

2. Die verschiedenen Vertriebsarten

2.1. Handelsvertretung

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 sowohl nach dt als auch österr Rechtslage 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 jemanden, der als selbstständiger 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

³ § 1 Abs 1 HVertrG.

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

⁵ Vgl § 28 HVertrG.

⁶ Vgl §§ 26a – 26d HVertrG.

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

⁸ ErläutRV 578 BlgNR 18. GP 9; RIS-Justiz RS0121659.

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.

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

- Selbstständigkeit
- Gewerbsmäßigkeit
- Vermittlung oder Abschluss in fremdem 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 grundsätzlich nur bei natürlichen Personen eine Rolle. Bei Handelsvertreterverträgen mit einer juristischen Person oder einer Personengesellschaft muss die von dieser Gesellschaft ausgeübte Tätigkeit wohl immer als selbstständig beurteilt werden.¹²

Unter der „**ständigen Betrauung**“ wird allgemein eine den Handelsvertreter auf Dauer treffende „echte Rechtspflicht“ zur Vermittlungs- und Abschluss-tätigkeit gegenüber dem Unternehmer verstanden.¹³ Das Han-

⁹ Eine Vollharmonisierung wäre wohl schon aufgrund des Wahlrechts der Mitgliedstaaten (Art 17 Abs 1 HV-RL) nicht möglich; allgemein zur Mindest- und Vollharmonisierung im Europarecht vgl *Köndgen* in *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre² (2010) § 7 Rz 34 ff.

¹⁰ Vgl dazu ausführlich unten Seite 137 ff.

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 RS0062415; 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.

delsvertreterverhältnis 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 hat,¹⁶ 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 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

2.2. Franchising

2.2.1. Definition

Allein schon aufgrund einer fehlenden gesetzlichen Regelung des Franchising sowohl in Deutschland als auch in 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 definiert:²⁰

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

¹⁵ *Nocker*, HVertrG § 1 Rz 112 mwN; RIS-Justiz RS0121660; 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.

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 03.06.2012), inkl der Begriffserklärungen für „Know-how“, „geheim“, „wesentlich“ und „identifiziert“.

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.

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 **Literatur** wird die **Rechtsnatur des Franchisevertrags** unterschiedlich beurteilt.²³ Einige Autoren sehen das Element des Lizenz- und

²¹ RIS-Justiz RS0071387.

²² RIS-Justiz RS0071381.

²³ Vgl dazu zB die Auflistung der unterschiedlichen Meinungen in der dt Lit bei *Liebscher/Petsche*, Franchising in Österreich (2002) 14 ff; vgl auch die Definition bei *Nolte* in *Langen/Bunte*, Kartellrecht II¹⁰ (2006) Art 81 Fallgruppen, Rz 479.

Know-how Vertrags im Vordergrund.²⁴ Besonders *Martinek*²⁵ kritisiert diese Ansicht und meint, „die Lizenzvertragstheorie verkürzt [...] das Franchising auf einen im Gesamtzusammenhang letztlich akzidentellen und recht unbedeutenden Aspekt“.²⁶ 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 „gesehelterter vertragstypologischer Qualifizierungsversuch“.

Für *Liebscher*²⁷ 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*²⁸ 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.

Im Gegensatz zu zB Spanien²⁹ existiert in Österreich und Deutschland keine (öffentlich-rechtliche) Verpflichtung, sich in ein **Franchiseregister** oÄ eintragen zu lassen.

²⁴ So zB F. *Schönherr*, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (1982) Rz 446.1; *Kucsko*, Wettbewerbs-, Marken-, Muster- und Patentrecht⁴ (1995) 106; *Jahn*, Lizenz-Franchising, GesRZ 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 Wohl zumindest nicht gleicher Ansicht: *Flohr*, Franchise-Newsletter „Aktuell“, 1/2011 (siehe www.consultants-house.de/de/ausgabe-12011/97-ausgleichsanspruch-des-franchise-nehmers-bei-vertragsbeendigung-nach-handelsvertretergrundsuetzen; zuletzt aufgerufen am 03.06.2012).

²⁷ *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.

²⁸ *Jabornegg*, HVG (1987) 70.

²⁹ Vgl *Segura/Fischer* in *Martinek/Semler/Habermeier/Flohr*, Handbuch des Vertriebsrechts³ (2010) § 68 Rz 49.

2.2.2. Formen des Franchisings

Es gibt zahlreiche Möglichkeiten, Franchisesysteme voneinander zu unterscheiden.³⁰

Eine Möglichkeit bezieht sich auf das – vor allem in den USA – übliche Abgrenzungsmerkmal der **Kooperationsintensität**.³¹ 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 eur Raum ist unter Franchising üblicherweise das Betriebs-Franchising zu verstehen.³²

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*-Entscheidung³³ – weiter in Vertriebs- und Produktionsfranchising untergliedert werden kann.

In der Praxis treten häufig Mischformen auf, weil 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.³⁴ Die Unterscheidung zwischen **Waren- und Dienstleistungsfranchising** muss deshalb grundsätzlich 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“.³⁵

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

³⁰ Vgl dazu zB *B. Vogel*, Der Franchise-Vertrag (2006) 37 ff.

³¹ Ausführlich dazu im Rahmen der betriebswirtschaftlichen Abgrenzung des Alleinvertriebs vom Franchising *C. A. Meyer*, Der Alleinvertrieb² (1992) 67 ff.

³² 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.

³³ EuGH 28.01.1986, 161/84, *Pronuptia*.

³⁴ *M. Mohr*, Der Franchisevertrag (1999) 6.

³⁵ *Martinek*, Moderne Vertragstypen II (1992) 33; so auch *M. Mohr*, Der Franchisevertrag (1999) 6.