

Handelsvertreterrecht

Veranstaltung der IHK Ulm
am 17.10.2016

Rechtsanwalt Thomas Baumann, Stuttgart

Baumann Rechtsanwälte PartmbB, Mörikestr.

3, 70178 Stuttgart

Telefon 0711 222919-0, Telefax: 0711 222919-

10

ra.baumann@gbs-law.de

www.gbs-law.de

I. Handelsvertretervertrag

Der Handelsvertretervertrag unterliegt keiner Formvorschrift. Es sind auch alle mündlichen Absprachen gültig.

Problematisch ist bei einem mündlichen Vertrag aber die Dokumentation dessen, was die Parteien vereinbart haben. Es ist deshalb dringend anzuraten, die wichtigsten Bestandteile des Vertrages schriftlich zu fixieren.

2. Die wichtigsten Bestandteile des Handelsvertretervertrages

2.1 Vertragsparteien

Erfassung der korrekten Vertragsparteien. Ist der Handelsvertreter eine juristische Person (z.B. GmbH), sollte dokumentiert werden, welche natürliche Person die vertraglichen Verpflichtungen zu erfüllen hat (eventuell Problematik aber beim Ausgleichsanspruch).

2.2 Vertragsgegenstand

Der Vertragsgegenstand ist möglichst konkret zu benennen. Gegebenenfalls hat dies mit Anlagen (Artikelliste) zu erfolgen.

2.3 Vertragsgebiet/Reisegebiet

Das Gebiet ist anhand von Postleitzahlen, Bundesland, Karte oder sonstigen Zuordnungskriterien konkret zu bezeichnen. Das Vertragsgebiet hat entscheidende Auswirkungen, insbesondere beim Bezirkshandelsvertreter nach § 87 Abs. 2 HGB (vgl. hierzu Bezirksvertreter).

Soweit nicht alle Geschäfte in diesem Vertragsgebiet provisionspflichtig sein sollen, ist es dringend anzuraten, entsprechende Vorbehalte bereits an dieser Stelle aufzunehmen, etwa für konkrete Vorbehaltskunden, die sodann namentlich aufzuführen sind oder auch branchenbezogen. Ausgenommen hiervon sind Filialisten, Versender, etc..

2.4 Aufgaben und Pflichten der Vertragspartner

- Handelsvertreter:

Es bietet sich für das Unternehmen an, die wichtigen Verpflichtungen des Handelsvertreters aufzunehmen. Konkret seien hier

- Vermittlungspflicht,
- die Berichtspflicht,
- Messebesuche

genannt.

Beispiel für die Konkretisierung der Berichtspflicht:

„Der Handelsvertreter wird dem Unternehmen laufend über die allgemeine Marktentwicklung sowie über die besonderen Verhältnisse der einzelnen Abnehmer und Interessenten berichten. Entsprechende Berichte werden spätestens alle zwei Wochen an das Unternehmen übersandt.“

- Unternehmer
- Informationspflicht
- Unterlagen

2.5 Provision/Provisionssatz

Höhe des Provisionssatzes, gegebenenfalls Ausnahmen und Varianten.

2.6 Überhangprovisionen

Überhangprovisionen können nur unter bestimmten Voraussetzungen ausgeschlossen werden. Beim Ausschluss von Überhangprovisionen kann dem Handelsvertreter ein erheblicher Teil seiner vertraglichen Vergütung vorenthalten werden. Dies ist immer dann der Fall, wenn zwischen Vertragsabschluss und Lieferung ein längerer Zeitraum liegt. Auch ist durchaus fraglich, ob ein Ausschluss im Sinne des Unternehmers ist. Ein Handelsvertreter, der Geschäftsabschlüsse, die er bis zum Ende der Vertragslaufzeit getätigt hat, nicht provisioniert erhält, wird vermutlich auch nicht besonders motiviert sein.

2.7 Nachvertragliche Provisionen

Nachvertragliche Provisionen können ausgeschlossen werden. Nachvertragliche Provisionen setzen zwingend eine wesentliche Vermittlungsleistung des Handelsvertreters sowie einen engen zeitlichen und sachlichen Zusammenhang des Geschäftsabschlusses zur Vertragsbeendigung des Handelsvertretervertrages voraus. Es bietet sich an, die Verpflichtungen aus dem Handelsvertretervertrag auf den Zeitraum des Vertragsverhältnisses selbst zu beschränken und die Provisionsregelung in § 87 Abs. 3 HGB (nachvertragliche Provisionen) auszuschließen.

2.8 Fälligkeit der Provisionen

Nach der gesetzlichen Regelung in § 87a Abs. 1 HGB wird die Provision mit

Ausführung des Geschäfts durch den Unternehmer fällig. Abweichende Vereinbarungen können getroffen werden. Jedoch hat der Handelsvertreter sodann Anspruch auf einen angemessenen Vorschuss gemäß § 87a Abs. 1 (2) HGB.

Der Provisionsanspruch ist aber spätestens fällig, wenn der Kunde bezahlt hat, § 87a Abs. 1 (3) HGB.

2.9 Abkürzung der Verjährung

Es gilt die Regelverjährung gemäß den §§ 195, 199 BGB. Gem. § 195 BGB beträgt die regelmäßige Verjährungsfrist 3 Jahre. Gem. § 199 Abs. 1 beginnt die regelmäßige Verjährungsfrist in der Regel mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist (§ 199 Abs. 1 (1) BGB) und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste (§ 199 Abs. (2) BGB).

Ohne Rücksicht auf die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis verjähren die Ansprüche spätestens binnen 10 Jahren von ihrer Entstehung an (§ 199 Abs. 4 BGB).

Diese Verjährungsregelung bietet insbesondere für das vertretene Unternehmen erhebliche Risiken. Vorgänge, welche das Unternehmen in die Provisionsabrechnung nicht aufgenommen hat, sind dem Handelsvertreter in der Regel nicht bekannt. Danach hat der Handelsvertreter von diesem möglichen Provisionsanspruch keine Kenntnis, mit der Folge, dass entsprechende Ansprüche erst nach Ablauf von 10 Jahren verjähren. Gerade beim Bezirksvertreter – aber auch beim Vermittlungsvertreter mit entsprechenden Folgeprovisionen – besteht danach für das Unternehmen die nicht unerhebliche Gefahr, über einen sehr langen Zeitraum hinweg noch mit möglichen Provisionsansprüchen des Handelsvertreters konfrontiert zu werden. Dies gilt insbesondere im Hin-

blick auf die möglichen Informationsrechte des Handelsvertreters nach § 87c HGB, insbesondere § 87c Abs. 2 HGB (Buchauszug). Nach der - allerdings nicht einheitlichen - Rechtsprechung der Oberlandesgerichte besteht zumindest die Chance, dass der Handelsvertreter für mögliche, nicht verjährte Provisionsansprüche auch das Recht auf Erteilung eines Buchauszuges hat, soweit die Gefahr besteht, dass der Unternehmer über mögliche provisionspflichtige Geschäfte nicht oder nicht vollständig abgerechnet hat (OLG München 03.11.2010 - 7 O 308/10 juris; OLG Nürnberg, 28.01.2011 - 12 U 244/10 juris; OLG Oldenburg 04.04.2011 - 13 U 27/10).

Aber anders: OLG Stuttgart 17.02.2016 - 3 U 118/15: Auf die mögliche (unabhängige) Verjährung der Provisionsansprüche soll es nach Auffassung des OLG Stuttgart nicht ankommen. Soweit ersichtlich, gibt es hierzu noch keine aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH). Eine mögliche klarstellende Klausel könnte wie folgt aussehen:

„Alle Ansprüche aus diesem Vertrag verjähren in 12 Monaten ab Kenntnis, spätestens in 36 Monaten ab Fälligkeit. Von der Abkürzung der Verjährungsfrist nicht erfasst sind eventuelle Ansprüche aufgrund grober Fahrlässigkeit und Vorsatz. Zwischen den Parteien besteht Einigkeit, dass die Verjährungsfrist abgekürzt wird, um eventuelle Unstimmigkeiten aktuell und zeitnah zu regeln.“

2.10 Freistellungsmöglichkeit nach Ausspruch der Kündigung

Sofern eine entsprechende Regelung im Vertrag nicht enthalten ist, hat der Handelsvertreter grundsätzlich neben der Pflicht zur Tätigkeit auch ein Recht, seine Vermittlungsleistung bis zum Ende des Vertragsverhältnisses zu erbringen. Folgende Klausel kann sich hierzu anbieten:

„Bei einer Kündigung dieses Vertrages, gleich von welcher Vertragspartei sie ausgeht, kann die Firma ab Ausspruch der Kündigung bis zum Vertragsende auf die Tätigkeit des Handelsvertreters verzichten und die Bearbeitung des Bezirks einem Dritten übertragen. In diesem Falle ist der Handelsvertreter zu Kundenbesuchen nicht mehr berechtigt. Insbesondere ist die Firma dann nicht verpflichtet, eine etwaige neue Kollektion dem Handelsvertreter zu übergeben. Der Handelsvertreter erhält für die Zeit der Freistellung für jeden Monat 75 % einer monatlichen Durchschnittsprovision, berechnet nach der Provision der letzten 12 Monate vor Ausspruch der Kündigung. Der Monat, in dem die Kündigung zugeht, wird bei der Berechnung der Durchschnittsprovision nicht mitgerechnet. Weitergehende Ansprüche für die Zeit der Freistellung bestehen nicht, insbesondere erhält der Handelsvertreter keine zusätzliche Provision für die während der Dauer der Freistellung zustande gekommenen Geschäfte.“

2.11 Gerichtsstand, Rechtswahl

Insbesondere für Unternehmen gilt es den Erfüllungsort, den Gerichtsstand und das anwendbare Recht zu vereinbaren. Dies gilt insbesondere bei Verträgen mit ausländischen Vertragspartnern.

II. Vergütung/Provision

1. Der Provisionsanspruch des Handelsvertreters ist in § 87 HGB geregelt. Die Regelungen sind weitgehend der Disposition der Parteien unterstellt.

Nach der gesetzlichen Regelung ist zwischen der **Vermittlungsprovision** nach § 87 Abs. 1 HGB und der **Bezirksprovision** nach § 87 Abs. 2 HGB zu unterscheiden.

Unter bestimmten Umständen kann ein Provisionsanspruch des Handelsvertreters für Geschäfte entstehen, die erst

nach Beendigung des Vertragsverhältnisses abgeschlossen werden. Es handelt sich hierbei um **nachvertragliche Provisionsansprüche**. Diese nachvertraglichen Ansprüchen sind nicht zu verwechseln mit so genannten **Überhangprovisionen**. Überhangprovisionen sind Provisionen aus Geschäften, die während des Vertragsverhältnisses abgeschlossen, also entstanden sind, aber erst nach Beendigung des Handelsvertretervertrages fällig werden.

Ist der Provisionssatz nicht vereinbart, gilt der „übliche“ Provisionssatz gem. § 87b I HGB.

Eine Besonderheit ist sodann noch in § 354 Abs. 1 HGB geregelt:

„Wer in Ausübung seines Handelsgewerbes einem anderen Geschäfte besorgt oder Dienste leistet, kann auch dafür ohne Verabredung Provision verlangen.“

1.1 § 87 Abs. 1 Vermittlungsprovision

§ 87 Abs. 1 HGB:

„Der Handelsvertreter hat Anspruch auf Provision für alle während des Vertragsverhältnisses abgeschlossenen Geschäfte, die auf seine Tätigkeit zurückzuführen sind oder mit Dritten abgeschlossen werden, die er als Kunden für Geschäfte der gleichen Art geworben hat. Ein Anspruch auf Provision besteht für ihn nicht, wenn und soweit die Provision nach Absatz 3 dem ausgeschiedenen Handelsvertreter zusteht.“

Die Provision ist dann verdient, wenn die Tätigkeit eines Handelsvertreters zum Abschluss des Geschäfts führt. Es ist nicht notwendig, dass allein die Tätigkeit des Handelsvertreters die Ursache für den Geschäftsabschluss bildet. Entscheidend ist, dass der Handelsvertreter nach den vertraglichen Regelungen seinen Anteil zum Geschäftsabschluss beisteuert. Nach ganz überwiegender Auffassung ist es ausreichend,

dass die Tätigkeit des Handelsvertreters mitursächlich für den Geschäftsabschluss war (Küstner/Thume Band I, 3. Auflage, Rn. 754 m.w.N.). Der Handelsvertreter muss also irgendwie bei dem Dritten auf den Entschluss zum Geschäftsabschluss eingewirkt haben.

Eine Mitursächlichkeit ist dann nicht mehr anzunehmen, wenn die Tätigkeit des Handelsvertreters nicht auf Vermittlungs- und Abschlussbemühungen gerichtet, sondern auf Hilfsdienste beschränkt ist, wie reine Dolmetschertätigkeit, Fahrer oder Ähnliches (Küstner/Thume Band I, 3. Auflage, Rn. 768 m.w.N.).

Die zweite Alternative in § 87 Abs. 1 Satz 1 HGB ist eine Aufweichung des unmittelbaren Kausalitätsprinzips für die Vermittlungstätigkeit. Sofern im Handelsvertretervertrag nichts anderes vereinbart ist, wird damit Kraft der gesetzlichen Regelung die mitverursachende Tätigkeit des Handelsvertreters auch auf solche Geschäfte ausgedehnt, die ohne eine unmittelbare Mitwirkungshandlung des Handelsvertreters mit einem Dritten abgeschlossen werden. Voraussetzung ist allein, dass der Handelsvertreter diesen Kunden bereits für Geschäfte der gleichen Art geworben hat. Im Ergebnis läuft dies auf einen provisionsrechtlichen Kundenschutz hinaus. Nach der gesetzlichen Regelung ist jede Nachbestellung, auch wenn sie nicht vom Handelsvertreter unmittelbar verursacht (vermittelt) wurde, provisionspflichtig. Vorausgesetzt, der Handelsvertreter hat diesen Kunden geworben und bei den Nachbestellungsaufträgen handelt es sich um Geschäfte der gleichen Art.

Eine typische Klausel, in welcher die Vermittlungsprovision nach § 87 Abs. 1 HGB im Vertrag fixiert wird, lautet wie folgt:

„Der Vertreter erhält als Entgelt für seine Tätigkeit für alle Geschäfte, die er im Vertragsgebiet vermittelt, eine Provision gemäß der jeweils aktuellen Provisionsliste (alternativ in Höhe von X %).“

Die Provision wird berechnet auf Grundlage der dem Kunden durch den Unternehmer fakturierten Netto-rechnungsbetrag nach Abzug von Boni, Nebenkosten (Sachkosten, Verpackungskosten etc.), Zoll oder sonstigen Steuern.“

Sofern die oben zitierte Regelung ausgehebelt werden soll, wonach Folgegeschäfte mit den vom Handelsvertreter geworbenen Kunden provisionspflichtig sind, kann dies im Vertrag entsprechend vereinbart werden.

„Folgegeschäfte sind nicht provisionspflichtig.“

1.2 Bezirksprovisionen gemäß § 87 Abs. 2 HGB

§ 87 Abs. 2 HGB:

„Ist dem Handelsvertreter ein bestimmter Bezirk oder ein bestimmter Kundenkreis zugewiesen, so hat er Anspruch auf Provisionen auch für die Geschäfte, die ohne seine Mitwirkung mit Personen seines Bezirkes oder seines Kundenkreises während des Vertragsverhältnisses abgeschlossen sind. Dies gilt nicht, wenn und soweit die Provision nach Absatz 3 dem ausgeschiedenen Handelsvertreter zusteht.“

Der Provisionsanspruch nach Absatz 2 hängt also nicht von einer kausalen Vermittlungstätigkeit des Handelsvertreters ab. Entscheidend nach der gesetzlichen Regelung ist lediglich, dass der Geschäftsabschluss in dem zugewiesenen Bezirk oder mit dem zugewiesenen Kundenkreis erfolgt. In der Praxis ist die erste Alternative „Bezirk“ von ganz entscheidender Bedeutung. Nur in wenigen Fällen wird eine Zuordnung zum Kundenkreis gewählt. Letztlich ist dies aber abhängig von dem Produkt und der Vertriebsausrichtung.

Entscheidend ist somit beim Bezirksvertreter nach § 87 Abs. 2 HGB, ob der

Geschäftsabschluss in dem dem Handelsvertreter zugewiesenen Bezirk erfolgt ist. Sofern im Handelsvertretervertrag nichts anderes geregelt ist, kommt es auf den Geschäftsabschluss und nicht auf den Ort der Lieferung an.

Die Regelung steht zur Disposition der Parteien. Problematisch sind insbesondere Geschäfte mit Konzernen. Sofern es allein auf den Geschäftsabschluss ankommt, können immense Provisionsforderungen entstehen, die mit der Tätigkeit des Handelsvertreters in diesem Vertragsgebiet nicht mehr im Einklang stehen (vgl. auch Vertragsgestaltung, ggf. Konzerne herausnehmen). Es ist deshalb sicher ratsam, neben dem Geschäftsabschluss die Provision zusätzlich auch an die Lieferung zu knüpfen. Etwa durch folgende Regelung:

„Provisionspflichtig sind alle Geschäfte, welche im Vertragsgebiet abgeschlossen werden und bei denen die Lieferung in das Vertragsgebiet erfolgt.“

Bei der Tätigkeit mehrerer Handelsvertreter ist insbesondere darauf zu achten, dass diese Regelungen gleich lauten und im Vertrag auch Kollisionsnormen enthalten sind, etwa wie folgt:

„Sofern mehrere Handelsvertreter provisionsberechtigt sind, ist das Unternehmen berechtigt, die Provision angemessen zwischen den Handelsvertretern aufzuteilen. Im Zweifel erfolgt dies nach Köpfen.“

Bei der vertraglichen Gestaltung ist auch streng darauf zu achten, dass die Vereinbarung des Vertragsgebietes (Bezirk oder Reisegebiet) mit der Provisionsregelung korrespondiert. Sofern es sich um einen Handelsvertretervertrag handelt, der für eine Vielzahl von Fällen konzipiert ist – dies wird die Regel sein –, ist darauf zu achten, dass die Regelung des Vertragsgebietes und die Regelung der Provision aufeinander abgestimmte Vereinbarungen enthalten (OLG Karlsruhe vom 10.05.2005; OLG Karlsruhe BB 71, 1123).

1.3 Überhangprovisionen

Gemeint sind damit Provisionen, die noch während des Vertragszeitraumes entstanden sind, aber erst nach Vertragsbeendigung fällig werden.

Oftmals liegen gerade bei Investitionsgütern zwischen Vertragsabschluss und Auslieferung längere Zeiträume, teilweise mehrere Monate oder sogar Jahre. In der Bekleidungs-/Textilindustrie werden z.B. die Verkäufe für die Frühjahr/Sommer-Kollektion 2011 (Auslieferung Dezember 2010, Januar/Februar 2011) regelmäßig bereits im Juli/August 2010 getätigt. Wenn nun das Vertragsverhältnis des Handelsvertreters am 30.09.2010 endet, wird ein Großteil seiner Provisionsansprüche, oftmals sogar ein halber Jahresumsatz, erst nach Vertragsbeendigung zur Zahlung fällig, nämlich entweder mit Auslieferung der Ware oder, wie oftmals vereinbart, mit Zahlung des Kunden.

Die Überhangprovision kann vertraglich abbedungen werden. Bei der Regelung ist aber darauf zu achten, dass die Überhangprovision nicht generell ausgeschlossen wird. Es müssen im Hinblick auf die Regelung in § 87a Abs. 3 HGB die Fälle ausgeschlossen sein, in denen der Unternehmer eine spätere Lieferung zu vertreten hat und hierdurch die Auslieferung erst nach Vertragsbeendigung erfolgt. Da die Regelung des § 87a Abs. 3 HGB nach § 8 a Abs. 5 HGB nicht abdingbar ist, können solche Überhangprovisionen nicht ausgeschlossen werden, die auf einer vom Unternehmer zu vertretenden Verzögerung beruhen (vgl. Hopt, Handelsvertreterrecht zu § 87 Rn. 48; BGH 33, 94; BGH WN 98, 723).

Ein weiterer typischer Fall sind die Provisionsansprüche aus Sukzessivlieferungsverträgen.

Anders bei Rahmenverträgen: Bei dem Rahmenvertrag kommt das jeweils provisionspflichtige Geschäft erst mit dem

jeweiligen Abruf zu Stande. Damit liegt keine Überhangprovision vor. Es kommt aber ein Provisionsanspruch nach § 87 Abs. 3 HGB (nachvertraglich) in Betracht.

Beispiel einer vertraglichen Regelung für den Ausschluss von Überhangprovisionen

„Ein Anspruch auf Überhangprovision besteht nicht. Der Provisionsanspruch besteht nur für Geschäfte, die während der Vertragslaufzeit abgeschlossen und ausgeführt werden, es sei denn die Verzögerung – Lieferung nach Vertragsende – hat die Firma zu vertreten.“

1.4 Nachvertraglicher Provisionsanspruch

§ 87 Abs. 3 HGB:

„Für ein Geschäft, das erst nach Beendigung des Vertragsverhältnisses abgeschlossen ist, hat der Handelsvertreter Anspruch auf Provision nur, wenn

- 1. er das Geschäft vermittelt hat oder es eingeleitet und so vorbereitet hat, dass der Abschluss überwiegend auf seine Tätigkeit zurückzuführen ist und das Geschäft innerhalb einer angemessenen Frist nach Beendigung des Vertragsverhältnisses abgeschlossen worden ist oder*
- 2. vor Beendigung des Vertragsverhältnisses das Angebot des Dritten zum Abschluss eines Geschäfts, für das der Handelsvertreter nach Abs. 1 Satz 1 oder Abs. 2 Satz 2 Anspruch auf Provision hat, dem Handelsvertreter oder dem Unternehmen zugegangen ist.“*

Der Provisionsanspruch für nachvertragliche Geschäfte setzt stets eine konkrete Tätigkeit des Handelsvertreters voraus. Er bezieht sich nie auf „reine“ Bezirksgeschäfte nach § 87 Abs. 2 HGB.

Praxisrelevant ist insbesondere die Alternative in Ziffer 1, wenn der Handelsvertreter das Geschäft eingeleitet und so vorbereitet hat, dass der Abschluss überwiegend auf seine Tätigkeit zurück zu führen ist.

Des Weiteren muss das Geschäft sodann noch innerhalb einer angemessenen Frist nach Beendigung des Vertragsverhältnisses abgeschlossen worden sein. Das Gesetz enthält keine bestimmte Frist. Wesentlicher Gesichtspunkt für die Bemessung der Frist ist die Zeit, die branchenüblich zwischen Anbahnung eines Geschäfts und Vertragsabschluss liegt. Bei Investitionsgütern können dies durchaus mehrere Monate sein.

Ein Zeitraum von ein bis sechs Monate nach Vertragsbeendigung dürften ein realistisches Zeitfenster darstellen. In Ausnahmefällen gegebenenfalls bis zu zwei Jahren (BGH, Urt. v. 30.01.1964 = HVR Nr. 314 (Auszug); Gamm in NJW 1979, 2489 f. m.w.N.)

Seit dem Urteil des OLG Koblenz vom 14.06.2007 haben nachvertragliche Provisionsansprüche nochmals eine neue Brisanz erhalten. Das OLG Koblenz hat im Rahmen einer Stufenklage entschieden, dass dem Handelsvertreter über den gesamten Zeitraum eines Rahmenvertrages (Automobilzulieferindustrie) ein Buchauszug zustehen kann. Zwar hält sich das OLG Koblenz an die Rechtsprechung des BGH gebunden, wonach es sich bei entsprechenden Lifetime-Verträgen nur um Rahmenverträge handelt und das eigentlich provisionspflichtige Geschäft im Rahmen des jeweiligen Abrufs erfolgt. Abweichend von der bisherigen Rechtsprechung sollen aber alle Geschäfte, die unter Zugrundelegung des Rahmenvertrages abgeschlossen werden, provisionspflichtig im Rahmen des § 87 Abs. 3 HGB sein, sofern dieser Rahmenvertrag ganz wesentlich vom Handelsvertreter vorbereitet wurde. Im Ergebnis kann dies Provisionsansprüche für den Zeitraum eines Rahmenvertrages – bei Lifetime-Verträgen 5-7 Jahre – bedeuten. Dieses

Risiko kann mit folgender Klausel ausgeschlossen werden:

„Geschäfte, die nach Beendigung des Vertragsverhältnisses abgeschlossen werden, sind nicht provisionspflichtig.“

2. Fälligkeit des Provisionsanspruches

2.1 Gesetzliche Regelung

In § 87 HGB ist die Entstehung des Provisionsanspruches geregelt. In § 87 HGB werden also die Voraussetzungen geregelt, nach denen dem Handelsvertreter ein Provisionsanspruch zusteht (Provisionspflicht). Sind die Voraussetzungen erfüllt, erwirbt der Handelsvertreter einen aufschiebend bedingten Provisionsanspruch.

In § 87a HGB ist sodann geregelt, zu welchem Zeitpunkt der Provisionsanspruch fällig wird, nämlich sobald und soweit der vertretene Unternehmer das abgeschlossene Geschäft ausgeführt hat (Lieferung).

Von § 87a Abs. 1 HGB kann eine abweichende Regelung getroffen werden. Spätestens ist der Provisionsanspruch nach § 87a Abs. 1 S. 3 HGB aber dann fällig, sobald und soweit der Dritte, also der Kunde, das Geschäft ausgeführt (i.d.R. bezahlt) hat und der Unternehmer abrechnen muss (§ 87a Abs. 4 HGB i.V.m. § 87c Abs. 2 HGB).

Der Anspruch auf Provision wird am letzten Tag des Monats fällig, in dem nach § 87c Abs. 1 HGB über den Anspruch abzurechnen ist (so Wortlaut von § 87a Abs. 4 HGB).

Nach § 87c Abs. 1 HGB hat der Unternehmer über die Provision, auf die der Handelsvertreter Anspruch hat, monatlich abzurechnen. Die Abrechnung hat nach § 87c Abs. 1 S. 2 HGB unverzüglich, spätestens bis zum Ende des nächsten Monats (nach Zahlung) zu erfolgen.

Die Provision steht also unter einer zweifachen Bedingung:

Der aufschiebenden Bedingung, der Ausführung des Geschäfts durch den Unternehmer (vorher nur Anwartschaft)

und

unter der auflösenden Bedingung des Feststehens der Nichtleistung durch den Dritten (Hopt Handelsvertreterrecht, 3. Auflage zu § 87a HGB, Rn. 1; BGH NJW 90, 1665).

Die Provision ist nach § 87a Abs. 1 S.1 HGB verdient, sobald und soweit der Unternehmer das Geschäft ausgeführt hat (Lieferung/aufschiebende Bedingung).

Ausführung bedeutet Erbringung der vertraglich geschuldeten Leistung, egal, welcher Art diese ist und auch unabhängig davon, ob sie schon fällig ist und ob sie einen Mangel hat.

Entscheidend ist die Leistungshandlung, nicht der Leistungserfolg. (Hopt, Rn. 5).

Der so entstandene Provisionsanspruch steht aber unter der auflösenden Bedingung des Feststehens der Nichtleistung durch den Dritten (vgl. Hopt § 87a HGB, Rn. 6). Positiv formuliert: Endgültig ist die Provision also erst bei Leistung des Dritten verdient. Unabhängig von jeder vertraglichen Regelung ist sie sodann aber auch zur Zahlung fällig, nämlich vgl. § 87c Abs. 1 HGB. Vorableistung des Dritten genügt (vgl. BGH 85, 138; Hopt zu § 87a HGB, Rn. 10).

Die Provision entfällt nach § 87a Abs. 2 HGB erster Halbsatz, wenn feststeht, dass der Dritte das vermittelte Geschäft endgültig nicht erfüllt. Die Regelung in § 87a Abs. 2 HGB erster Halbsatz betrifft nur den Fall von § 87a Abs. 1 S. 1 HGB.

Die Nichtleistung des Dritten muss feststehen. Im Zweifel ist der Unternehmer auf den Klageweg zu verweisen. Dies gilt dann nicht, wenn unzumutbar, etwa wenn der Dritte auf absehbare Zeit zah-

lungsunfähig ist. Die bloße Annahme der Zahlungsunfähigkeit soll nicht genügen (Hopt zu § 87a HGB, Rn. 15, OLG Celle, NJW 72, 879).

Eine Nichtleistung des Dritten nach Abs. 2 liegt nicht vor, wenn sie auf Umständen beruht, die der Unternehmer nach Abs. 3 zu vertreten hat.

2.2 Vertragliche Regelung

Abweichend von der gesetzlichen Regelung kann es sich anbieten, die Fälligkeit der Provision vertraglich hinauszuschieben und auf den Zeitpunkt zu verlegen, in dem dem Unternehmer die tatsächliche Gegenleistung des Dritten, nämlich die Bezahlung, zugegangen ist.

Beispiele

Der Vertreter erwirbt den Provisionsanspruch erst dann, wenn die Firma das Geschäft ausgeführt hat und das ausgeführte Geschäft von dem Kunden erfüllt worden ist.

Der Vertreter erhält für die von ihm vermittelten, angenommenen und ausgeführten Aufträge eine Provision von 7,5 % der normalen Listenpreise. Der Provisionsanspruch entsteht, sobald und soweit der Kunde den Kaufpreis bezahlt hat.

3. Provisionsanspruch bei gestörter Geschäftsabwicklung

§ 87a Abs. 3 HGB

Entscheidend für den Umfang des Provisionsanspruches ist das abgeschlossene Drittgeschäft.

Scheitert die Durchführung eines provisionspflichtigen Geschäfts ganz oder teilweise, richtet sich die Bestandskraft des Provisionsanspruches nach den Ursachen für das Scheitern.

Führt der Unternehmer das provisionspflichtige Geschäft ganz oder teilweise nicht oder nicht so aus, wie es abgeschlossen worden ist, bleibt der Anspruch des Handelsvertreters auf Zahlung der Provision unberührt. Entscheidend für den Provisionsanspruch ist damit der ursprüngliche Vertragsumfang, nicht die tatsächliche Lieferung, nicht die tatsächlich in Rechnung gestellte Menge etc.

Auf entgegenstehende vertraglichen Regelungen kommt es nicht an. Der Anspruch nach § 87a Abs. 3 HGB ist nach § 87a Abs. 5 HGB unabdingbar.

III. Vom Unternehmer zur Verfügung zu stellende Unterlagen

Nach § 86a Abs. 1 HGB hat der Unternehmer dem Handelsvertreter die Unterlagen zur Verfügung zu stellen, welche zur Vermittlungsleistung notwendig sind. Da diese Verpflichtung gemäß § 86a Abs. 3 HGB unabdingbar ist, kann sie nicht von einer Gegenleistung abhängig gemacht werden. Danach ist z. B. die Musterkollektion unentgeltlich zur Verfügung zu stellen. Vertragliche Regelungen, wonach der Handelsvertreter zur kostenpflichtigen Übernahme der Musterkollektion verpflichtet ist, sind unwirksam (OLG München vom 03.03.1999 - 7 U 6158/98; OLG Düsseldorf 25.01.2013 - I-16 U 89/11, 16 U 89/11, Juris).

Der Unternehmer hat dem Handelsvertreter aber nur die Unterlagen kostenlos zur Verfügung zu stellen, auf die dieser zur Vermittlung angewiesen ist. Der BGH hat dies in seiner Entscheidung vom 04.05.2011 - VIII ZR 11/10 wie folgt definiert:

„Von dem Begriff der Unterlagen wird alles erfasst, was dem Handelsvertreter zur Ausübung seiner Vermittlungs- oder Abschlussstätigkeit - insbesondere zur Anpreisung der Waren bei dem Kunden - dient und aus der Sphäre des Unternehmers stammt.“

Entsprechend auch in der aktuellen Entscheidung des OLG Hamm vom 17.06.2016 - 12 U 165/15:

„Es muss sich um solche handeln, die für die spezifische Anpreisung der Ware unerlässlich sind. Der Handelsvertreter muss auf die Unterlagen zur Vermittlung oder zum Abschluss der Verträge angewiesen sein. Erforderlich ist ein sehr enger Bezug zum vertriebenen Produkt. Ohne die Unterlagen darf eine erfolgreiche Vermittlung schlechthin nicht möglich sein (mit Bezug auf BGH NJW 2011, 2423 ff.)“

Dies ist für ein Softwarepaket zu bejahen, wenn zumindest einzelne Komponenten für die Tätigkeit des Handelsvertreters unverzichtbar sind.

Etwas anderes gilt z. B. für Werbebesenke und andere für die Tätigkeit des Handelsvertreters bloß nützliche oder seiner Büroausstattung zuzuordnende Artikel (z. B. Briefpapier, Visitenkarten, Werbeartikel, Kundenzeitschriften) (BGH Urteil vom 03.05.2011 – VIII ZR 11/10, NJW 2011, 2423 ff.).

IV. 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 (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 erworben 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 Versicherungsververtreters beträgt abweichend von Absatz 2 höchstens drei Jahresprovisionen oder Jahresvergütungen. Die Vorschriften der Sätze 1 und 2 gelten sinngemäß für Bausparkassenvertreter.“*

2. Tatbestandsvoraussetzungen des § 89b 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 § 89b 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 Handelsvertreeters vorlag.

2.3 Neukunden, wesentlich gesteigerte Altkunden

Geschäftsverbindung mit Neukunden, wesentlich gesteigerte Altkunden:

Neukunden sind alle Kunden, die der Handelsvertreter während des Vertragsverhältnisses neu erworben hat. Das heißt, bei Beginn des Handelsvertreter-

vertragsverhältnisses darf der Unternehmer zu diesen Kunden noch keine Geschäftsbeziehung unterhalten haben. Ein Textileinzelhandelskunde, der zwei oder drei Jahre nicht mehr gekauft hat, wird 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 dieses Merkmal 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 Vertragsbeendigung, 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 (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 Nachfolgesellschaft eines in Insolvenz gegangenen Unternehmens kann bei Aufnahme ihrer Geschäftstätigkeit über keine Kunden verfügen. Kunden der insolventen Gesellschaft können nicht als „Altkunden“ auf die Nachfolgesellschaft 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.

sichtigten (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 kann entfallen, 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 Lagervergütung nicht herauszu-

rechnen 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 Rn. 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, Rn. 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).

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

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

Achtung: Dieser Betrag ist noch nicht der Ausgleichsanspruch.

2.6 Billigkeit

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

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

treter 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 erworben 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 Samen/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 Umfang 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.

c) Weitere Billigkeit Gesichtspunkte:

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, Rn. 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 Billigkeit Gesichtspunkten 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, sodass 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.

Sofern keine weiteren Abzüge aus billigkeitsgesichtspunkten erfolgen, ist der

ermittelte Rohausgleich
noch abzuzinsen (pauschal 5 %)

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 Neu-

kunden 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).

Beträgt die Kappungsgrenze z. B. € 300.000,00 (Variante I) kommt es hierauf nicht an. Der Ausgleich beträgt dann die oben ermittelten € 224.352,00. Beträgt die Kappungsgrenze € 150.000,00 (Variante II) ist der Ausgleichsanspruch auf € 150.000,00 zu reduzieren.

Variante I:

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

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

Billigkeitsgesichtspunkte

noch abzuzinsen (pauschal 5 %)
€ 11.808,00

Kappungsgrenze bei
€ 300.000,00

→ **Ausgleich beträgt**
€ 224.352,00

Variante II:

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

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

Billigkeitsgesichtspunkte

noch abzuzinsen (pauschal 5 %)
€ 11.808,00

Kappungsgrenze bei
€ 150.000,00

→ **Ausgleichsanspruch ist begrenzt auf € 150.000,00**

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 € 224.352,00 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 Unternehmer 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 Eigenkündigung 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 Auffassung 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 § 89a 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 Kenntnismahme (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 § 89a 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 Kündigung 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, Rn. 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 Vertragsverhältnisses oder vor Beginn des Vertragsverhältnisses geschlossen wird, ist zumindest insoweit unwirksam. Sofern in einer Vereinbarung der Ausgleichsanspruch wirksam abbedungen 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.

V. 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 Ausgleichs-

anspruchs 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 Provisionseinnahmen des Vorvertreter orientiert, unangemessen hoch sein, sodass 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, 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).