

**WOLF THEISS**  
**Rechtsanwälte**  
Dr. Christoph Liebscher  
Schubertring 6  
A-1010 Wien  
[www.wolftheiss.com](http://www.wolftheiss.com)

**Baker & McKenzie**  
**Kerres & Diwok Rechtsanwälte**  
DDr. Alexander Petsche  
Schubertring 2  
A-1010 Wien  
[www.bakernet.com](http://www.bakernet.com)

---

## **ÖSTERREICHISCHE JUDIKATUR ZUM FRANCHISING**

von

**Rechtsanwalt**  
**Dr. Christoph Liebscher**  
**MBA (Insead) FCI Arb**

**Rechtsanwalt**  
**DDr. Alexander Petsche**  
**MAES (Brügge)**

**1. Analoge Anwendung des Ausgleichsanspruchs des Handelsvertreters auf Franchisenehmer gemäß § 25 HVG aF  
OGH 10.4.1991, 9 Ob A8, 9/91**

Beim Subordinationsfranchising ist idR davon auszugehen, daß der Franchisenehmer - stärker noch als der Vertragshändler, auf den der OGH bereits § 25 HVG aF analog angewendet hat - gleich einem Handelsvertreter in die Absatzorganisation des Franchisegebers eingegliedert ist und daher Aufgaben zu erfüllen hat, die sonst von Handelsvertretern wahrgenommen werden. § 25 HVG aF ist daher analog anzuwenden. Den Franchisegeber trifft die Behauptungs- und Beweislast dafür, daß die ihm durch den Franchisenehmer geschaffenen Verdienstmöglichkeiten (bleibende Vorteile aus der Geschäftsverbindung mit der zugeführten Kundschaft im Sinne des § 25 HVG aF) im Einzelfall über die Beendigung des Vertragsverhältnisses hinaus keinen Bestand haben oder haben werden.

Wenn auch der Zahlungsverzug des Franchisenehmers den Franchisegeber berechtigt, den Vertrag vorzeitig zu lösen, muß die Vertragsauflösung deshalb noch nicht vom Franchisenehmer verschuldet sein, was einen Entschädigungsanspruch ausschließen würde. Ein Verschulden des Franchisenehmers liegt nicht vor, wenn er wegen Fehldispositionen, vor denen ihn der Franchisegeber hätte warnen können und müssen, in Zahlungsschwierigkeiten geraten ist. Zwischen der Klage auf Zahlung offener Warenlieferungen durch den Franchisegeber und der aufrechenungsweise Geltendmachung einer Entschädigungsforderung gemäß § 25 HVG aF durch den Franchisenehmer, besteht aufgrund der Eingliederung und der engen wechselseitigen Pflichtenbindung zwischen den beiden Forderungen ein rechtlicher Zusammenhang im Sinne des § 391 Abs 3 ZPO, der die Erledigung der Kaufpreisklage ohne Rücksicht auf die Gegenforderung durch Teilurteil verbietet.

**2. Analogieschluß des OGH zum Handelsvertretergesetz  
OGH 17.12.1997, 9 Ob 2065/96h**

In dieser Entscheidung hat der OGH zur analogen Anwendbarkeit - insbesondere des Ausgleichsanspruchs gemäß § 25 HVG aF - allgemein Stellung genommen und ausgesprochen, daß der von der Rechtsprechung bisher gezogene Analogieschluß zulässig ist.

Dazu führte der OGH aus: Die Gesetzesverfasser haben in der Regierungsvorlage zum neuen Handelsvertretergesetz 1993 (HVertrG) ausdrücklich darauf hingewiesen, daß die Einbeziehung anderer Umsatzmittler, also vor allem Vertragshändler und Franchisenehmer in das neue Gesetz durch die EG-Richtlinie nicht geboten sei, weil die Gefahr unvollständiger Regelungen groß sei. Der Gesetzgeber hat keine Norm erlassen, daß das HVertrG auf Vertragshändler und Franchisenehmer nicht angewendet werden dürfe. Auch die Materialien zum neuen HVertrG stehen den bisherigen Wertungen keineswegs entgegen. Alle damit im Zusammenhang stehenden Fragen werden der in Fluß befindlichen Rechtsprechung überlassen.

**3. Betriebsförderungs- und Treuepflicht des Franchisegebers  
OGH 18.6.1991, 4 Ob 4 Ob 42/91**

Die Beziehungen der Parteien eines Franchisevertrages zueinander sind von einem besonders ausgeprägten Vertrauensverhältnis beherrscht. Bei der Erfüllung ihrer Vertragspflichten haben die Parteien vertrauensvoll zusammenzuarbeiten und erhöhte Rücksicht auf die Interessen der jeweils anderen Partei zu nehmen. 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.

Der Franchisegeber, der sich das parallele Betreiben des Versandhandels im Schutzgebiet des Franchisenehmers vertraglich ausdrücklich vorbehalten hatte, ist bei der Ausübung dieser Tätigkeit verpflichtet, auf die billigen Interessen seiner Franchisepartner gebührend Rücksicht zu nehmen. Da beide Vertriebsformen auf der selben Vertriebsstufe (Versorgung der Letztverbraucher) standen, ist der Franchisegeber verpflichtet, bei der Werbung und Verkaufsförderung im Versandhandel auf die Interessen seiner Franchisepartner Rücksicht zu nehmen. Der Franchisegeber verletzt diese Treuepflicht, wenn er die gleichen Artikel im Versandhandel zu günstigeren Bedingungen als für die Geschäftskunden des Franchisenehmers anbietet oder das bisher geübte System, die im Versandhandel ausgestellten Gutscheine in den Geschäften der Franchisenehmer einlösen zu lassen, ersatzlos aufhebt, sodaß der Franchisenehmer den Kontakt zu den Versandhandelskunden verliert.

**4. Aufklärungs- und Treuepflicht des Franchisegebers  
OGH 19.1.1989, 7 Ob 695/88**

Der Franchisegeber hat seinen Vertragspartner bei seiner Absatzförderungstätigkeit zu unterstützen und alles zu unterlassen, was diese Tätigkeit und ihren Erfolg stören könnte. Daraus kann aber eine vorvertragliche Pflicht des Franchisegebers zu "entsprechenden Marktstudien" vor der Nennung von Umsatzfiguren nicht abgeleitet werden. Eine schadenersatzrechtliche Haftung des Franchisegebers käme daher nur in Betracht, wenn der Franchisegeber den Franchisenehmer über den erzielbaren Umsatz arglistig oder auch nur fahrlässig in Irrtum geführt hat. Eine solche Haftung scheidet bis zur Grenze der krassen groben Fahrlässigkeit aus, wenn die genannten Ziffern ausdrücklich als unverbindliche Angaben bezeichnet werden. Ein treuwidriges Handeln des Franchisegebers ist nicht gegeben, wenn dieser einem Dritten die Eröffnung eines Geschäftes ermöglicht, das nicht im unmittelbaren Nahbereich des konkurrenzten Geschäftes liegt.

**5. Franchisenehmer und Sozialversicherungspflicht  
VwGH 31.1.1995, 92/08/0213**

Erreicht in einem Franchisevertrag die Intensität des Abhängigkeitsverhältnisses des Franchisenehmers gegenüber dem Franchisegeber jenes Ausmaß, das für das

Vorliegen eines Dienstverhältnisses bei einem Zeitungskolporteur ausschlaggebend ist, dann sind auch Franchisenehmer sozialversicherungspflichtig.

Der VwGH führt dazu aus: In Ausnahmefällen kann auch das in einem Franchiseverhältnis konkret vorliegende Abhängigkeitsverhältnis einen Intensitätsgrad erreichen, der das Franchiseverhältnis gleichsam "kippen" läßt und daß dann nur scheinbare Franchiseverhältnis ungeachtet seiner Bezeichnung als ein Dienstverhältnis "entlarvt". Ein solcher Intensitätsgrad wird dann erreicht sein, wenn dem Franchisenehmer durch Einzelanweisungen hinsichtlich der Ausführung und Gestaltung seiner Tätigkeit seitens des Franchisegebers jeder (unternehmerische) Spielraum, jede eigene unternehmerisch-kaufmännische Entscheidungsfreiheit genommen wird, sodaß ihm keine "respektable Restautonomie" mehr verbleibt, er vielmehr durch Eingriffe des Franchisegebers mit Einzelanweisungen in seine Finanzierungs- und Investitionsentscheidungen faktisch zum Angestellten in seinem eigenen Geschäftsbetrieb "degradiert" ist.

**6. Arbeitnehmerähnlichkeit eines Franchisenehmers  
OGH 12.11.1979, 4 Ob 68/97**

Für die Beurteilung der Arbeitnehmerähnlichkeit kommt es darauf an, ob der betreffende Beschäftigte in Bezug auf seine Tätigkeit in seiner Entschlußfähigkeit auf ein Mindestmaß eingeschränkt ist.

Die dieser Entscheidung zugrundeliegenden Franchiseverträge schränkten nach Ansicht des OGH die wirtschaftliche Selbständigkeit der Franchisenehmer in einer derartigen Weise ein, daß nicht mehr davon gesprochen werden konnte, daß die Franchisenehmer als selbständige Unternehmer handelten. Dem Franchisevertrag lagen dabei folgende Elemente zugrunde: Bezugspflicht, Verpflichtung zur Erhaltung eines Mindestlagers, Befolgung der geschäftlichen Anweisungen des Franchisegebers innerhalb des Marketingkonzepts, Eigentum des Franchisegebers an den Kundenadressen, Einsichtsrecht des Franchisegebers in die Geschäftsunterlagen des Franchisenehmers, Genehmigungspflicht selbst für lokale Werbeaktionen, Recht des Franchisegebers, Firmenberater in die Betriebe der Franchisenehmer zu entsenden, Verpflichtung des Franchisenehmers den Vorschlägen dieser Berater nachzukommen, Verpflichtung der Franchisenehmer, den Weisungen des Franchisegebers insofern zu folgen, als dem Franchisegeber für Nichtbefolgung das Recht zusteht, die Verträge sofort zu beenden. Nach dem OGH hatten die Franchisenehmer rein wirtschaftlich gesehen keine andere Stellung als gegen Provision tätige Filialleiter, da sie durch die Verträge in allen jenen Tätigkeiten entscheidend eingeschränkt waren, welche zum Wesen eines selbständigen kaufmännischen Handels gehören.

**7. Abgrenzung von Franchisevertrag und Bestandvertrag  
OGH 26.4.1994, 4 Ob 535/94**

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 Namen, Marke, Ausstattung usw. sowie der gewerblichen und technischen Erfahrungen des Franchisegebers und unter Beachtung des von diesem entwickelten Organisations- und Werbesystems zu vertreiben, wobei der Franchisegeber dem Franchisenehmer Beistand, Rat und Schulung in technischer und verkaufstechnischer Hin-

sicht gewährt und seine Kontrolle über die Geschäftstätigkeit des Franchisenehmers ausübt. Dazu tritt beim sogenannten Produktfranchising eine Pflicht des Franchisenehmers zum ausschließlichen Warenbezug vom Franchisegeber. Charakteristisch für jedes Franchisesystem ist die straffe Organisation. Die Franchisenehmer bleiben selbständige Unternehmer, die im eigenen Namen und auf eigene Rechnung handeln. Der Franchisevertrag ist also ein Vertrag, durch den eine Marke, in Verbindung mit Lizenzen oder Know-How einer anderen Person zur Benützung überlassen wird.

Im vom OGH konkret zu beurteilenden Sachverhalt stand nach dessen Ansicht die Überlassung der Geschäftsräumlichkeiten zur Benützung ganz eindeutig im Vordergrund. Der Beklagte hatte zwar die Verpflichtung übernommen, ausschließlich Waren der Untervermieterin zu vertreiben und sich bei der Schaufenstergestaltung an näher bestimmte "Markenverpflichtungen" zu halten. Der Beklagte war aber weder in eine straffe Organisation eingebunden, noch erhielt er von seinem Vertragspartner Beistand, Rat oder Schulung in technischer oder verkaufstechnischer Hinsicht.

**8. Franchisevertrag oder Mietvertrag?  
LGZ Wien 10. 11. 1993, MietSlg 45.083**

Weist ein Vertrag nur zu einem sehr geringen Teil Elemente eines Franchisevertrages auf, nämlich durch die Verpflichtung, in erster Linie Waren eines bestimmten Unternehmens zu vertreiben und die Schaufenster entsprechend dieser Markenverpflichtung zu gestalten, überwiegen ansonsten die Elemente eines Bestandvertrages deutlich, so ist das Rechtsverhältnis nach dessen Rechtsgrundsätzen zu beurteilen.

**9. Unternehmensveräußerung/Mietzinsanhebung  
OGH 16. 4. 1996, MietSlg 48238**

Durch den Abschluß eines Franchisevertrages erfolgt weder eine selbständige Verwertung des Bestandrechtes noch eine Unternehmensveräußerung.

**10. Selbständige Verwertung des Bestandrechtes  
OGH 23. 11. 1995, eclex 1996, 680**

Der Abschluß eines Franchisevertrages durch den Geschäftsraummieter stellt keine selbständige Verwertung des Bestandrechtes dar, die Voraussetzung für die Kündigung nach § 30 Abs 2 Z 4 MRG wäre. Für eine solche Vereinbarung ist es nämlich typisch, daß der Franchisenehmer das Geschäftslokal für seine Zwecke, wengleich in enger Bindung an den Franchisegeber, nutzt.

**11. Nachahmung eines Franchisesystems  
OGH 8.3.1994, 4 Ob 16/94**

Sachverhalt: Das von K. entwickelte Franchisekonzept für Pizza-Zustellungen, auf dessen Werbematerialien ein rollschuhfahrender Pizza-Zusteller zu sehen war ("Pizza-Männchen"), und welches sich insbesondere durch eine neuartige Verkaufsform, die Verwendung von speziellen Speisekarten und eines eigens entwickelten EDV-Bestellsystems auszeichnete, wurde von B. weitgehend nachge-

ahmt. Seine Werbematerialien zeigten einen auf einem Mopedroller fahrenden Pizza-Zusteller ("Pizza-Flitzer").

Der OGH verglich zunächst die Darstellung des "Pizza-Männchen" mit jener des "Pizza-Flitzers" und beurteilte letzteren als selbständige Neuschöpfung iS des § 5 Abs 2 UrhG. Ein Eingriff in die Urheberrechte von K. lag daher nicht vor. Zu dem von K. geltend gemachten Schutz nach § 9 Abs 3 UWG führte der OGH aus, daß dem österreichischen Markenrecht ein Motivschutz fremd ist. Das Entleihen eines Motivs ist aber unzulässig, wenn Verwechslungsgefahr besteht. Diese verneinte jedoch der OGH, da der Gesamteindruck des "Pizza-Flitzers" seiner Ansicht nach entscheidend von jenem des "Pizza-Männchens" abweicht. Zur Behauptung der sittenwidrigen Nachahmung der Werbemittel führte der OGH aus, daß das Nachahmen fremder Reklame an sich zulässig ist und nur bei Hinzutreten besonderer Umstände gegen § 1 UWG verstößt. Da die Werbematerialien von K. öffentlich verteilt wurden, also für jedermann zugänglich waren, kam Sittenwidrigkeit durch Erschleichen oder Vertrauensbruch nicht in Betracht. Außerdem ist nach dem OGH eine bloße Werbeidee niemals geschützt, weshalb die von B. angebotene Verkaufsform, wonach 3 Pizza-Grundformen nach Wahl des Kunden belegt werden konnten, als Werbeidee zu werten und deshalb nicht geschützt ist. Das Nachahmen einer fremden Verkaufsform, welche keinen Sonderchutz - etwa nach dem MSchG, dem UrhG oder als Unternehmenskennzeichen - genießt, ist an sich nicht wettbewerbswidrig.

## **12. Auflösung eines Franchisevertrages aus wichtigem Grund OGH 21.10.1987, 1 Ob 641/87**

Bei der Beurteilung der Frage, ob ein wichtiger Grund zur vorzeitigen Auflösung gegeben ist, sind grundsätzlich die Wertungen des Gesetzgebers für die vorzeitige Auflösung eines Handelsvertretervertrages heranzuziehen. Danach ist eine Kündigung aus wichtigem Grund nicht schon dann gerechtfertigt, wenn das Beharren auf Aufrechterhaltung des Vertrages für den Kündigenden zwar lästig ist, ihm die Fortsetzung des Vertrages aber doch unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Vertragstreue zugemutet werden kann. Ein Verschulden des anderen Vertragsteiles ist nicht Voraussetzung. Die Frage der Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Vertragsverhältnisses kann nur aus einer umfassenden Sicht aller dafür und dagegen sprechenden Gegebenheiten des Einzelfalles beantwortet werden.

Die Berechtigung zur Kündigung eines Franchisevertrages aus Gründen, die vom Vertragspartner nicht zu vertreten sind, die aber in der Sphäre des Kündigenden liegen, ist nicht möglich, wenn sich ein versicherbares Risiko (hier: Betriebsunterbrechung durch Brand) beim Kündigenden ereignet und dieser im Vertrag erklärt hat, das Geschäft auf eigene Gefahr zu führen. Daraus folgt, daß der Franchisevertrag ohne Vorliegen eines zureichenden Grundes und damit schuldhaft aufgekündigt wurde, womit zu erkennen gegeben wurde, die Vertragsleistungen ernstlich und endgültig zu verweigern. Der Franchisegeber war in diesem Fall berechtigt, durch Annahme der ungerechtfertigten Kündigung den Vertrag selbst zur Auflösung zu bringen. Dem Franchisegeber steht daher ein nach § 921 ABGB zu berechnender Schadenersatzanspruch zu.

## **13. Rückgabe des Unternehmens nach Beendigung des Franchisevertrages VwGH 18.10.1987, 87/11/0253, 0257**

Unter einer Unternehmensübertragung ist jedes Rechtsgeschäft zu verstehen, demzufolge das Unternehmen auf eine andere Person übergeht, also in erster Linie die Veräußerung, aber auch die Verpachtung oder etwa die Einräumung eines Nießbrauchs. Das gleiche gilt, wenn aufgrund eines Franchisevertrages das dem Franchisegeber gehörende Unternehmen dem Franchisenehmer zum Betrieb im eigenen Namen und auf eigene Rechnung überlassen wird. Die Rückgabe des Unternehmens nach Beendigung des Franchiseverhältnisses führt zu einer neuerlichen Übertragung des Unternehmens, sodaß auch die anlässlich der Beendigung des Franchiseverhältnisses vereinbarten Arbeitsvertragsübernahmen keine inhaltliche Änderung des bestehenden Dienstverhältnisses bewirkt haben, weshalb auf sie die Ausschlußbestimmung des § 1 Abs 3 Z 2 lit. b IESG nicht anzuwenden ist.

**14. Wettbewerb durch Franchisegeber  
OGH 3. 4. 1990, RdW 1990, 312**

Ein Wettbewerbsverhältnis kann auch bei einem vertikalen Absatzweg vorliegen. So kann etwa der Franchisegeber mit dem Franchisenehmer, der das Alleinvertriebsrecht für ein bestimmtes Absatzgebiet hat, in Wettbewerb stehen. Verletzt der Franchisegeber diese vereinbarte Gebietsaufteilung, kann darin ein sittenwidriger Wettbewerbsverstoß liegen.

**15. Franchisevertrag und IPRG, vorzeitige Auflösung des Franchisevertrages wegen Verstoßes gegen die Exklusivbindung?  
OGH 5.5.1987, 4 Ob 321/87**

Ein Franchisevertrag, dessen Schwergewicht in der Einräumung von Immaterialgüterrechten an den Franchisenehmer liegt, ist nach dem Recht des Staates zu beurteilen, für den das Immaterialgüterrecht eingeräumt wurde (§ 43 Abs 1 IPRG). Der vom klagenden ausländischen Franchisenehmer infolge Vertragsauflösung unmittelbar aus seinem Firmen- und Markenrechten abgeleitete Unterlassungsanspruch gegen den österreichischen Franchisenehmer unterliegt ebenfalls österreichischem Recht. Gemäß § 34 Abs 1 IPRG sind das Entstehen, der Inhalt und das Erlöschen von Immaterialgüterrechten nach dem Gesetz des Staates zu beurteilen, in dem eine Benützung- oder Verletzungshandlung gesetzt wird.

Dauerschuldverhältnisse können wegen des besonderen Vertrauens, daß sie zwischen den Parteien voraussetzen, aus wichtigen Gründen jederzeit gelöst werden. Dabei sind auch die Regeln der §§ 21 ff HVG zu berücksichtigen. Der Grund muß so wichtig sein, daß es dem Franchisegeber unzumutbar ist, die vereinbarte Kündigungsfrist einzuhalten. Der Franchisenehmer, der zum ausschließlichen Warenbezug vom Franchisegeber verpflichtet ist, verletzt zwar durch den Ankauf von Fremdware eine wichtige Vertragsbestimmung. Der Verstoß des Franchisenehmers ist aber dann nicht objektiv geeignet, das Vertrauen zwischen den Vertragsteilen zu zerstören, wenn der Franchisenehmer zu Fremdbezug geringen Umfangs genötigt wurde, weil ihm der Franchisegeber die dringend nachgefragte Ware nicht selbst verschaffen konnte. Vielmehr wäre der Franchisegeber nach Treu und Glauben verpflichtet gewesen, die Zustimmung zum Zukauf der Fremdware zu erteilen.

**16. Anzuwendendes Recht**

**OGH 19. 1. 1989, WBI 1989, 131**

Liegt das Schwergewicht des Franchisevertrages in der Einräumung von Immaterialgüterrechten an den Franchisenehmer, so ist der gesamte Vertrag nach dem Recht des Staates zu beurteilen, für den die Immaterialgüterrechte eingeräumt wurden. Das ist regelmäßig das Recht am Niederlassungsort des Franchisenehmers. Das Vertragsstatut gilt auch für Schadenersatzansprüche aus Vertragsverletzung.