und Deutschland – ein Ausgleichsanspruch außerhalb der direkten Anwendung des span Handelsvertreterrechts vertraglich ausgeschlossen werden kann.¹⁰⁶⁸
20. Frankreich, Großbritannien und Irland haben als die einzigen Länder der EU Art 17 Abs 3 HV-RL in ihr Rechtssystem aufgenommen; die zwei letztgenannten allerdings mit einer Optionsmöglichkeit zugunsten von Art 17 Abs 2 HV-RL.¹⁰⁶⁹
21. Der Schadenersatzanspruch des franz Agent Commercial enthält kündigungsschutzrechtliche Tendenzen und ist somit mit dem Ausgleichsanspruch, wie er in Art 17 Abs 2 HV-RL formuliert ist, nur sehr eingeschränkt vergleichbar.¹⁰⁷⁰
22. Einen damit am ehesten zu vergleichenden Anspruch hat der franz V.R.P.. Diese dem Arbeitsrecht unterstellte Absatzmittlerform eines „angestellten Handelsagenten“ ist in Frankreich trotz heftiger Kritik aus der Lehre über dessen Richtlinienkonformität weit verbreitet.¹⁰⁷¹

¹⁰⁶⁵ Vgl dazu Seite 143 f.

¹⁰⁶⁶ Vgl dazu Seite 144 ff.

¹⁰⁶⁷ Vgl dazu Seite 152 ff.

¹⁰⁶⁸ Vgl dazu Seite 159 f.

¹⁰⁶⁹ Vgl dazu Seite 16 f.

¹⁰⁷⁰ Vgl dazu Seite 16 ff, Seite 165 ff.

¹⁰⁷¹ Vgl dazu Seite 169 ff.

23. Entgegen den anderen in dieser Arbeit behandelten Rechtsordnungen werden in Frankreich weder die handelsvertreterrechtlichen Regelungen noch diejenigen für den V.R.P. analog auf Franchisenehmer oder Vertragshändler angewendet.¹⁰⁷²
24. Auch alternative, nach österr bzw dt Verständnis zumindest vertretbare, Anspruchsgrundlagen werden in Frankreich nicht (positiv) aufgegriffen.¹⁰⁷³
25. Die analoge Anwendung auf Vertragshändler ist mittlerweile nicht nur in vielen EU-Staaten ein Thema, sondern wird auch von einigen Mitgliedstaaten judiziert. Zu der Frage, ob auch einem Franchisenehmer ein Ausgleichsanspruch zustehen soll, findet sich jedoch nur in Österreich höchstgerichtliche Rsp. In Deutschland wurde in diversen zweitinstanzlichen Urteilen ein derartiger Ausgleichsanspruch für Franchisenehmer bejaht. In der Schweiz und in Spanien musste diese Frage – soweit ersichtlich – noch nicht behandelt werden.¹⁰⁷⁴
26. Die Argumentation der schweizerischen und span Gerichte für die analoge Anwendung auf Vertragshändler ist meist stark an jene der dtRsp angelehnt. Teilweise wird diese auch zitiert. Da die Analogie für Franchisenehmer in Deutschland und Österreich grds gleich argumentiert wird, ist es wahrscheinlich, dass in den genannten Rechtsordnungen auch (Subordinations-)Franchisenehmer in den Genuss eines Ausgleichsanspruchs kommen können.¹⁰⁷⁵
27. Entsprechend den Entwicklungen der in dieser Arbeit behandelten Rechtsordnungen, lässt sich festhalten, dass die analoge Anwendung des handelsvertreterrechtlichen Ausgleichsanspruchs auf Franchisenehmer nicht nur ein kontroverses Thema ist, sondern in Zukunft wohl insbesondere von jenen Rechtsordnungen aufgegriffen werden könnte, welche den Ausgleichsanspruch nach deutschem Vorbild übernommen haben.

¹⁰⁷² Vgl dazu Seite 176 ff.

¹⁰⁷³ Vgl dazu Seite 181 ff.

¹⁰⁷⁴ Vgl dazu insb Seite 98 ff.

¹⁰⁷⁵ Vgl dazu insb Seite 138 ff, Seite 152 ff.

Zusammenfassung

Die vorliegende Arbeit befasst sich primär mit der Frage, ob es sich bei der analogen Anwendung des in der Handelsvertreter-Richtlinie formulierten Ausgleichsanspruchs insbesondere auf Franchisenehmer um ein Phänomen des deutschsprachigen Raums handelt oder ob diese Analogie mittlerweile auch in anderen europäischen Staaten Einzug gefunden hat. Den Fokus auf diese Frage gerichtet, werden die Rechtsordnungen von Österreich, Deutschland, Spanien, Frankreich und der Schweiz untersucht. Zusätzlich zur genannten Problemstellung wird neben zahlreichen Detailspekten des Ausgleichsanspruchs auch das Thema der rechtsdogmatischen Rechtfertigung der Analogie sowohl nach österreichischen als auch europarechtlichen Gesichtspunkten behandelt.

Vorweg sei gesagt, dass es in den genannten Ländern bloß in Österreich höchstgerichtliche Judikatur zum analogen Ausgleichsanspruch von Franchisenehmern gibt. In Deutschland existieren jedoch einige für einen Ausgleichsanspruch sprechende zweitinstanzliche Urteile.

In Frankreich verneinen sowohl die Gerichte als auch große Teile der Literatur – anders als in den anderen behandelten Staaten – jegliche rechtsdogmatisch vertretbare Möglichkeit, einen Franchisenehmer oder Vertragshändler für den Aufbau einer Stammkundschaft zu entschädigen, welche sich nur der Franchisegeber oder Lieferant auch nach Vertragsauflösung weiter nutzbar machen kann.

Spanien hatte bis zur Handelsvertreter-Richtlinie überhaupt kein Handelsvertreter- oder Vertriebsrecht. Trotzdem entwickelte sich rasch eine Rechtsprechung, welche auch Vertragshändlern einen (analogen) Ausgleichsanspruch zubilligte.

Obwohl die Schweiz kein Mitglied der EU ist und damit nicht der Handelsvertreter-Richtlinie unterliegt, ist die prinzipielle Ausgestaltung und Formulierung des schweizerischen Kundschaftsentschädigungsanspruchs ähnlich der deutschen und österreichischen. Seit Mai 2008 gibt es ein Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts, wonach auch Vertragshändler in analoger Anwendung von Art 418u OR ausgleichsberechtigt sein können.

Weder in Spanien noch in der Schweiz mussten sich die Höchstgerichte mit der Frage der Analogie auf Franchisenehmer befassen. In beiden Rechtsordnungen gibt es jedoch gewichtige Stimmen, welche sich – berechtigterweise – für die Analogie zugunsten von Franchisenehmern aussprechen.

Aufbauend auf den Entwicklungen der jeweiligen Rechtsprechung und Literatur, lässt sich festhalten, dass die analoge Anwendung des handelsvertreterrechtlichen Ausgleichsanspruchs auf Franchisenehmer nicht nur ein kontroverses Thema ist, sondern in Zukunft wohl insbesondere von jenen Rechtsordnungen aufgegriffen werden könnte, welche den Ausgleichsanspruch nach deutschem Vorbild übernommen haben.

Abstract

The present dissertation primarily deals with the question, whether the analogous application of the commercial agent's good will indemnity, as defined in the Commercial Agent Directive, to the benefit of franchisees can be seen as a phenomenon of the German speaking area or whether the analogy has already found its way into other European countries. Against this background, the legal systems of Germany, Austria, Spain, France and Switzerland are analyzed. In addition, the dissertation elaborates not only numerous details of the indemnity but also the dogmatic justification of the mentioned analogy under Austrian and European law.

The analysis of the legal systems under investigation has produced the following results: So far Austria is the only country whose highest national court has already dealt with a franchisee's good will indemnity. In Germany, however, there are several decisions from lower courts in which franchisees were entitled to good will indemnification.

France is the only country within the scope of my analysis in which both the courts and the dominating doctrine negate any arguable possibility to indemnify a franchisee or an authorized distributor for bringing regular clientele from which only the franchisor or supplier can benefit after the termination of the contract.

Until the implementation of the Commercial Agent Directive, Spain has had no specific regulations for commercial agents or other distributors. Nevertheless, case law has emerged which regards authorized dealers to be entitled by way of analogy to good will indemnity.

Switzerland, although not being a member state of the EU and thus not being subject to the directive, recognizes the commercial agent's indemnity in a way similar to Austria or Germany. In May 2008, the Swiss Supreme Court also admitted an authorized dealer's claim for good will indemnification by way of analogy to Article 418u of the Swiss Code of Obligations.

Neither in Spain nor in Switzerland – as apparent – the highest national court had to deal with the question whether a franchisee shall be entitled to indemnity by way of analogy. Yet, in both countries there is a prevailing tendency in favor of the franchisee's good will indemnity by way of analogy.

In summary of this development both in case law and the younger doctrine, it can be concluded that the application by way of analogy of the commercial agent's indemnity to franchisees is not only a controversial topic, but could be actually picked up by those legal systems that have already implemented the indemnity in accordance with the German model.

HUBERTUS THUM

CURRICULUM VITAE

Geburtsdatum 30. April 1985
Geburtsort St. Pölten
Staatsbürgerschaft Österreich

AUSBILDUNG

09/2009 – 12/2009 **Universität St. Gallen (HSG), Schweiz**
Auslandssemester

seit 10/2008 **Wirtschaftsuniversität Wien**
Masterstudium Wirtschaftsrecht

seit 04/2008 **Universität Wien (Juridicum)**
Doktoratsstudium der Rechtswissenschaften

10/2004 – 03/2008 **Universität Wien (Juridicum)**
Diplomstudium der Rechtswissenschaften

09/1995 – 06/2003 **Gymnasium, BG / BRG St. Pölten**

BERUFSERFAHRUNG

seit 04/2011 **Freygner Rechtsanwalts GmbH, Wien, Rechtsanwaltsanwärter**

11/2010 – 03/2011 **Bundesministerium für Finanzen, Wien, freier Mitarbeiter**

2009 - 2010 **OLG Wien, Wien, Rechtspraktikant**
• 04/2010 & 08/2010 – 10/2010: Handelsgericht Wien
• 01/2010 – 03/2010: BG für Zivilsachen, Wien
• 07/2009 – 08/2009: BG für Strafsachen, St. Pölten

05/2010 – 06/2010 **Harnik & Finkelstein Law Firm, New York, Auslandspraktikum**

01/2009 – 02/2009 **Austrian Trade Commission, New York, Auslandspraktikum**

10/2007 - 03/2008 **Meinhard Novak Rechtsanwalt, Wien, juristischer Mitarbeiter**

07/2007 **CHSH Rechtsanwälte, Wien, Praktikant**

01/2005 – 12/2010 **TWS Rechtsanwälte, St. Pölten, juristischer Mitarbeiter**

Mai 2011