

ZVertriebsR

# ZEITSCHRIFT FÜR VERTRIEBSRECHT

Herausgeber Eckhard Flohr, Michael Martinek, Karsten Metzloff,  
Franz-Jörg Semler, Ulf Wauschkuhn, Alexander Petsche

November 2012

06

341 – 408

## Beiträge

### Deutschland – Selbständigkeit von Vertriebspartnern *Eckhard Flohr* ● 354

Schweiz – Abgrenzungsproblematik zwischen Arbeits- und  
Franchisevertrag *Michael Kull/Stefan Fierz* ● 358

Belgien – Scheinselbstständigkeit von Handelsvertretern  
*Christoph Kocks/Behnusch Abdolrahimi* ● 361

## Entscheidungen

LAG Rheinland-Pfalz – Nachvertragliches Wettbewerbsverbot ● 373

LAG Berlin-Brandenburg – Selbständigkeit eines  
Franchisenehmers ● 381

BGH – Unzulässiger Weitervertrieb von Datenträgern ● 381

BGH – Angemessenheit der Kündigungsfrist  
für einen Lizenzvertrag ● 390

EuGH – Vertrieb von Kontaktlinsen im Wege des Versandhandels ● 395

## Österreich

### OGH – Reduktion des handels- rechtlichen Ausgleichsanspruches

*Markus Fellner/Stefan Turic* ● 406



C.H. BECK

# ZVertriebsR

## Zeitschrift für Vertriebsrecht

Handelsvertreterrecht – Vertragshändlerrecht – Vertriebskartellrecht – Franchiserecht

ZVertriebsR · 6/2012 · 1. Jahrgang · Seite 341–408

Schriftleitung:

Univ.-Prof. Dr. Dr. Dr.h.c.mult. Michael Martinek, Universität des Saarlandes;  
Wiss. Ass. Max Rösch, LL.M., Universität des Saarlandes

---

### Inhaltsverzeichnis

---

<b>Editorial</b>	Prof. Dr. Rolf Wank	341
<b>Aufsätze</b>	Dr. Matthias Malzer <b>Vertriebsrecht, wirtschaftsrechtliche Kooperation und allgemeine Zivilrechtsdogmatik – Das Vertragsorganisationsrecht als Erklärungsmodell des Vertriebsrechts – und darüber hinaus</b>	343
	RA Prof. Dr. Eckhard Flohr <b>Die Selbständigkeit des Vertriebspartners nach deutschem Recht</b>	354
	Dr. Michael Kull / lic. iur. Stefan Fierz <b>Die Abgrenzungsproblematik zwischen Arbeits- und Franchisevertrag nach schweizerischem Recht</b>	358
	RA Christoph Kocks / RAin Behnusch Abdolrahimi <b>Die Scheinselbständigkeit von Handelsvertretern in Belgien</b>	361
<b>Entscheidungen</b>	<i>Allgemeines Vertriebsrecht</i> Abgrenzung eines Dauerarbeitsverhältnisses zu einer Rahmenvereinbarung mit einzelnen tageweisen Arbeitsverhältnissen <b>LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 20.06.2012 – 13 Sa 126/11</b>	365
	Nachvertragliches Wettbewerbsverbot – Inhaltskontrolle <b>LAG Rheinland-Pfalz: Urteil vom 03.08.2012 – 9 SaGa 6/12</b>	373
	<i>Verbraucherschutzrecht</i> EuGVVO: Kein Erfordernis eines Fernabsatzvertrages bei Verbrauchergerichtsstand <b>EuGH, Urteil vom 06.09.2012 – C-190/11 (Daniela Mühlleitner/ Ahmad Yusufi, Wadat Yusufi)</b>	375
	Wirksamkeit der Widerrufsbelehrung nach dem Muster der BGB-InfoV <b>BGH, Urteil vom 15.08.2012 – VIII ZR 378/11</b> mit Anmerkung von RA Prof. Dr. Eckhard Flohr	378
	<i>Franchiserecht</i> Zur Selbständigkeit eines Franchisenehmers <b>LAG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 03. Mai 2012 – 20 Ta 367/12</b>	381
	<i>Markenrecht</i> Unzulässiger Weitervertrieb von Datenträgern mit nachträglich angebrachter Garantieerklärung des Herstellers – <i>Echtheitszertifikat</i> <b>BGH, Urteil vom 6. Oktober 2011 – I ZR 6/10</b>	381
	Rechtsmissbräuchliche Geltendmachung eines Anspruchs auf Vertragsstrafe nach Löschung der Marke <b>OLG Karlsruhe, Urteil vom 07.05.2012 – 6 U 187/10</b>	384

	<u>Kartellrecht</u>	
	Grenzen der kartellrechtlichen Zwangslizenzierungspflicht <b>OLG Karlsruhe, Beschluss vom 23.01.2012 – 6 U 136/11</b>	387
	<u>Lizenzvertragsrecht</u>	
	Angemessenheit der Kündigungsfrist für einen Lizenzvertrag <b>BGH, Urteil vom 25.11.2010 – Xa ZR 48/09</b>	390
	<u>E-Commerce</u>	
	Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/31 – Vertrieb von Kontaktlinsen im Wege des Versandhandels <b>EuGH (Dritte Kammer), Urteil vom 2. 12. 2010 – C-108/09 (Ker-Optika bt/ÁNTSZ Dél-dunántúli Regionális Intézet, Ker-Optika/ÁNTSZ)</b>	395
	<u>Wettbewerbsrecht</u>	
	Konkretes Wettbewerbsverhältnis zwischen Goldankauf-Unternehmen <b>OLG Celle, Urteil vom 08.03.2012 – 13 U 174/11</b>	400
<b>Buchbesprechungen</b>	<i>Joachim Zentes (Hrsg.)</i> <b>Markteintrittsstrategien – Dynamik und Komplexität</b> (Rezensent: Michael Martinek)	401
	<i>Eckhard Flohr / Helmuth Liesegang (Hrsg.)</i> <b>Jahrbuch Franchising 2012</b> (Rezensent: Michael Martinek)	402
<b>Veranstaltungen</b>	Tagungshinweise	404
<b>Pressemitteilungen</b>	BGH, Urteil vom 23. Oktober 2012 – X ZR 157/11	405
<b>Österreich</b>	Markus Fellner / Stefan Turic <b>Entscheidungsbesprechung: OGH 20.6.2012, 9 ObA 59/12k</b>	406
	Dr. Benedikt Spiegelfeld <b>Rezension: Der Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers – Ein europäischer Rechtsvergleich (von Dr. Hubertus Thum)</b>	408

ISSN 2193-5769

**ZVertriebsR**

Zeitschrift für Vertriebsrecht

**Schriftleitung:**

Univ.-Prof. Dr. Dr. Dr.h.c.mult. Michael Martinek;  
Wiss. Ass. Max Rösch, LL.M.  
Universität des Saarlandes  
D-66123 Saarbrücken  
Tel.: 0681 / 302 2122  
Fax: 0681 / 302 2762  
E-Mail: ZVertriebsR-Redaktion@mx.uni-saarland.de  
E-Mail: m.roesch@mx.uni-saarland.de

**Manuskripte:**

Manuskripte werden auch unverlangt gerne entgegengenommen. Sie sind ausschließlich an m.roesch@mx.uni-saarland zu richten. Schriftleitung oder Verlag haften nicht für Manuskripte, die unverlangt eingereicht werden. Die Annahme zur Veröffentlichung muss schriftlich erfolgen. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließliche Verlagsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts. Eingeschlossen sind insbesondere die Befugnis zur Einspeicherung in eine Datenbank sowie das Recht der weiteren Vervielfältigung zu gewerblichen Zwecken im Wege eines fotomechanischen oder eines anderen Verfahrens. Dem Autor verbleibt die Befugnis, nach Ablauf eines Jahres anderen Verlagen eine einfache Abdruckgenehmigung zu erteilen.

**Urheber- und Verlagsrechte:**

Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und ihre Leitsätze, denn diese sind geschützt, soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung erarbeitet oder redigiert worden sind. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der engen Grenzen des Urheber-

rechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlags in irgendeiner Form – durch Fotokopie, Mikrofilm oder andere Verfahren – reproduziert oder in eine von Maschinen, insbesondere Datenverarbeitungsanlagen verwendbare Sprache, übertragen werden.

**Anzeigenabteilung:**

Verlag C. H. Beck  
Anzeigenabteilung  
Wilhelmstraße 9  
80801 München  
Postanschrift:  
Postfach 40 03 40  
80703 München  
Kontakt:  
Susanne Raff 089 / 381 89-601  
Julie von Steuben 089 / 381 89-608  
Olaf Eschenfelder 089 / 381 89-612  
Fax: 089 / 381 89-589

**Disposition:  
(Herstellung, Anzeigen, technische Daten)**

Tel: 089 / 381 89-603  
Fax: 089 / 381 89-589  
anzeigen@beck.de  
Verantwortlich für den Anzeigenteil:  
Fritz Leberherz

**Verlag:**

Verlag C. H. Beck oHG  
Wilhelmstraße 9  
80801 München  
Tel.: 089 / 381 89-0  
Fax: 089 / 381 89-468  
Postbank München: Nr. 6229-802,  
BLZ 700 100 80

**Erscheinungsweise:**

zweimonatlich

**Bestellungen:**

über jede Buchhandlung und beim Verlag.  
Abbestellungen zum Jahresende mit Sechswochenfrist.

**Bezugspreise 2012:**

Jahresabo: 298,- Euro (darin 19,50 Euro MwSt); Einzelheft: 54,- Euro (darin 3,53 Euro MwSt); . Versandkosten jeweils zuzüglich. Die Rechnungsstellung erfolgt zu Beginn eines Bezugszeitraumes. Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von sechs Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert werden.

**Abo-Service:**

Tel: 089 / 381 89-750  
Fax: 089 / 381 89-358  
bestellung@beck.de

**Vertrieb Österreich**

MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung  
GmbH  
Johannesgasse 23  
1010 Wien  
Abo-Service Österreich  
Tel.: +43 1 531 61-100  
Fax.: +43 1 531 61-455  
bestellen@manz.at

**Adressänderungen:**

Teilen Sie uns rechtzeitig Ihre Adressenänderungen mit. Dabei geben Sie bitte neben dem Titel der Zeitschrift die neue und die alte Adresse an.  
Hinweis gemäß § 7 Abs. 5 der Postdienst-Datenschutzverordnung: Bei Anschriftenänderungen des Beziehers kann die Deutsche Post AG dem Verlag die neue Anschrift auch dann mitteilen, wenn kein Nachsendeantrag gestellt ist. Hiergegen kann der Bezieher innerhalb von 14 Tagen nach Erscheinen dieses Heftes beim Verlag widersprechen.

**Druck:**

Druckerei C. H. Beck  
(Adresse wie Verlag),  
Lieferanschrift:  
Versand und Warenannahme  
Berger Straße 3-5  
86720 Nördlingen

## Österreich

Markus Fellner / Stefan Turic\*

### Entscheidungsbesprechung: OGH 20.6.2012, 9 ObA 59/12k

#### Leitsätze:

**1. Die Reduktion des handelsvertreterrechtlichen Ausgleichsanspruchs aus Gründen der Billigkeit gemäß § 24 Abs 1 Z 3 Handelsvertretergesetz (HVertrG) betrifft nicht den Grund, sondern die Höhe des Anspruchs.**

**2. Billigkeitserwägungen lassen eine graduelle Kürzung innerhalb der gesamten Bandbreite eines Anspruchs zu, so dass ein gänzlicher Anspruchsverlust zulässig ist.**

**3. Der Grund des Anspruchs wird damit im Ergebnis in Frage gestellt. Ein Eingriff in die Rechtskraft eines Zwischenurteils, mit dem das Bestehen des Anspruchs dem Grunde nach festgestellt wurde, liegt bei einer Kürzung des Anspruchs auf null aus Billigkeitserwägungen nicht vor.**

#### Rechtskräftiges Zwischenurteil über das Bestehen des Ausgleichsanspruchs dem Grunde nach

Die Klägerin war vom 23.6.2000 bis 7.2.2003 für die beklagte Partei als Vermögensberaterin („Agentin“) tätig. Mit Klage vom 29.4.2003 begehrte die Klägerin auf Grund einer erfolgten einvernehmlichen Auflösung des Agentenvertrages einen Ausgleichsanspruch. Die beklagte Partei bestritt das Klagebegehren dem Grunde und der Höhe nach und brachte dazu vor, dass das Vertragsverhältnis von ihr mit Schreiben vom 4.3.2003 berechtigt vorzeitig aufgelöst worden sei, da die Klägerin bereits während laufender Vertragsbeziehung für einen direkten Mitbewerber der beklagten Partei tätig geworden sei und auch Kunden eines anderen Agenten abgeworben habe. Bestritten wurde auch die Höhe des geltend gemachten Anspruchs.

Mit Zwischenurteil vom 17.11.2006 hat das Arbeits- und Sozialgericht Wien als Erstgericht zu GZ 6 Cga 84/03v festgestellt, dass das Klagebegehren dem Grunde nach zu Recht besteht. Dies im Wesentlichen mit der Begründung, dass das Vertragsverhältnis einvernehmlich beendet wurde.

Das Oberlandesgericht Wien als Berufungsgericht hat der Berufung der beklagten Partei nicht Folge gegeben. Das Zwischenurteil, wonach der Anspruch dem Grunde nach zu Recht besteht, ist damit in Rechtskraft erwachsen.

#### Kürzung des Anspruchs aus Gründen der Billigkeit auf null

Mit Endurteil vom 5.10.2010 sprach das Arbeits- und Sozialgericht Wien der Klägerin einen Ausgleichsanspruch in der Höhe von EUR 19.000,- zu, das Mehrbegehren auf Zahlung von EUR 29.839,82 wurde abgewiesen. Beide Parteien erhoben gegen dieses Urteil Berufung an das Oberlandesgericht Wien. Mit Berufungsentscheidung vom 27.2.2012 gab das Oberlandesgericht Wien der Berufung der beklagten Partei Folge und änderte das angefochtene Urteil dahingehend ab, dass das Klagebegehren der Klägerin zur Gänze abgewiesen wurde.

Das Berufungsgericht begründete die Entscheidung zusammengefasst damit, dass die beklagte Partei unter Be-

weis gestellt habe, dass sie mit nur fünf Kunden der Klägerin im Zeitraum eines Jahres nach der Beendigung des Vertragsverhältnisses tatsächlich Folgegeschäfte abschließen konnte. Diese tatsächliche Entwicklung der Geschäftsbeziehung sei bei der Beurteilung des Ausgleichsanspruchs der Klägerin zu berücksichtigen, da der weitgehende Verlust der Geschäftsbeziehungen für die beklagte Partei zum Zeitpunkt der Beendigung des Vertragsverhältnisses nicht nur in Folge eines Wechsels der Klägerin zu einem Konkurrenzunternehmen und der starken persönlichen Bindung der Kunden zur Klägerin absehbar gewesen, sondern auch schon vor Beendigung des Vertragsverhältnisses durch weitgehende Stornierungen und Nichteinlösungen in Gang gesetzt worden sei. Der Klägerin sei es sogar gelungen, die von ihr betreuten Kunden im Zusammenhang mit ihrem Wechsel zu einem Konkurrenzunternehmen dazu zu bewegen, bereits abgeschlossene Verträge nicht einzulösen oder zu stornieren. Das Berufungsgericht nennt hierzu die hohe Stornoquote von über 90 %. Wenn der Klägerin bereits das gelungen sei, so sei es ihr noch leichter möglich gewesen, ihre bisherigen Kunden bei Neuabschlüssen bei sich bzw. bei ihrem neuen Auftraggeber zu behalten.

Vor dem Hintergrund von rechtskräftig festgestellten 45 möglichen Folgegeschäftskunden und einem tatsächlichen Folgegeschäftsabschluss für den Zeitraum eines ganzen Jahres nach der Beendigung des Vertragsverhältnisses mit lediglich fünf dieser Kunden stellt sich das Berufungsgericht die Frage, ob man hier noch von den im Gesetz geforderten „erheblichen Vorteilen“ für den Unternehmer sprechen könne. Keinesfalls könne aber von solchen Vorteilen gesprochen werden, wenn der Handelsvertreter wie im vorliegenden Fall elf weitere Kunden der beklagten Partei, die sie früher gar nicht selbst betreut hat, abwirbt. Jedenfalls würde ein Ausgleichsanspruch der Klägerin bei nur fünf tatsächlich bei der beklagten Partei verbliebenen Folgegeschäftskunden und gleichzeitig erfolgter Abwerbung nicht nur der anderen 40 früheren Stammkunden, sondern auch von elf weiteren Kunden der im Gesetz auch geforderten Billigkeit widersprechen.

Der Klägerin auf Grundlage dieser festgestellten Zahlungen einen Ausgleichsanspruch auch nur in geringer Höhe zuzusprechen würde bedeuten, die beklagte Partei zu einem Ausgleich zu verpflichten, obwohl sie aus der Auflösung des Vertragsverhältnisses zur Klägerin im Hinblick auf ihre Geschäftsverbindungen mehr Nachteile als Vorteile erlitten habe. Der zwar dem Grunde nach bestehende Ausgleichsanspruch sei daher aus Billigkeitserwägungen auf null zu kürzen.

#### Revision an den Obersten Gerichtshof

Gegen die Berufungsentscheidung vom 27.2.2012 erhob die Klägerin eine außerordentliche Revision an der Obersten Gerichtshof (OGH).

Die Klägerin brachte insbesondere vor, dass die Ansicht der Klageabweisung in die Rechtskraft des Zwischenurteils eingreife, mit dem die Berechtigung des Anspruchs der Klägerin dem Grunde nach festgestellt wurde. Eine

Billigkeitsprüfung könne daher nicht zum gänzlichen Entfall des Ausgleichsanspruchs führen.

Die Klägerin brachte des Weiteren vor, dass auch die Frage, ob die beklagte Partei nach Auflösung des Vertragsverhältnisses erhebliche Vorteile ziehen kann, als Anspruchsvoraussetzung gemäß § 24 Abs 1 Z 2 HVertrG den Grund ihres Anspruchs betrifft, der auf Grund des rechtskräftigen Zwischenurteils nicht mehr in Frage zu stellen sei.

Letztlich bekämpfte die Klägerin auch die Ansicht des Berufungsgerichtes, wonach die Ausgleichszahlung nicht der Billigkeit entsprechen würde.

### Ausführungen des OGH

Der OGH wies die außerordentliche Revision der Klägerin gemäß § 508 a Abs 2 ZPO mangels Vorliegen der Voraussetzungen des § 502 Abs 1 ZPO, also mangels Vorliegen einer Rechtsfrage, der zur Wahrung der Rechtseinheit, Rechtssicherheit oder Rechtsentwicklung erhebliche Bedeutung zukommt, etwa weil das Berufungsgericht von der Rechtsprechung des OGH abweicht oder eine solche Rechtsprechung fehlt oder uneinheitlich ist, zurück und begründete dies wie folgt:

Zu den Wirkungen eines Zwischenurteils im Allgemeinen führte der OGH aus, dass gemäß § 393 Abs 1 ZPO das Gericht durch Zwischenurteil vorab über den Grund des Anspruchs entscheiden könne, auch wenn noch strittig sei, ob der Anspruch überhaupt mit irgendeinem Betrag zu Recht besteht. Dass der von der Klägerin geltend gemachte Ausgleichsanspruch mit Zwischenurteil als zu Recht bestehend erkannt wurde, könne einer Klageabweisung daher nicht entgegenstehen, wenn die Höhe des Anspruchs letztlich mit Null beziffert wird.

Dass auch die Reduktion eines Ausgleichsanspruches aus Gründen der Billigkeit gemäß § 24 Abs 1 Z 3 HVertrG nicht den Grund, sondern die Höhe des Anspruchs betrifft, ergebe sich schon daraus, dass Billigkeitserwägungen eine graduelle Kürzung innerhalb der gesamten Bandbreite eines Anspruchs zulassen, so dass sich ein gänzlicher Anspruchsverlust durch Kürzung auf null nur als maximale Beschränkung darstelle. Der Grund des Anspruchs werde damit nur im Ergebnis, nicht aber seinem Wesen nach in Frage gestellt. Einen Eingriff in die Rechtskraft des Zwischenurteils stelle dies nicht dar.

Der Standpunkt der Klägerin, dass auch die Frage, ob die beklagten Partei nach Auflösung des Vertragsverhältnisses erhebliche Vorteile ziehen kann, als Anspruchsvoraussetzung den Grund ihres Anspruchs betrifft, der auf Grund des Zwischenurteils nicht mehr in Frage zu stellen sei, sei ebenfalls verfehlt. Die Klägerin übersehe, dass das Berufungsgericht die Frage der erheblichen Vorteile im Zusammenhang mit dem gleichzeitig erfolgten Abwerbungen durch die Klägerin gesehen und letztlich unter Billigkeitsaspekt im Sinne des § 24 Abs 1 Z 3 HVertrG beurteilt habe. Zum Standpunkt der Klägerin, dass auch die Ansicht des Berufungsgerichtes, dass eine Ausgleichszahlung der beklagten Partei unbillig wäre, widersprach, verwies der OGH darauf, dass dies eine für den jeweiligen Einzelfall zu treffende Entscheidung sei, weshalb sie keine erhebliche Rechtsfrage begründe. Eine korrekturbedürftige, grobe Fehlbeurteilung liege schon angesichts der festgestellten Abwerbetätigkeit der Klägerin nicht vor.

### Zur Billigkeitsvoraussetzung gem. § 24 Abs. 1 Z 3 HVertrG

Gemäß § 24 Abs 1 HVertrG gebührt dem Handelsvertreter nach Beendigung des Vertragsverhältnisses – ausgenommen im Falle der in § 24 Abs. 3 angeführten Beendigungsarten – ein angemessener Ausgleichsanspruch, wenn und soweit

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

Nach dem Wortlaut des Gesetzes sind somit bei der Frage, ob die Zahlung eines Ausgleichs der Billigkeit entspricht „alle“ Umstände zu berücksichtigen. Dies ist nach herrschender Meinung insofern einschränkend auszulegen, als nur die im Handelsvertreterverhältnis begründeten Umstände ausschlaggebend sein können.<sup>1</sup> Umstände wie etwa Alter und Gesundheit des Handelsvertreters oder die wirtschaftliche Lage des Unternehmens und des Handelsvertreters haben idR außer Betracht zu bleiben.<sup>2</sup>

Im Rahmen der Billigkeitsprüfung ist sowohl eine Einschränkung als auch eine Erhöhung des Ausgleichsanspruchs möglich. In der soeben besprochenen OGH-Entscheidung darüber hinaus bestätigt, dass im Rahmen der Billigkeitsanspruch auch ein gänzlicher Entfall des Ausgleichsanspruchs möglich ist.

Da, wie soeben dargestellt, sämtliche Umstände im Zusammenhang mit dem Handelsvertreterverhältnis zu berücksichtigen sind, sind die Aspekte, die bei der Beurteilung eine Rolle spielen können, vielfältig und nicht abschließend darstellbar. Eine vertragliche Festlegung von Umständen, die in die Prüfung der Billigkeit einfließen sollen, ist wegen der Unabdingbarkeit des § 24 HVertrG unwirksam.<sup>3</sup>

Ausdrücklich in § 24 Abs 1 Z 3 HVertrG ist der Umstand der dem Handelsvertreter aus Geschäften mit dem Kunden entgehenden Provisionen. Dieser Aspekt hat auch in der besprochenen OGH-Entscheidung eine entscheidende Rolle gespielt hat. So kann es etwa zu einer Minderung des Ausgleichsanspruchs aus Billigkeitsgründen führen, wenn der Handelsvertreter durch die Beendigung des Handelsvertretervertrages aus Folgegeschäften mit ausgleichspflichtigen Kunden keine Provisionsverluste erleidet, etwa wenn auch bei Fortsetzung des Vertragsverhältnisses solche Folgegeschäfte nicht mehr provisionspflichtig gewesen wären<sup>4</sup>, wobei sowohl abgeschlossene als auch erst zukünftig zustande kommende Geschäfte zu berücksichtigen sind.<sup>5</sup>

Weitere zu berücksichtigende Umstände im Rahmen der Billigkeitsprüfung sind die Umstände der Vertragsbeendigung wie etwa eine zum Vorteil des Handelsvertreters besonders lange Kündigungsfrist, vertragswidriges Ver-

\* MMag. Dr. Markus Fellner ist Rechtsanwalt und Partner bei Fellner Wratzfeld & Partner Rechtsanwälte in Wien; Mag. Stefan Turic ist Rechtsanwalt bei Fellner Wratzfeld & Partner Rechtsanwälte in Wien.

1 Nocker, Kommentar zum Handelsvertretergesetz, § 24 Rz 559.

2 Nocker, aaO Rz 676 mwN.

halten des Handelsvertreters, besondere Vergünstigungen für den Handelsvertreter während aufrechtem Vertragsverhältnis sowie die Leistungen der Altersversorgung an den Handelsvertreter durch das Unternehmen oder die Sogwirkung der Marke des Unternehmens, die dazu führt, dass der Handelsvertreter aufgrund der besonderen Bekanntheit einer Marke in der Regel geringere Anstrengungen unternehmen muss, um die Produkte des Unternehmens beim Kunden abzusetzen.<sup>6</sup>

Besondere Billigkeitsgründe hat die Rechtsprechung bei der Berechnung des Ausgleichs des Tankstellenpächters entwickelt. Demnach beträgt der Billigkeitsabschlag bei der Berechnung des Ausgleichsanspruchs von Tankstellenpächtern regelmäßig zumindest 50%.<sup>7</sup> Die sogenannten unternehmensbezogenen Motive der Tankkunden,

bei einer bestimmten Tankstelle zu tanken, sind dabei zu berücksichtigen. Neben der Sogwirkung der Marke, sind unter anderem die Standortfaktoren und die Investitionen durch das Unternehmen in den Standort, also die Ausstattung der Tankstelle.<sup>8</sup> ■

3 *Nocker*, aaO Rz 674 ff, mit Hinweis auf die abweichende deutsche Rechtsprechung zB BGH 20.11.2002, VIII ZR 146/01, wonach Vertragsparteien eine Vereinbarung treffen können, welche Umstände im Rahmen der Billigkeitsprüfung auch anspruchsmindernd maßgeblich sein sollen und damit mittelbar Einfluss auf die Entstehung des Ausgleichsanspruchs nehmen können.

4 OGH 20.10.2005, 3 Ob 13/05 s.

5 *Nocker*, aaO Rz 568 ff.

6 *Nocker*, aaO Rz 674 ff. mwN.

7 OGH 6 Ob 204/05 a; OLG Wien I R 232/05 b.

8 OGH 13.11.2008, 8 ObA 45/08 p in HRD 5956/7/2009, (= ARB 12.779).

## Rezension:

### Der Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers – Ein europäischer Rechtsvergleich von Dr. Hubertus Thum (Verlag Österreich / Juli 2012)

Es ist leicht, eine Rezension für ein Buch zu schreiben, dessen Autor ein junger Jurist mit Begeisterung für Franchising ist und den ich deshalb in seiner Absicht, das Thema des „Ausgleichsanspruches des Franchisenehmers“ zunächst in seiner Dissertation aufzuarbeiten und anschließend in diesem Buch umfassend darzulegen, sehr bestärkt und unterstützt habe.

Jetzt liegt also das Werk von Herrn Dr. Hubertus Thum vor, der seinen Dokortitel dem Franchising verdankt. Es wird ein unverzichtbarer Teil der Bibliothek zumindest jedes Rechtsanwaltes sein, der Beratung und Vertretung in Franchisesachen anbietet, ist aber auch eine Bestandaufnahme der derzeitigen Literatur und Judikatur für Lehre und Rechtsprechung.

Franchising ist nämlich sozusagen juristisch „unterbelichtet“. Trotz des Erfolges dieser Vertriebsform im Wirtschaftsleben sind die rechtstheoretischen Abhandlungen als auch dessen Vorkommen in der Rechtsprechung sehr gering. Dieses Manko behebt das vorliegende Werk ganz wesentlich.

Es bietet nämlich durch die Unzahl von Zitaten und Verweisen einen ausgezeichneten Überblick über den derzeitigen Stand von Lehre und Rechtsprechung bei Franchising.

Das „heißeste Eisen“ im Franchising ist mit Sicherheit die Frage, ob und unter welchen Bedingungen dem Franchisenehmer ein Ausgleichsanspruch zusteht.

Hierbei hat die österreichische Rechtsprechung eine Vorreiterrolle in Europa eingenommen und dem Franchisenehmer unter gewissen Umständen bei Vertragsauflösung analog dem Handelsvertreter einen Ausgleichsanspruch zuerkannt. Bisher sind dieser Rechtsprechung nur Gerichte in Deutschland gefolgt, während in den übrigen Ländern der Europäischen Union wohl eine gewisse Tendenz zu ähnlichen Überlegungen besteht, aber noch keine konkreten Entscheidungen vorliegen. Das Buch zeigt beispielhaft die Situation in Frankreich und in Spanien als auch im Nicht-EU-Land Schweiz auf.

Es ist erkenntlich, dass der Autor sich der Meinung der österreichischen Gerichte anschließt und deren Rechtsprechung zur analogen Anwendung des Ausgleichsanspruches auf Franchisenehmer deshalb detailliert mit der europarechtlichen Handelsvertreter-Richtlinie (RL 86/653/EWG), der Rechtsnatur des Handelsvertreter-Ausgleichsanspruches gemäß Handelsvertretergesetz sowie den Voraussetzungen für die Analogie begründet.

Auch die Berechnung des Ausgleichsanspruches, die besonders wegen der unterschiedlichen Gestaltung der Entgelte zwischen Handelsvertreter und Geschäftsherrn und Franchisenehmer und Franchisegeber besondere Schwierigkeiten mit sich bringt, wird in verständlicher Weise erläutert.

Aber auch Herr Dr. Thum muss zugeben, dass sich die Rechtsprechung im Fluss befindet. Es ist also auch in Österreich keineswegs fix, dass jedem Franchisenehmer und unter allen Bedingungen im Falle der Vertragsbeendigung ein Ausgleichsanspruch zusteht.

Es bleibt abzuwarten, ob in Zukunft versucht werden wird, wegen der grundsätzlichen Unterschiede der Vertriebsformen des Handelsvertreters und des Franchising die analoge Anwendung des Ausgleichsanspruches vom Handelsvertreter auf den Franchisenehmer doch als nicht zutreffend und nicht sachgerecht anzusehen. Auch für diese Argumentation finden sich wertvolle Hinweise im vorliegenden Werk.

Sinnvollerweise rundet der Autor sein Buch mit dem Exkurs zum zwingenden Charakter des Ausgleichsanspruches sowie zu den Möglichkeiten der Rechtswahl und der Gerichtsstandsvereinbarung bei Franchiseverträgen ab.

Wer also in Österreich Franchiseverträge verfassen und Franchisegeber oder Franchisenehmer beraten oder vor Gericht vertreten will, sollte an diesem Buch nicht vorbeigehen.

*Dr. Benedikt Spiegelfeld, Seniorpartner  
CHSH Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati  
Partnerschaft von Rechtsanwälten* ■