

I. Ausgleichsanspruch

1. Allgemeines

Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters wurde 1953 in das HGB eingeführt. Er hat Vergütungscharakter (BGH vom 26.11.1976, I. ZR 154/74 = NJW 77, 671 = HVR 503). Der Ausgleichsanspruch soll dem Handelsvertreter einen Ausgleich dafür geben, dass er während des Vertragsverhältnisses mit dem Unternehmer für diesen werthaltige Geschäftsbeziehungen aufbaut, der Unternehmer nach Beendigung des Vertragsverhältnisses aus diesen Geschäftsverbindungen weiterhin erhebliche Unternehmervorteile hat, der Handelsvertreter seinerseits aber aus diesen (fremdnützigen) Geschäftsverbindungen keine weiteren Provisionseinnahmen mehr erhalten wird.

Größere Korrekturen erfolgten in Umsetzung der EU-Richtlinie 86/653 GWG vom 18.12.1986, mit Gesetz vom 23.10.1989, letztmalig und sehr kurzfristig mit Gesetz vom 31.07.2009 – Bundesgesetzblatt I, Seite 2512 geändert. Die bisherige Regelung in § 89b Abs. 1 Ziffer 2 HGB (Provisionsverluste des Handelsvertreters) wurde als eigenständiges Tatbestandsmerkmal gestrichen und in Umsetzung des EuGH-Urteils (EuGH vom 26.03.2009) als Unterpunkt der Billigkeit aufgenommen. § 89b HGB in der aktuellen Version lautet nunmehr wie folgt:

„(1) Der Handelsvertreter kann von dem Unternehmer nach Beendigung des Vertragsverhältnisses einen angemessenen Ausgleich verlangen, wenn und soweit

1. der Unternehmer aus der Geschäftsverbindung mit neuen Kunden, die der Handelsvertreter geworben hat, auch nach Beendigung des Vertragsverhältnisses erhebliche Vorteile hat und

2. die Zahlung eines Ausgleichs unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere der dem Handelsvertreter aus Geschäften mit diesen Kunden entgehenden Provisionen, der Billigkeit entspricht.

Der Werbung eines neuen Kunden steht es gleich, wenn der Handelsvertreter die Geschäftsverbindung mit einem Kunden so wesentlich erweitert hat, dass dies wirtschaftlich der Werbung eines neuen Kunden entspricht.

(2) Der Ausgleich beträgt höchstens eine nach dem Durchschnitt der letzten fünf Jahre der Tätigkeit des Handelsvertreters berechnete Jahresprovision oder sonstige Jahresvergütung; bei kürzerer Dauer des Vertragsverhältnisses ist der Durchschnitt während der Dauer der Tätigkeit maßgebend.

(3) Der Anspruch besteht nicht, wenn

1. der Handelsvertreter das Vertragsverhältnis gekündigt hat, es sei denn, dass ein Verhalten des Unternehmers hierzu begründeten Anlass gegeben hat oder dem Handelsvertreter eine Fortsetzung seiner Tätigkeit wegen seines Alters oder wegen Krankheit nicht zugemutet werden kann, oder

2. der Unternehmer das Vertragsverhältnis gekündigt hat und für die Kündigung ein wichtiger Grund wegen schuldhaften Verhaltens des Handelsvertreters vorlag oder

3. auf Grund einer Vereinbarung zwischen dem Unternehmer und dem Handelsvertreter ein Dritter anstelle des Handelsvertreters in das Vertragsverhältnis eintritt; die Vereinbarung kann nicht vor Beendigung des Vertragsverhältnisses getroffen werden.

(4) *Der Anspruch kann im voraus nicht ausgeschlossen werden. Er ist innerhalb eines Jahres nach Beendigung des Vertragsverhältnisses geltend zu machen.*

(5) *Die Absätze 1, 3 und 4 gelten für Versicherungsvertreter mit der Maßgabe, dass an die Stelle der Geschäftsverbindung mit neuen Kunden, die der Handelsvertreter geworben hat, die Vermittlung neuer Versicherungsverträge durch den Versicherungsvertreter tritt und der Vermittlung eines Versicherungsvertrages es gleichsteht, wenn der Versicherungsvertreter einen bestehenden Versicherungsvertrag so wesentlich erweitert hat, dass dies wirtschaftlich der Vermittlung eines neuen Versicherungsvertrages entspricht. Der Ausgleich des Versicherungsvertreters beträgt abweichend von Absatz 2 höchstens drei Jahresprovisionen oder Jahresvergütungen. Die Vorschriften der Sätze 1 und 2 gelten sinngemäß für Bausparkassenvertreter.“*

2. Tatbestandsvoraussetzungen des § 89 b I HGB (1. Stufe)

2.1 Handelsvertreter

Legaldefinition des § 84 Abs. 1 HGB:

„Handelsvertreter ist, wer als selbstständiger Gewerbetreibender ständig damit betraut ist, für einen anderen Unternehmer Geschäfte zu vermitteln oder in dessen Namen abzuschließen. Selbstständig ist, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann.“

Hierzu gehören neben den klassischen Warenvertretern, zum Beispiel der Toto Lotto-Bezirksstellenleiter als Handelsvertreter (BGH vom 22.06.1972, VII. ZR 36/71 = NJW 72, 1662) und der Tankstellenpächter als Handelsvertreter (BGH vom 06.08.1997, VIII. ZR 92/96 = NJW 98, 71).

Ferner kommt eine analoge Anwendung des § 89 b HGB auf Vertragshändler und Franchisenehmer in Betracht (Emde WRP 2003, 468). Nach der neuen Rechtsprechung des BGH kommt auch eine entsprechende Anwendung auf den Markenlizenznehmer in Betracht (BGH 29.04.2010 BB 2010, 2331-2333; Emde WRP 2003, 468).

2.2 Vertragsbeendigung

Je nachdem, wie der Handelsvertretervertrag beendet wurde, kann dies den Ausgleich begründen oder den Ausgleich ausschließen.

Der Ausgleichsanspruch wird erst nach Vertragsbeendigung fällig. Er ist in der Regel ausgeschlossen, wenn der Handelsvertreter den Vertrag selbst gekündigt hat. Dies gilt dann nicht, wenn der Handelsvertreter aufgrund seines Alters oder aus gesundheitlichen Gründen zu dieser Kündigung berechtigt war, oder er berechtigt war, das Vertragsverhältnis aus begründetem Anlass zu kündigen. Ausgeschlossen ist der Ausgleichsanspruch auch dann, wenn der Unternehmer das Vertragsverhältnis gekündigt hat und für die Kündigung ein wichtiger Grund wegen eines schuldhaften Verhaltens des Handelsvertreters vorlag.

2.3 Neukunden, wesentlich gesteigerte Altkunden

Geschäftsverbindung mit Neukunden, wesentlich gesteigerte Altkunden

Neukunden sind alle Kunden, die der Handelsvertreter während des Vertragsverhältnisses neu geworben hat. Das heißt, bei Beginn des Handelsvertretervertragsverhältnisses darf der Unternehmer zu diesen Kunden noch keine Geschäftsbeziehung unterhalten haben. Sollte in der Vergangenheit an diese Kunden bereits geliefert worden sein, wird es auf die Art der Ware ankommen, um beurteilen zu können, ob die Geschäftsbeziehung zu diesen Kunden bereits beendet war und der Handelsvertreter somit einen Neukunden werben kann oder ob es sich um eine bestehende Geschäftsbeziehung handelt, so dass eine Neukundenwerbung nicht möglich ist. So wird ein Textileinzelhandelskunde, der zwei oder drei Jahre nicht mehr gekauft hat, ein verlorener Kunde des Unternehmens sein. Hier ist somit eine Neukundenwerbung möglich. Anders wird die Sachlage beim Kauf von Investitionsgütern wie Spezialmaschinen zu entscheiden sein. Ausgleichsrelevante Neukunden sind nach der Rechtsprechung des BGH nur Stammkunden. Stammkunden sind Mehrfachkunden, die zumindest zweimal in der Vergangenheit gekauft haben, wobei auch dieser Begriff wieder abhängig ist von dem Produkt, das vertrieben wird. Es ist zu beachten, dass auch in einem Einmalkunden bereits ein potentieller Stammkunde enthalten sein kann. Problematisch ist insoweit die Bewertung von Neukunden unmittelbar vor Ver-

tragsbeendigung, die allein aufgrund des Zeitablaufes nicht mehr zu Mehrfachkunden werden (OLG Köln vom 28.04.06, 19 U 196/05 (noch) nicht veröffentlicht; BGH vom 25.10.1984, I. ZR 104/82 = NJW 85, 859 = HVR Nr. 559, Mitursächlichkeit des Handelsvertreters für die Neukundenwerbung genügt; BGH vom 06.08.1997, VIII. ZR 150/96 = NJW 98,66, beim Tankstellenhalter genügt die Mitursächlichkeit des Offenhaltens der Tankstelle).

Wiederholungskäufe und Stammkundeneigenschaft hängen vom jeweiligen Produkt ab (BGHZ 135, 14 zu Pkw; BGH, NJW-RR 91, 1050 zu Gabelstapler).

Altkunden stehen Neukunden gleich, wenn sie vom Handelsvertreter wesentlich gesteigert wurden. Insoweit gibt es eine gewisse Beweiserleichterung. Nach der Rechtsprechung geht die Umsatzsteigerung auf die Bemühungen des Handelsvertreters zurück, wenn der Unternehmer keine abweichenden, besonderen Umstände darlegt. Beweiserleichterung gilt insbesondere bei dem sogenannten „Vertreter der ersten Stunde“ (BGH vom 15.12.1978, I. ZR 59/77 = NJW 79, 651 = HVR 525; BGH vom 03.06.1971, VIII. ZR 23/70 = NJW 71, 1611 = HVR 444; BGH vom 10.07.2002, VIII. ZR 58/00 = NJW-RR 2002, 1548 ff.). Altkunden können im Vertrag nicht definiert werden. Eine Nachfolgegesellschaft eines in Insolvenz gegangenen Unternehmens kann bei Aufnahme ihrer Geschäftstätigkeit über keine Kunden verfügen. Kunden der in Insolvenz befindlichen Gesellschaft können nicht als „Altkunden“ auf die Nachfol-

gegesellschaft übertragen werden (BGH 26.10.2011 VIII. ZR 222/10).

2.4 Erhebliche Vorteile des Unternehmers

Es wird zum Zeitpunkt der Entstehung des Ausgleichsanspruchs nur abzuschätzen sein, wie sich die Geschäftsbeziehungen künftig entwickeln.

Es gibt aber eine Vermutung dafür, dass die hergestellten Geschäftsbeziehungen auch nach Vertragsbeendigung weiter bestehen werden (BGH, WM 86, 622).

Zu der Frage, ob ein Unternehmervorteil zu erwarten ist, kommt es (entsprechendes gilt für die Provisionsverluste des Handelsvertreters) nicht auf den tatsächlichen Verlauf nach Beendigung des Vertragsverhältnisses an (so aber noch BGH vom 28.01.65, VII. ZR 120/63 = NJW 65, 1136 = HVR 338).

Nach der Entscheidung des BGH vom 06.08.1997, VIII. ZR 92/96 = NJW 98, 71 sind für die Prognoseberechnung und damit auch für die Bewertung der Unternehmervorteile nur die im Zeitpunkt der Vertragsbeendigung bekannten Umstände oder abzusehenden Umstände zu berücksichtigen.

Der Vorteilsbegriff

Der Vorteilsbegriff setzt kein positives Betriebsergebnis des Unternehmers voraus (BGH vom 08.11.1990, I ZR 269/88 = NJW-RR 91, 484).

Jeder Unternehmervorteil aus dem geschaffenen Kundenstamm ist zu berücksichtigen (BGH vom 12.11.1976, I ZR 121/73 = MWM 77, 115 = HVR 542).

Allerdings sind mittelbare Vorteile z. B. bei Konzernschwesterengesellschaften nicht ausreichend (EuGH 26.03.2009, C-348/07, BB 09, 1607).

Bei einer Betriebseinstellung – ohne Veräußerung des Betriebs oder sonstiger Vorteilserlangung des Unternehmers – entfällt der Ausgleichsanspruch (BGH vom 30.01.1986, I ZR 185/83 = NJW 86, 1931 = HVR 615).

Der Unternehmervorteil entfällt auch dann, wenn der Unternehmer seine Vertriebsstruktur abändert.

Beispiel:

Ein Unternehmen beschließt vor Vertragsbeendigung mit dem Handelsvertreter die im Vertriebsgebiet vorhandenen Einzelhändler nicht mehr zu beliefern und künftig nur noch die – bisher vom Handelsvertreter nicht betreuten und damit auch nicht geworbenen – Großkunden/Versender zu beliefern.

Bei einem Unternehmensverkauf ist jeder Vorteil oder jedes höhere Entgelt, das dem Unternehmer mit Rücksicht auf den bestehenden Kundenstamm zufließt, ein Vorteil im Sinne des § 89b HGB (BGH vom 25.04.1960 = NJW 60, 1292 = HVR 283).

Führt der Übernehmer den Betrieb fort, so ist davon auszugehen, dass in dem Übernahmepreis ein Entgelt für den Kundenstamm enthalten ist und somit dem veräußerten Unternehmen ein erheblicher Vorteil zufließt (BGH vom 27.03.1986, VIII. ZR 116/95 = NJW 86, 1752, Daihatsu; BGH vom 12.11.1976, I. ZR 123/73 = WM 1977, 115 = HVR 542).

Die Berechnung der Unternehmervorteile (und auch der Provisionsverluste des Handelsvertreters (vgl. hierzu unten) wird unter Zugrundelegung eines Prognosezeitraums und einer Abwanderungsquote ermittelt. Die Prognosedauer richtet sich nach den Besonderheiten der Branche, der Art des Produkts, den Marktgegebenheiten, den Wettbewerbsbedingungen etc. (BGH vom 03.06.1971, VII. ZR 23/70 = NJW 71, 1611 = HVR 444). Das Gesetz hat keine eindeutige Regelung. Prognosedauer und Abwanderungsquote sind anhand der von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien zu ermitteln.

So nimmt zum Beispiel das OLG München im Bereich der Bekleidungsindustrie einen Prognosezeitraum von drei Jahren und eine Abwanderungsquote von 30 % an (OLG München vom 08.08.02, 7 U 5118/00 = HVR Nr. 991).

Für den Kfz-Vertragshändler werden in der Regel fünf Jahre angenommen (BGH vom 05.06.1996, VII. ZR 7/95 = NJW 96, 2302; BGH vom 05.06.1996, VII. ZR 141/95 = NJW 96, 2298).

Bei Gabelstaplern 13 Jahre (BGH vom 31.01.1991, I. ZR 142/89 = NJW-RR 91, 1050).

Weitere Rechtsprechung zur Inseratwerbung (BGH vom 28.04.1999, VII. ZR 354/97 = NJW 99, 2688 ff.).

Grundsätzlich ist es möglich eine Abwanderungsquote von 20% pro Jahr anzunehmen (Schätzung des Richters) wenn ausreichende Anhaltspunkte für die tatsächliche Kundenbewegungen nicht vorliegen (BGH 11.11.2009 VIII. ZR 249/08; BGH 15.07.2009 VIII. ZR 171/08, DB 2009, 2038).

Sofern im Bereich des Warenvertriebs keine besonderen Anhaltspunkte vorliegen, akzeptiert die Rechtsprechung im Wesentlichen einen Prognosezeitraum von vier Jahren und eine Abwanderungsquote von 25 %.

Wie kann der Prognosezeitraum und die Abwanderungsquote ermittelt werden?

Sofern möglich, ist eine Betrachtung der Vergangenheit heranzuziehen. Bei einem mehrjährigen Vertragsverhältnis ist die Kundenstruktur in der Vergangenheit zu beleuchten und die Abwanderungsquote konkret für jeden Kunden zu ermitteln. Sofern sich aus dieser Betrachtungsweise eine sehr werthaltige Kundenstruktur ergibt, kann durchaus von einer sehr geringen Abwanderungsquote und einem längeren Prognosezeitraum ausgegangen werden.

Die Höhe des zu berücksichtigenden Unternehmervorteils entspricht in der Regel dem Provisionsverlust des Handelsvertreters.

2.5 Provisionsverluste

Das frühere Tatbestandsmerkmal „*Provisionsverluste des Handelsvertreters*“ ist in Art. 17 der EU-Richtlinie nicht aufgeführt. Die EU-Richtlinie hatte somit geringere Tatbestandsvoraussetzungen vorgesehen, als sie der deutsche Gesetzgeber umgesetzt hatte. Mit Gesetz vom 31.07.2009 wurde dies in Umsetzung des EuGH-Urteils vom 26.03.2009 (EuGH vom 26.03.2009 C-348/07, BB 2009, 1607) korrigiert.

Ungeachtet dieser Korrektur bleibt es bei der Berechnung des Ausgleichsanspruchs dabei, dass – sofern keine anderweitigen Anhaltspunkte gegeben sind - Grundlage der Ausgleichsberechnung die Provisionsverluste des Handelsvertreters im letzten Vertragsjahr sind (BGH 21.04.2010 VIII. ZR 108/09 = BB 2010, 1685 = NJW RR 2010, 1550).

Welche Provisionen sind bei der Berechnung des Ausgleichsanspruchs einzubeziehen?

Ausgleichsfähig sind nur die Vermittlungsprovisionen, nicht sonstige Provisionsbestandteile wie etwa für verwaltende Tätigkeit, Aufwandsentschädigung, Inkasso.

Allerdings gibt es neuere Rechtsprechung des BGH zum Tankstellenhalter, wonach aus den Provisionen für werbende Tätigkeit, die der Handelsvertreter in Folge der Vertragsbeendigung verliert, die Lagervergü-

tung nicht herauszurechnen ist. Letztlich ist das Argument des BGH in diesem Fall, dass gerade diese Kosten im Grundsatz notwendig sind, um Geschäfte zu vermitteln.

Diese Rechtsprechung wurde auf die sonstigen Warenhandelsvertreter nicht übertragen.

Ersparte Kosten sind bei den ausgleichsfähigen Provisionen nur dann abzuziehen, wenn diese besonders hoch sind. 50 % Kosten sind keineswegs besonders hoch (BGH vom 06.02.1964, VII. ZR 100/62 = NJW 64, 915 = HVR 312).

Bei reinen Fixprovisionen ist der Ausgleichsanspruch grundsätzlich gleichfalls gegeben (BGH vom 15.02.1965 aber OLG Nürnberg VII ZR 194/63 = NJW 65, 534 = HVR 340).

Prognoseberechnung

Nach Ermittlung des ausgleichsfähigen Provisionsbetrages/Anteils ist unter Zugrundelegung eines Prognosezeitraums und einer Abwanderungsquote der Provisionsverlust für die Zukunft zu errechnen. Entsprechend dem Unternehmervorteil ist die Berechnung vorzunehmen, ausgehend von der widerlegbaren Vermutung, dass die vom Handelsvertreter geschaffenen oder erheblich erweiterten Geschäftsverbindungen weiter bestehen werden (BGH vom 11.10.1990, I. ZR 32/89 = NJW-RR 91, 156 = HVR 691).

Ausgangspunkt ist grundsätzlich die Provision im letzten Vertragsjahr (BGH vom

02.07.1987, I. ZR 188/85 = NJW-RR 88; Hopt in Baumbach/Hopt, 31.Auflage 2003, zu §89b Rnd 29).

Sofern das letzte Vertragsjahr einen atypischen Verlauf genommen hat, kann ein anderer repräsentativer Vertragszeitraum, etwa das vorletzte Vertragsjahr oder ein Durchschnittswert aus den letzten Vertragsjahren herangezogen werden (LG Köln vom 23.09.05, 87 O 170/03 (nicht veröffentlicht); BGHZ 135, 23; 141, 252; Küstner/Thume, Handbuch des gesamten Außendienstes, Band 2, Rnd. 805; OLG Köln vom 28.04.06, 19 U 196/05).

Bei der Betrachtung des Prognosezeitraums ist die tatsächliche Entwicklung nicht zu berücksichtigen. Entscheidend ist der Zeitpunkt der Vertragsbeendigung. Nur solche Umstände, die in diesem Zeitpunkt abzusehen sind, können bei der Prognoseberechnung Berücksichtigung finden (so BGH vom 06.08.97, VIII. ZR 92/96 = NJW 98, 71 (BP-Aralstudie), anders noch die frühere Rechtsprechung, so BGH vom 28.01.65, VII ZR 120/63 = NJW 65, 1136 = HVR 338, welche die bis zur richterlichen Entscheidung eingetretenen Tatsachen gewürdigt hatte).

2.6 Billigkeit

Der Ausgleichsanspruch muss gemäß § 89b Abs. 1 Ziff. 3 HGB unter Berücksichtigung aller Umstände der Billigkeit entsprechen.

a) Die Billigkeitsprüfung ist im Rahmen der ersten Stufe, also bei Ermittlung des Ro-

hausgleichs gemäß § 89b Abs. 1 HGB vorzunehmen. Ein Abzug unter Billigkeitsgesichtspunkten von dem nach § 89b Abs. 2 HGB ermittelten Höchstbetrag ist unzulässig (BGH vom 11.12.96, VIII. ZR 22/96 = NJW 97, 655 = HVR 800; BGH vom 06.05.93, I. ZR 84/91 = HVR Nr. 735). (BGH, NJW 97, 655). (BGH, NJW 99, 946).

Zu berücksichtigen sind alle Umstände des Einzelfalls, nicht nur solche, die sich aus dem Vertragsverhältnis selbst ergeben.

b) Das frühere eigenständige Tatbestandsmerkmal „Provisionsverluste“ ist als Unterpunkt bei der Billigkeit zu berücksichtigen:

„2. Die Zahlung eines Ausgleichs unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere der dem Handelsvertreter aus Geschäften mit diesen Kunden entgehenden Provisionen, der Billigkeit entspricht.“

Seit Jahrzehnten haben deutsche Gerichte als erste Stufe der Berechnung eines Ausgleichsanspruchs eine Kalkulation darüber verlangt, welche Provisionen der Handelsvertreter im letzten vollen Jahr seiner Tätigkeit aus Geschäften mit Kunden verdient hatte, die der Handelsvertreter für den Prinzipal neu geworben, bzw. wesentlich gesteigert hat (zumindest verdoppelt). Dieser Ansatz wurde gewählt, weil nach der bis August 2009 geltenden Fassung des § 89b HGB ein Ausgleichsanspruch nur gewährt wurde, wenn und soweit der Handelsvertreter aufgrund der Beendigung des Handelsvertretervertrages Ansprüche auf Provisionen mit relevanten

Kunden verlor, die er erzielt hätte, wenn der Handelsvertretervertrag fortgesetzt worden wäre.

Diese Rechtslage hat sich im Jahre 2009 geändert. Der europäische Gerichtshof hat mit Urteil vom 26.03.2009 (Az. C 348/07 - Turgay Semen/Deutsche Tamoil GmbH) festgestellt, dass eine Begrenzung des Ausgleichsanspruchs darauf, welche Provisionsverluste ein Handelsvertreter aufgrund der Beendigung des Handelsvertretervertrages erleidet, nicht mit der EU-Richtlinie 86/653/EWG vom 18.12.1986 zu vereinbaren ist. Die Frage, ob und in welchem Umfange der Handelsvertreter aufgrund der Beendigung des Handelsvertretervertrages Provisionsverluste aus Geschäften mit relevanten Kunden erleidet, darf nur bei der Prüfung berücksichtigt werden, inwieweit die Gewährung eines Ausgleichsanspruchs der Billigkeit entspricht.

b) Zur Berechnung des Ausgleichsanspruchs ist zu untersuchen, welche Vorteile der Unternehmer aus der Geschäftsverbindung mit relevanten, neu geworbenen Kunden ziehen wird. Die bisherige Rechtsprechung besagt, dass man davon ausgehen kann, dass die Vorteile des Unternehmers nicht geringer sind, als die Provisionen, die der Handelsvertreter aus entsprechenden Geschäftsverbindungen in der Vergangenheit bezogen hat. Der Handelsvertreter kann also – wenn keine besonderen Gründe dagegen sprechen – wie bisher kalkulieren:

Er kann die Provisionen aus Geschäften mit Stammkunden (Neukunden) im letzten Ver-

tragsjahr ermitteln und daraus eine Zukunftsprognose erstellen. Angenommen, im letzten Vertragsjahr hat der Handelsvertreter Provisionen aus Geschäften mit ausgleichspflichtigen Kunden in Höhe von € 100.000,00 verdient und weiter angenommen, eine Betrachtung der Entwicklung von Geschäften mit Kunden in der Vergangenheit ergibt, dass durchschnittlich etwa 20 % der relevanten, neu geworbenen Kunden jährlich verloren gehen, könnte der Handelsvertreter gemäß der bisherigen Berechnungsweise folgende Provisionsverluste ermitteln, die, wenn keine besonderen Umstände vorliegen, den Vorteilen entsprechen, die der Unternehmer aus den Geschäftsverbindungen mit den neu geworbenen Kunden künftig ziehen kann:

1. Vertragsfolgejahr (€ 100.000,00 – 20 %) = € 80.000,00
2. Vertragsfolgejahr (€ 80.000,00 – 20 %) = € 64.000,00
3. Vertragsfolgejahr (€ 64.000,00 – 20 %) = € 51.200,00
4. Vertragsfolgejahr (€ 51.200,00 – 20 %) = € 40.960,00

Provisionsverlust in vier Vertragsfolgejahren
(der dem Unternehmervorteil in vier Vertragsfolgejahren entsprechen kann)
€ 236.160,00

Abzinsung mit pauschal 15 %
- € 35.424,00,

so dass sich eine Gesamtsumme von
€ 200.736,00
ergibt.

Diese Berechnungsweise muss dann geändert werden, wenn die Provisionen, die der Handelsvertreter aus Geschäften mit relevanten Kunden nach Beendigung des Handelsvertretervertrages verliert, gar nicht festzustellen oder wenn sie viel geringer sind, als die Vorteile, die der Unternehmer aus den Geschäften mit relevanten Kunden ziehen kann. Hier ist noch nicht klar, wie die Rechtsprechung die Unternehmervorteile ermitteln wird. Es ist zu erwarten, dass die Gerichte dann, wenn Provisionsverluste des Handelsvertreters nach Beendigung des Handelsvertretervertrages nicht festzustellen sind, möglicherweise die schon früher gebilligte Argumentation akzeptieren werden, dass Unternehmervorteile mindestens in der Höhe bestehen, in der der Unternehmer früher Provisionen für die Geschäfte bezahlt hat. Es ist aber derzeit noch nicht abzusehen, wohin die Rechtsprechung in diesem Punkt wirklich steuern wird.

c) Weitere Billigkeitsgesichtspunkte:

Es sind alle Umstände zu berücksichtigen.

Auch die Hintergründe der Vertragsbeendigung sind zu berücksichtigen. Die einvernehmliche Vertragsbeendigung schließt den Handelsvertreterausgleich grundsätzlich nicht aus. Sofern aber die Vertragsbeendigung auf Wunsch des Handelsvertreters erfolgt ist und er bei einer Eigenkündigung keinen begründeten Anlass im Sinne des § 89 b Abs. 3 Nr. 1 HGB gehabt hätte, den Ausgleichsanspruch also insgesamt verloren hätte, kann der Ausgleichsanspruch gegebenenfalls reduziert werden. (OLG Celle vom 18.04.2002, OLG-R

2002, 262; vgl. auch Küstner/Thume, Band 2, Rnd. 1086).

Zur Anrechnung der Altersversorgung speziell (früher BGHZ 45, 268; 55, 45).

Danach war im Grundsatz eine Anrechnung der Altersversorgung möglich, wenn dies zwischen den Parteien vereinbart und die Altersversorgung auf zusätzlichen Leistungen des Unternehmers beruhte. Sogar bei einer Fälligkeitsdifferenz von 24 Jahren zwischen Eintritt der Altersversorgung und Zeitpunkt des Ausgleichsanspruchs. (BGH, WM 84, 212). Bei fehlender Vereinbarung und einer Fälligkeitsdifferenz von 21 Jahren wurde die Anrechnung verneint (BGH, NJW 94, 1350). Aber nach der neueren Rechtsprechung des BGH ist eine formularmäßige Bestimmung der Anrechnung nicht möglich. Die Billigkeit kann nur bei Vertragsbeendigung und nicht im Voraus in allgemeinen Geschäftsbedingungen „geprüft“ werden. Verstoß gegen § 307 Abs. 1 S. 1 BGB (in der fraglichen Entscheidung lag noch § 9 Abs. 1 AGBG zu Grunde).

Unabhängig von dieser Entscheidung wird es aber im Grundsatz immer möglich sein, einen entsprechenden Vorgang, wie eine zusätzliche Leistung des Unternehmers, unter Billigkeitsgesichtspunkten zu berücksichtigen (BGHZ 153, 6; BGH, NJW 2003, 1244; OLG München vom 21.07.04, Versicherungsrecht 2005, 687 = OLG-R München 2005, 294). Z. B. hälftige Anrechnung der Altersversorgung wenn die Fälligkeitsdifferenz zwischen Ausscheiden des Handelsvertreters und dessen Eintritt in den Ruhestand ca. 9

Jahre beträgt (OLG München 10.11.2010, 7 U 3385/10 = MDR 2011, 55).

Es ist aber zu beachten, dass eine Klausel, mit der der Handelsvertreter mit der Geltendmachung des Ausgleichsanspruchs auf Leistungen aus einer unternehmerfinanzierten Altersversorgung (Treuegeld) verzichtet, als wirksam angesehen wird, da der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters durch diese Regelung nicht eingeschränkt wird. Die Geltendmachung wirkt sich lediglich auf das Treuegeld aus, so dass dieser Anspruch ab Eintritt der auflösenden Bedingung (Geltendmachung des Ausgleichsanspruchs) entfällt (BGH, NJW 2003, 3350).

Weitere Beispiele:

Besonders guter Verdienst des Handelsvertreters lässt es nicht unbillig erscheinen, bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen den Ausgleichsanspruch zu gewähren (BGHZ 28, 673 = NJW 73, 1747 = HVR Nr. 477).

Besonders starker Umsatzrückgang während der Vertragszeit kann eine Herabsetzung des Ausgleichsanspruchs aus Billigkeitsgründen rechtfertigen, wenn der Handelsvertreter den Umsatzrückgang verschuldet hat (BGH vom 29.03.90, I. ZR 2/89 = NJW 1990, 2889 = HVR Nr. 693).

Werbemaßnahmen des Unternehmers gehören im Regelfall zur unternehmerischen Tätigkeit und rechtfertigen deshalb keinen Abschlag wegen Billigkeitsüberlegungen

(BGH vom 03.06.71, VII. ZR 93/70 = NJW 1971, 1611 = HVR Nr. 444).

Rechtsprechung zur Sogwirkung der Marke ist bisher im Wesentlichen zum Kfz-Vertragshändlerrecht ergangen. Danach ist ein Abzug von 10-25 % möglich (BGH vom 05.06.96, VIII. ZR 141/95 = NJW 96, 2298; BGH vom 05.06.96, VIII. ZR 7/95 = NJW 96, 2302; BGH vom 07.05.03, VIII. ZR 263/02 = NJW-RR 03, 1340).

Unmittelbare nachvertragliche Konkurrenz kann einen Billigkeitsabzug (für den Kfz-Händler 25%) rechtfertigen (BGH vom 05.06.96, VIII. ZR 7/95 = NJW 96, 2302).

Vom Unternehmer finanzierte Altersversorgung

(BGH vom 17.11.83, HVR 580 = WM 84, 212; BGH vom 23.02.94, VIII. ZR 94/93 = NJW 94, 1350;). Im Urteil vom 20.11.02 (VIII. ZR 211/01 = NJW 03, 1244 = DB 03, 144 = HVR 1059) hat der BGH eine „Billigkeitsklausel“ wegen Verstoßes gegen § 89b Abs. 4 HGB i.V.m. § 9 I AGBG (jetzt § 307 Abs. 1 S. 1 BGB) für unwirksam erklärt.

Letztlich ist der Rohausgleich noch abzuzinsen.

3. Höchstbetrag gemäß § 89b Abs. 2 HGB (2. Stufe)

Der Ausgleichsanspruch kann jedoch nie höher sein als die durchschnittlichen jährlichen Einnahmen des Handelsvertreters bezogen auf die letzten fünf Vertragsjahre. Bei

einem kürzeren Vertragsverhältnis bezogen auf den Vertragszeitraum.

Diese Kappungsgrenze des § 89b Abs. 2 HGB dient damit ausschließlich der Begrenzung des nach § 89b Abs. 1 HGB ermittelten Ausgleichsbetrages. Sofern der unter 1 ermittelte Ausgleichsbetrag unterhalb der Kappungsgrenze liegt, bleibt es bei dem bereinigten Rohausgleich. Sofern der oben ermittelte Ausgleichsbetrag höher ist als der Betrag nach § 89b Abs. 2 HGB, wird er auf diesen Betrag reduziert (BGH vom 11.12.96, VIII ZR 22/96 = NJW-RR 97, 695).

In die Vergütung nach § 89b Abs. 2 HGB sind alle Vergütungsbestandteile mit einzubeziehen. Insbesondere ist es hierbei nicht notwendig, zwischen den Provisionseinnahmen von Alt- und Neukunden zu unterscheiden. Des Weiteren ist keine Differenzierung zwischen Verwaltungs-, Inkassoprovisionen, Lagerzuschüssen etc. vorzunehmen (BGH vom 19.11.70, VII. ZR 47/69 = BB 71, 105 = HVR Nr. 425).

Bei der Ermittlung der Durchschnittsprovisionen sind Überhangprovisionen mit einzubeziehen (BGH vom 23.10.96, VIII. ZR 16/96 = NJW 97, 316).

4. Beendigungstatbestände und Ausschlussgründe

4.1. Kündigung durch den Handelsvertreter

Nach § 89b Abs. 3 HGB Ziffer 1 besteht der Ausgleichsanspruch dann nicht, wenn der Handelsvertreter selbst gekündigt hat. Etwas anderes gilt nur dann, wenn ein Verhalten des Unternehmers hierzu einen begründeten Anlass gegeben hat oder dem Handelsvertreter eine Fortsetzung seiner Tätigkeit wegen seines Alters oder wegen Krankheit nicht zugemutet werden kann.

4.1.1 Begründeter Anlass

Der begründete Anlass ist weniger als ein wichtiger Kündigungsgrund nach § 89a HGB. Es kommt weder auf ein Verschulden noch auf die Rechtmäßigkeit des Handelns an. Der Handelsvertreter muss durch einen Umstand, der im Bereich des Unternehmens angesiedelt ist, in eine für ihn nach Treu und Glauben nicht mehr haltbare, nicht mehr zumutbare Lage kommen (BGH vom 06.11.96, I ZR 150/85 = NJW 87, 778 = HVR Nr. 420 m.w.)

Beispiele:

Schwierige geschäftliche Lage des Unternehmers (BGH vom 28.11.75, I ZR 138/74 = NJW 77, 671).

Erweiterung des Warensortiments durch den Unternehmer, damit ergebende Konkurrenzsituation des Handelsvertreters (BGH vom 22.09.1960, VII ZR 245/59 = BB 60, 1157 = HVR Nr. 231).

Verspätete Provisionszahlungen und Streit über die Provisionszahlungen vom Un-

ternehmer zu vertreten (BGH vom 16.02.89, I. ZR 185/87 = NJW-RR 89, 862 = HVR Nr. 662).

Nichtverlängerung eines Kettenvertrages durch Handelsvertreter wegen Verschlechterung der Verdienstmöglichkeiten im Anschlussvertrag kann einer Eigenkündigung des Handelsvertreters aus begründetem Anlass entsprechen (BGH vom 13.12.95, VIII. ZR 61/95 = NJW 96, 848).

Die fristlose Kündigung des Handelsvertreters schließt den Ausgleichsanspruch nicht aus, wenn zwar der begründete Anlass zur Kündigung vorlag, aber nicht ein Grund zur außerordentlichen und fristlosen Kündigung. (BGH vom 07.06.84, I. ZR 50/82 = NJW 84, 2529 = HVR Nr. 589). Etwas anderes gilt aber dann, wenn der Unternehmer aufgrund der nicht berechtigten außerordentlichen und fristlosen Kündigung seinerseits eine außerordentliche und fristlose Kündigung wegen eines schuldhaften Verhaltens des Handelsvertreters, nämlich Ausspruch der unwirksamen fristlosen Kündigung, ausgesprochen hat. Dann ist der Ausgleichsanspruch ausgeschlossen (vgl. unten).

4.1.2 Kündigung des Handelsvertreters wegen Alters oder Krankheit

In gerichtlichen Verfahren spielen diese Kündigungsgründe eine geringe Rolle. Zwar hat der Gesetzgeber für die altersbedingte Kündigung kein konkretes Alter genannt. Es ist aber wohl Konsens, dass bei Erreichen des gesetzlichen Rentenalters eine Eigen-

kündigung des Handelsvertreters aus Altersgründen möglich ist, ohne den Ausgleichsanspruch zu gefährden.

Bei den krankheitsbedingten Kündigungsgründen kommt es auf die objektiven Umstände an. Der Handelsvertreter ist sicher gut beraten, eine Überprüfung durch einen Arbeitsmediziner, bzw. entsprechenden Facharzt durchführen und entsprechend dokumentieren zu lassen. Andererseits sind die Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast des Handelsvertreters bei einer krankheitsbedingten Kündigung nicht zu überspannen (BGH vom 03.05.95, VIII. ZR 95/94 = NJW 95, 1998).

Sofern eine gesundheitliche Beeinträchtigung dahin führt, dass der Handelsvertreter seine Tätigkeit beschränken muss, kann er wählen, welche Vertretung er aufgeben möchte. Die vollständige Aufgabe des Berufs ist nicht erforderlich. (OLG Düsseldorf vom 11.05.01, 16 U 114/00 = HVR Nr. 1078).

Problematisch sind diese Kündigungsgründe, wenn es sich bei dem Handelsvertreter um eine Personengesellschaft oder um eine Kapitalgesellschaft handelt.

Nach der in den 1980'er Jahren vorherrschenden Meinung sollte eine ausgleichserhaltende Kündigung dann möglich sein, wenn mit der Person, welche alt oder krank ist, die Gesellschaft „steht und fällt“. (Kammergericht Berlin vom 22.02.85, 14 U 1051/84, HVR Nr. 659 (GmbH & Co. KG)). Das OLG Hamm hat in seiner Entscheidung vom 12.07.82, HVR Nr. 569, noch die Auffas-

sung vertreten, dass eine krankheitsbedingte Kündigung für die GmbH nicht möglich sei, da der Geschäftsführer jederzeit austauschbar ist. Dies sollte nach Auffassung des OLG Hamm auch bei einer Ein-Mann-GmbH gelten (Andere Ansicht Thume, BB 99, 2309, 2314).

Zwischenzeitlich gab es eine weitgehend gefestigte Rechtsprechung, wonach zumindest die personengeprägte Vertreter-GmbH ausgleichserhaltend kündigen kann, wenn alters- oder krankheitsbedingte Gründe in der Person des die Gesellschaft prägenden geschäftsführenden Gesellschafters vorliegen. (OLG München vom 04.12.02, 7 U 3474/02 = NJW-RR 2003, 541 = HVR Nr. 1106).

Nach dem zuletzt ergangenen Urteil des OLG München vom 19.01.2006 ist dies nicht mehr haltbar (OLG München vom 19.01.06, 23 U 3885/05, HVR 1168).

Danach soll eine ausgleichserhaltende Eigenkündigung einer Handelsvertreter-GmbH wegen Krankheit oder Alters des Geschäftsführers nur dann möglich sein, wenn der Handelsvertretervertrag Vereinbarungen enthält, die für eine persönliche Leistungsverpflichtung des Geschäftsführers/Gesellschafters sprechen. Die bloße interne Organisation der Gesellschaft, wonach diese mit der Person des „prägenden“ Gesellschafters/Geschäftsführers „steht und fällt“, soll nicht ausreichen.

Eine Eigenkündigung der HV-GmbH aus gesundheitlichen oder Altersgründen kann nur dann mit der notwendigen Sicherheit

ausgesprochen werden, wenn aufgrund des Handelsvertretervertrages die wesentlichen vertraglichen Verpflichtungen von einer bestimmten natürlichen Person zu erbringen sind.

4.2. Kündigung durch den Unternehmer/Ausschluss des Ausgleichs

4.2.1 Kündigung

Der Ausgleichsanspruch ist ausgeschlossen, wenn der Unternehmer wegen eines schuldhaften Verhaltens des Handelsvertreters im Sinne des § 89 a HGB gekündigt hat.

Der BGH hat mit Urteil vom 16.02.2011 VIII. ZR 226/07 = DB 211, 645 in Umsetzung des EuGH-Urteils vom 28.10.2010 – C-203/09 DB 2010, 2495 seine bisherige Rechtsprechung aufgegeben, wonach der wichtige Grund bei der Kündigung nicht genannt sein muss. Das nachschieben von fristlosen Kündigungsgründen, die dem Unternehmer zwischen Ausspruch der ordentlichen Kündigung und Vertragsende bekannt wurden ist nicht mehr möglich, wenn der Unternehmer nach Kenntnisnahme (vor Vertragsende) nicht reagiert hat (BGH 16.02.2011 VIII. ZR 226/07 = DB 2011, 645).

Nach der neuen Rechtsprechung des BGH muss der wichtige Grund ursächlich für die Kündigung geworden sein (BGH 16.02.2011 VIII. ZR 226/07 = DB 2011, 645).

Eine außerordentliche und fristlose Kündigung ist – wie sonst auch – nur dann möglich, wenn es bei Würdigung aller Umstände dem zur Kündigung berechtigten Teil nicht mehr zumutbar ist, bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist an dem Vertragsverhältnis festzuhalten.

Der ausgleichsausschließende wichtige Grund für die Kündigung nach § 89b Abs. 3 S. 2 HGB ist identisch mit dem wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung nach § 89 a HGB (BGH vom 21.03.85, I. ZR 777/82 = WM 85, 982 = HVR 606; BGH vom 16.02.2000, VIII. ZR 134/99 = NJW 2000, 1866 ff.).

Für den Ausschlussbestand des § 89b Abs. 3 HGB ist aber entscheidend, dass neben dem außerordentlichen und fristlosen Kündigungsgrund ein schuldhaftes Verhalten des Handelsvertreters hinzu kommt.

Ein Verschulden von Erfüllungsgehilfen des Handelsvertreters schließt den Ausgleichsanspruch nicht aus (BGH 07.03.1957 II. ZR 261/55 = NJW 57, 851 = HVR Nr. 129).

Wenn aber ausschließlich ein Dritter (Hilfsperson) nach dem übereinstimmenden Willen der Vertragspartner die HV-Tätigkeit ausüben soll (der eigentliche Handelsvertreter ist nur pro forma Vertragspartner), ist dessen Verschulden dem Handelsvertreter zuzurechnen (BGH 18.07.2007, VIII. ZR 267/05 = NJW 07, 2068 = BB 07, 2034).

Es reicht nicht aus, dass ein wichtiger Kündigungsgrund vorlag. Es muss eine Kün-

digung vom Unternehmer erklärt worden sein (Tatbestandsmerkmal: gekündigt hat).

Die außerordentliche Kündigung muss innerhalb einer angemessenen Überlegungsfrist erfolgen. Die Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB gilt nicht. Trotzdem muss die Kündigung innerhalb einer angemessenen Frist ab Kenntnis der wesentlichen Umstände, die zur Kündigung berechtigen, ausgesprochen werden. Die Frist beträgt regelmäßig einen Monat, maximal zwei Monate (BGH vom 29.03.90, I. ZR 2/89 = NJW 90, 2889 ff. = HVR Nr. 693, zur Zweiwochenfrist; BGH vom 26.05.99, VIII. ZR 123/98 = BB 99, 1516).

Eine außerordentliche und fristlose Kündigung ist ähnlich dem Arbeitsrecht die ultima ratio. Danach ist zumindest bei Leistungsstörungen zuvor eine Abmahnung erforderlich (BGH vom 26.05.99, BB 01, 645).

Zumindest bei groben Störungen im Vertrauensbereich wird eine Abmahnung nicht erforderlich sein (BGH Versicherungsrecht 99, 1279; Küstner/Thume Band 1, 3. Auflage, Rnd. 1750; Emde, Versicherungsrecht 2002, 151, 161).

(vgl. außerordentliche und fristlose Kündigung)

4.2.2 Vereinbarung

Der Handelsvertreter kann in einer Vereinbarung nur dann wirksam auf den Ausgleichsanspruch insgesamt oder teilweise verzichten, wenn das Vertragsverhältnis beendet ist. Jede Vereinbarung, die während des Vertrags-

verhältnisses oder vor Beginn des Vertragsverhältnisses geschlossen wird, ist zumindest insoweit unwirksam. Sofern in einer Vereinbarung der Ausgleichsanspruch wirksam abgedungen werden soll, ist es notwendig, dass die Beendigung des Vertragsverhältnisses zumindest mit sofortiger Wirkung, also zeitgleich mit Abschluss dieser Vereinbarung, eintritt. Idealerweise ist darauf zu achten, dass der Vertrag bereits in der Vergangenheit beendet wurde.

II. Einstandsvereinbarung, Ausschluss und Vorausabgeltung des Ausgleichsanspruches

1. Einstandsvereinbarung

Sehr oft wird die Übernahme eines Handelsvertretervertrages davon abhängig gemacht, dass sich der Handelsvertreter gegenüber dem Unternehmer verpflichtet, eine Einstandszahlung, ein Entgelt zu leisten. Es gibt diesbezüglich keinen geschützten und feststehenden Begriff. Teilweise wird die Zahlung auch als Ausgleichszahlung, Kaufpreiszahlung etc. bezeichnet. Gemeint sind damit Zahlungen, welche der Handelsvertreter leistet, um den Handelsvertretervertrag zu erhalten. In der Regel werden diese Vereinbarungen zwischen dem Handelsvertreter und dem vertretenen Unternehmen geschlossen, teilweise jedoch auch zwischen dem Vorgänger-Handelsvertreter und dem eintretenden Handelsvertreter vereinbart. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass nach der derzeit geltenden Rechtsprechung entsprechende Einstandsvereinbarungen wirksam getroffen werden können (BGH vom 24.02.1983, I. ZR

14/81 = HVR Nr. 574). Schon in dieser BGH-Entscheidung wurde allerdings ausgeführt, dass eine entsprechende Einstandsvereinbarung nur dann wirksam vereinbart werden kann, wenn sie nicht eine bloße Umgehung des Ausgleichsanspruchs bezweckt. Dies wäre gemäß § 89b Abs. 4 HGB unwirksam.

Es gibt zwischenzeitlich eine relativ gefestigte obergerichtliche Rechtsprechung, welche im Wesentlichen auf die Rechtsprechung des OLG München zurückgeht, wonach eine Einstandsvereinbarung dann wirksam möglich ist, wenn dem Handelsvertreter eine wirtschaftliche Gegenleistung zukommt. Diese wirtschaftliche Gegenleistung wird in der Regel darin gesehen, dass dem Handelsvertreter in der Vereinbarung die vorhandenen Altkunden als von ihm geworbene Neukunden (Neukundenklausel) übertragen werden (vgl. OLG München vom 04.12.1996 = HVR Nr. 829; OLG München vom 20.10.2004, 7 U 3194/04 = HVR Nr. 1124).

Das OLG Celle, Urteil vom 13.12.2001, HVR Nr. 1038, ging noch einen Schritt weiter. Danach soll ein Übernahmepreis, der sich an den durchschnittlichen jährlichen Provisions-einnahmen des Vorvertreters orientiert, unangemessen hoch sein, so dass von einer Umgehung im Sinne des § 89b Abs. 4 HGB auszugehen sei.

Allerdings anders noch OLG Stuttgart, Urteil vom 27.08.98, HVR Nr. 999. Das OLG Stuttgart hat bereits in der Zurverfügungstellung eines Handelsvertreterbezirks/Alleinvertretung eine ausreichende wirtschaftliche Gegenleistung gesehen. Soweit

ersichtlich, ist dieser Rechtsprechung des OLG Stuttgart aber kein weiteres Obergericht gefolgt.

Für die Praxis ist zunächst einmal davon auszugehen, dass eine entsprechende Einstandsvereinbarung wirksam geschlossen werden kann, wenn die Parteien vereinbaren, dass die vorhandenen Kunden bei der Berechnung des Ausgleichsanspruches als vom Handelsvertreter geworbene Neukunden gelten.

2. Vorausabgeltung

Der Ausgleichsanspruch kann grundsätzlich im Voraus erfüllt werden. Aber auch hier ist § 89b Abs. 4 HGB zu beachten. Es sind deshalb ganz erhebliche Anforderungen an die Wirksamkeit einer entsprechenden Vorauserfüllung zu knüpfen. Diese Kriterien dienen dazu festzustellen, ob die Parteien tatsächlich eine Vorausabgeltung wollten oder ob sie nicht nur versucht haben, den Ausgleichsanspruch zu umgehen. Der BGH hat in einer Entscheidung vom 13.01.72, HVR Nr. 453 = BGHZ 58, 60, 64, die Kriterien wie folgt festgelegt:

- Der Handelsvertreter muss im Falle der Nichtentstehung des Ausgleichs zur Rückzahlung dieser Sonderprovision/Sondervergütung verpflichtet sein.

- Es muss sich feststellen lassen – die Beweislast trägt der Unternehmer –, dass auch ohne die speziell getroffene Abrede keine höhere Provision vereinbart worden wäre als jene, die nach der Vertragsgestaltung dem

Vertreter neben der Sondervergütung zusteht (Basisprovision).

- Der Unternehmer muss nachweisen, dass die vereinbarte Gesamtvergütung deutlich über den üblicherweise dem Handelsvertreter bezahlten Provisionen zusteht.

3. Ausschluss

§ 89b Abs. 4 HGB erfasst jede Vereinbarung, die den Ausgleichsanspruch – auch teilweise – ausschließt. Bei einer Vereinbarung über den Ausgleichsanspruch ist darauf zu achten, dass das Vertragsverhältnis zumindest mit dieser Vereinbarung beendet wird. Eine Vereinbarung, wonach das Vertragsverhältnis erst in der Zukunft enden soll, etwa mit Ablauf des Monats oder die Vereinbarung wird im März eines Jahres geschlossen und soll zum 30.06. desselben Jahres auslaufen, ist im Hinblick auf einen möglichen Ausgleichsverzicht unwirksam. Sofern keine salvatorische Klausel aufgenommen ist, kann dies zur Unwirksamkeit der gesamten Vereinbarung führen (vgl. § 139 BGB).

Th. Baumann