

DER AUSGLEICHANSPRUCH DES HANDELSVERTRETERS

von

Rechtsanwalt Joachim Meeser, Iserlohn

Vorbemerkungen

Dieses Informationsblatt gibt einen Überblick über wichtige rechtliche Aspekte zum Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters. Gesonderte Informationsblätter existieren zu den Bereichen der Rechte und Pflichten des Handelsvertreters, einmal während des laufenden Vertrages (Handelsvertreterrecht Teil 1) und zum anderen im Zusammenhang mit dem Vertragsende (Handelsvertreterrecht Teil 2).

Die Ausführungen sind mit großer Sorgfalt auf der Basis einer jahrzehntelangen Befassung des Unterzeichners mit dem Stoff entstanden. Sie sollen eine Orientierungshilfe für interessierte Kreise sein, können aber die Beratung durch einen sachkundigen Juristen nicht ersetzen.

Joachim Meeser, Rechtsanwalt und Notar
Westfalenstraße 41
58636 Iserlohn
Tel.: 02371/79000
Fax: 02371/790022
E-Mail: meeser@ra-meeser.de
www.ra-meeser.de

Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters

Inhaltsverzeichnis

	<u>Seite</u>
1. Allgemeines	4
2. Voraussetzungen	4
a. Beendigung des Vertrages	4
b. Unternehmervorteile	4
aa. Neukunden	4
bb. Werbung durch den Handelsvertreter	5
cc. Steigerung des Altkundenumsatzes	6
dd. Die Geschäftsverbindung	6
ee. Erhebliche Vorteile	7
ff. Prognose	8
c. Billigkeit	8
aa. Provisionsverluste	8
bb. Sonstige Billigkeitskriterien	12
d. Höchstbetrag	15
3. Berechnungsbeispiel für die Ermittlung des Ausgleiches	15
4. Ausschluss des Ausgleichsanspruches	17
a. Kündigung durch den Handelsvertreter	17
aa. Kündigung aus begründetem Anlass	18
bb. Kündigung wegen Alter und Krankheit	20

b.	Kündigung durch das Unternehmen	22
aa.	Wichtiger Grund	22
bb.	Schuldhaftes Verhalten	23
cc.	Kündigung	23
c.	Eintritt eines neuen Handelsvertreters aufgrund Vereinbarung	24
aa.	Übertragung einer einzelnen Vertretung	24
bb.	Verkauf des gesamten Handelsvertretungsunternehmens	26
cc.	Übernahme der Ausgleichsverpflichtung durch den Nachfolger	26
dd.	Ausgleichsabwägungsvereinbarung / Einstandszahlung	27
5.	Unabdingbarkeitsgrundsatz und Geltendmachung	30
a.	Keine Einschränkung im Voraus	30
b.	Geltendmachung	30
6.	Vorausserfüllung des Ausgleichs	31
7.	Verjährung	31

1. Allgemeines

Nach Vertragsende kann der Handelsvertreter im allgemeinen (zu den Ausnahmen der Überhang- und nachvertraglichen Provisionen vgl. Handelsvertreterrecht Teil 2 Ziff. 7. a. und Ziff. 7. b.) keine Vorteile mehr aus von ihm geschaffenen (oder intensivierten) Geschäftsverbindungen ziehen, während für das Unternehmen das Gegenteil gilt. Diese ungleiche Ausgangslage soll zugunsten des Handelsvertreters „ausgeglichen“ werden.

2. Voraussetzungen

Gemäß § 89 b Abs. 1 HGB kann der Handelsvertreter von dem Unternehmen nach Beendigung des Vertragsverhältnisses einen angemessenen Ausgleich verlangen, wenn und soweit

- das Unternehmen aus der Geschäftsverbindung mit neuen Kunden, die der Handelsvertreter geworben hat, auch nach Vertragsende erhebliche **Vorteile** hat und
- die Zahlung eines Ausgleichs unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere der dem Handelsvertreter aus Geschäften mit diesen Kunden **entgehenden Provisionen**, der **Billigkeit** entspricht.

a. Beendigung des Vertrages

Das Handelsvertretungsverhältnis muss sein Ende gefunden haben; auf welche Art und Weise das der Fall war, ist unerheblich. Im einzelnen darf hinsichtlich der in Betracht kommenden Beendigungstatbestände auf die Ausführungen in dem Informationsblatt Handelsvertreterrecht Teil 2, Ziffn. 1. – 6. verwiesen werden.

b. Unternehmervorteile

Das Unternehmen muss aus der Geschäftsverbindung mit neuen Kunden, die der Handelsvertreter geworben hat, auch nach Beendigung des Vertragsverhältnisses erhebliche Vorteile haben.

aa. Neukunden

- **Neu** ist ein Kunde, der mit dem Unternehmen bisher **noch nicht in Geschäftsbeziehungen** gestanden hat. Auch ein Kunde, der früher schon einmal beim Unternehmen bestellt und dann für längere Zeit keine Verbindung mehr hierzu gehabt hat, kann vom Handelsvertreter neu geworben werden („**abgesprungener Kunde**“).
- Ist das Unternehmen in verschiedenen **Branchen** tätig, kann ein „**Herüberziehen**“ eines Kunden aus der einen Sparte (auch) in die andere, eine Neukundenwerbung darstellen.

- Bei bloßer **Sortimentserweiterung** wurde im allgemeinen eine Neukundeneigenschaft verneint. Das hat sich indessen durch ein Urteil des EuGH im Jahre 2016 geändert. Seitdem ist es erforderlich, zu prüfen, ob der Handelsvertreter für das ihm neu zugewiesene Produkt besondere Vermittlungsbemühungen und eine besondere Verkaufsstrategie entwickeln muss. Wird dies bejaht und ist es daher im Einzelfall gerechtfertigt, dem Handelsvertreter ausgleichsrechtlich auch die Umsätze aus einer bereits bestehenden Geschäftsbeziehung in der gleichen Branche zugutekommen zu lassen, wird dies indessen häufig zu einem Abschlag im Rahmen der Billigkeit führen (vgl. hierzu Ziff. 2. c. bb.).
- Die **Beweislast** für die Neukundeneigenschaft liegt im Streitfalle beim Handelsvertreter. **Beweiserleichterungen** gibt es lediglich dann, wenn der Handelsvertreter einen ihm zugewiesenen **Bezirk** praktisch **aufgebaut** hat („Handelsvertreter der ersten Stunde“). Gleiches gilt, wenn dem Handelsvertreter ein neuer **Kundenkreis** oder ein neues **Produkt** zum Vertrieb übertragen worden ist. Widerlegt indessen der Unternehmer die Vermutung, muss der Handelsvertreter den Vollbeweis für die Neukundeneigenschaft erbringen.

Es ist empfehlenswert, stets bei Abschluss des Handelsvertretervertrages (oder dessen Erweiterung auf neue Kunden und/oder Produkte) eine **Liste** mit den bereits vorhandenen Altkunden zum Vertragsbestandteil zu machen. Diese Liste sollte zweckmäßigerweise auch den bei Vertragsbeginn einschlägigen Jahresumsatz mit den aufgeführten Kunden enthalten, um Beweisprobleme hinsichtlich einer die Neukundenwerbung gleichkommenden Intensivierung der Geschäftsbeziehungen (vgl. hierzu unten unter Ziff. 2. b. cc.) zu vermeiden.

bb. Werbung durch den Handelsvertreter

Die Neukunden müssen vom Handelsvertreter geworben worden sein. Es reicht hier jedoch jede **mitursächliche** Tätigkeit aus. Es ist also nicht erforderlich, dass der erste Geschäftsschluss mit dem Kunden allein auf die Bemühungen des Handelsvertreters zurückgeht. Die **Beweislast** für seinen Verursachungsbeitrag trifft den Handelsvertreter.

Es wird allerdings **vermutet**, dass der Handelsvertreter den Kunden neu geworben hat, wenn er darlegen und beweisen kann, dass er mit dem Ziel des erstmaligen Geschäftsschlusses gegenüber dem Kunden **tätig geworden** ist (z. B. durch einen Besuch, ein Schreiben, ein Telefonat o. ä.) und dass im Anschluss daran der Vertrag geschlossen worden ist. Steht dieses fest, muss das Unternehmen beweisen, dass es keinerlei Kausalität zwischen den Handlungen des Handelsvertreters und dem Geschäftsschluss gegeben hat.

Weitere Beweiserleichterungen gibt es auch hinsichtlich des Werbebeitrags für den „**Handelsvertreter der ersten Stunde**“. Insoweit darf auf die Ausführungen oben zu Ziff. 2. b. aa. verwiesen werden. Ob darüber hinaus die Grundsätze des Anscheinsbeweises (Vermutung der Neukundenwerbung durch den Handelsvertreter) auch dann gelten, wenn der Handelsvertreter **keinen** konkreten **Tätigkeitsnachweis** erbracht hat, aber das erste Geschäft des Unternehmens mit einem Kunden in die Vertragszeit des

Handelsvertreter fällt, dürfte allenfalls in **Ausnahmefällen** (und wohl auch nur bei einem **Bezirksvertreter**) zu bejahen sein.

cc. Steigerung des Altkundenumsatzes

Einer Neukundenwerbung steht es gleich wenn eine bestehende Geschäftsbeziehung mit einem **Altkunden** derart **erweitert** worden ist, dass dies wirtschaftlich der Werbung eines Neukunden entspricht (§ 89 b Abs. 1 Satz 2 HGB). Unerheblich ist, ob es sich um eine qualitative (neue Produkte) oder quantitative Erweiterung handelt. In beiden Fällen ist das entscheidende Kriterium die **Umsatzsteigerung**.

Wie **hoch** die Umsatzsteigerung sein muss, dürfte vom Einzelfall abhängen und ist in allgemein gültigen Zahlen nicht auszudrücken. Es wird sowohl auf das Produkt selbst, die Branche, die Kundenstruktur, den Bezirk und vieles mehr ankommen. In der Rechtsprechung hatte sich der Grundsatz herausgebildet, dass zumindest eine – preissteigerungsbereinigte – Umsatzverdopplung erforderlich sei. Ob dies haltbar ist, erscheint bei einem Vergleich mit der EU – Handelsvertreterrichtlinie (welche die gesetzliche Anforderung, dass die Erweiterung der Geschäftsbeziehung wirtschaftlich einer Neukundenwerbung entsprechen muss, nicht vorsieht) zweifelhaft. Diesen Erwägungen trägt ein Urteil des OLG Celle aus dem Jahr 2017 Rechnung indem lediglich eine – preissteigerungsbereinigte – Umsatzsteigerung um **50 %** verlangt wird.

Die Umsatzsteigerung muss auf den besonderen **Vermittlungsbemühungen des Handelsvertreter**s beruhen, wofür der Handelsvertreter **beweispflichtig** ist. Auch hier reicht eine **mitursächliche** Tätigkeit aus. Häufig wird diese **vermutet** werden können solange der Unternehmer hiergegen nichts „Stichhaltiges“ (BGH) vorträgt.

dd. Die Geschäftsverbindung

Aus der Neukundenwerbung muss sich eine Geschäftsverbindung entwickelt haben (Stichwort: **Stammkunden**). Das setzt voraus, dass es innerhalb eines überschaubaren Zeitraumes zu **Nachbestellungen** gekommen ist. Der „überschaubare Zeitraum“, innerhalb dessen weitere Geschäfte getätigt werden müssen, ist je nach Branche und Produkt unterschiedlich lang. Auch bei sog. **langlebigen Wirtschaftsgütern**, bei denen sich ein Neu- oder Ergänzungsbedarf erst nach einigen Jahren einstellt, kann durchaus von einer Geschäftsbeziehung gesprochen werden, wenn für das einschlägige Nachbestellungsintervall Folgegeschäfte zu erwarten sind. Diese Zeiträume fußen regelmäßig auf den Lebens- bzw. Haltbarkeitsdauern der Produkte. Insoweit hat der BGH 13 Jahre (Gabelstapler) und 25 Jahre (Industriefußböden) als grundsätzlich ausgleichsrelevant anerkannt.

Regelmäßig ist der Abschluss **eines** Nachfolgegeschäftes (in der Vergangenheit oder für die Zukunft prognostiziert) innerhalb des einschlägigen Zeitraums ausreichend. Besonderheiten gelten beispielsweise für Tankstellenhalter (Tanken oder Einkauf mindestens vier Mal pro Jahr) oder für den Verkauf von Tiefkühlprodukten (drei Mal pro Jahr). Die **Beweislast** dafür, dass es sich um Mehrfachkunden handelt, trifft den Handelsvertreter. Ist dieser Beweis erbracht worden, spricht eine Vermutung für das Fortbestehen der Geschäftsverbindung auch nach Ende des Handelsvertretervertrages.

ee. Erhebliche Vorteile

Aus den vom Handelsvertreter neu hergestellten Geschäftsbeziehungen muss das Unternehmen erhebliche Vorteile über das Vertragsende hinaus erwarten dürfen. Zumeist ergeben sich die Vorteile daraus, dass die **Kundenbeziehungen fortbestehen**. Es wird hierbei nur das jeweilige Verhältnis zum neugeworbenen Kunden betrachtet. Eine „Gesamtschau der Umsätze“ bei Beginn des Vertragsverhältnisses im Vergleich zum Ende unter Berücksichtigung auch der übernommenen sowie der abgesprungenen Altkunden findet also nicht statt.

Unproblematisch sind die Fälle, in denen das Unternehmen nach der Vertragsbeendigung die Kunden „normal“ **weiterbeliefert**. Geschieht dies nicht, so sind die Gründe hierfür zu untersuchen. So ist es möglich, dass Kunden abwandern (z. B. zu dem Unternehmen, das der Handelsvertreter nach Ausscheiden betreut) oder aus anderen Gründen keinen Bedarf mehr für die Produkte des Unternehmers haben (z. B. wegen Einstellung oder Änderung des Betriebes). Auf der anderen Seite kann auch das Unternehmen selbst die Entstehung von Vorteilen verhindern (in Wegfall bringen oder mindern). Dabei ist von dem Grundsatz auszugehen, dass das Unternehmen im allgemeinen das Recht hat, seinen **Betrieb so einzurichten** und gegebenenfalls so **umzugestalten**, wie es ihm wirtschaftlich oder persönlich vernünftig und sinnvoll erscheint. Es darf sich dabei nur nicht willkürlich und ohne einen vertretbaren Grund über die schutzwürdigen Belange seiner Handelsvertreter hinwegsetzen. Unter diesem Gesichtspunkt ist beispielsweise eine **Betriebsstillegung**, eine **Produktionseinstellung** der gerade vom Handelsvertreter vertriebenen Waren oder eine **Nichtweiterbelieferung** eines bestimmten Kunden zu beurteilen. Häufig werden die Vorteile entfallen.

Anders ist dies regelmäßig bei einer **Unternehmensveräußerung oder –verpachtung**, wenn der übernommenen Kundenstamm sich in einem erhöhten Entgelt niederschlägt. Ist das im Vertrag mit dem Erwerber/Pächter nicht gesondert ausgewiesen, spricht hierfür dennoch eine Vermutung, wenn dem Übernehmer die Kundenbeziehungen zugutekommen. Hierbei handelt es sich also um den Ausnahmefall, dass Vorteile auch ohne den Fortbestand der Kundenbeziehungen zum Unternehmen entstehen.

Die Vorteile müssen bei dem – früheren – Vertragspartner des Handelsvertreters selbst festgestellt werden, so dass es **nicht** ausreicht, wenn lediglich eine **Konzerngesellschaft** begünstigt wird. Auch gilt eine Ausnahme bei **rechtsmissbräuchlicher** Vorgehensweise zum Nachteil des Handelsvertreters.

Bei der **Insolvenz des Unternehmers** sind ausgleichsrelevante Vorteile in den Fällen bloßer Abwicklung zu verneinen; etwas anderes gilt, wenn das Unternehmen vom Insolvenzverwalter längere Zeit fortgeführt wird und die Geschäftsbeziehungen aufrecht erhalten werden, so dass sich dies in einem höheren Verkaufserlös niederschlägt.

ff. Prognose

Ist es nicht von vornherein ausgeschlossen worden, dass für das Unternehmen nachvertragliche Vorteile entstehen, hat eine **Prognose** dahingehend stattzufinden, wie sich die vom Handelsvertreter geschaffenen Geschäftsbeziehungen voraussichtlich entwickeln werden (es sei denn, die Vorteile stehen ausnahmsweise bei Vertragsende bereits fest, wie z. B. bei einer Unternehmensveräußerung). Auf der Basis der bis Juli 2009 geltenden Fassung des § 89 b HGB (vgl. hierzu unten unter Ziff. 2. c. aa.) galt der Grundsatz, dass die Höhe der **Unternehmervorteile** zumindest der Höhe der **Provisionsverluste** des Handelsvertreters **entspricht**. Auch für die – potenziellen – Provisionsverluste des Handelsvertreters war also eine Prognoseentscheidung erforderlich. Die hierfür heranzuziehenden Kriterien waren die gleichen wie die für die Unternehmervorteile und konnten daher einheitlich untersucht werden. Hieran hat sich auch nach der Gesetzesneufassung nichts geändert, so dass auf die Ausführungen unten unter Ziff. 2. c. aa. (4) verwiesen werden kann. Während aber durch die frühere Gesetzeslage der Ausgleichsanspruch nie höher sein konnte als die Provisionsverluste des Handelsvertreters, besteht seit der Gesetzesänderung die Möglichkeit, dass dem Handelsvertreter auch Unternehmervorteile zugutekommen, welche seine **Provisionsverluste übersteigen**. Auf der anderen Seite ist es auch dem Unternehmer nicht verwehrt, **geringere Vorteile** geltend zu machen. In beiden Fällen muss nach der obergerichtlichen Rechtsprechung (eine Entscheidung des BGH hierzu liegt noch nicht vor) derjenige, der sich darauf **beruft**, dass die Unternehmervorteile ausnahmsweise der Höhe nach nicht den Provisionsverlusten des Handelsvertreters entsprechen (also höher oder niedriger sind) dieses plausibel **darlegen**; fehlt es hieran, ist der Sachvortrag unbeachtlich und die Ausgleichsberechnung hat anhand der „**traditionellen**“ **Berechnungsmethode** (vgl. hierzu nachfolgend unter Ziff. 2. c. aa. (1) bis (5)) stattzufinden. Gelingt hingegen diese Darlegung, trifft die **Beweislast** für die konkrete Höhe der Unternehmervorteile denjenigen, der diese zu seinen Gunsten anführt. Häufig wird dies der Handelsvertreter sein (zu den hieraus resultierenden Problemen vgl. unten unter Ziff. 2. c. aa.).

c. Billigkeit

Weitere Voraussetzung ist, dass die Zahlung eines Ausgleichs der Billigkeit entspricht. Dabei kann eine Vielzahl von Umständen aus der Zeit während des Laufs des Handelsvertretungsverhältnisses sowie im Zusammenhang mit dessen Beendigung berücksichtigungsfähig sein.

aa. Provisionsverluste

Als herausgehobenes Kriterium hat der Gesetzgeber in der **Neufassung** des § 89 b HGB die dem Handelsvertreter entgehenden Provisionen festgelegt. Nach der **bis zum Juli 2009** geltenden **Gesetzesfassung** waren die Provisionsverluste neben der Billigkeit im übrigen als gesondertes Tatbestandsmerkmal zu prüfen. Zu deren Voraussetzungen hatte sich eine **gefestigte Rechtsprechung** gebildet. Diese Grundsätze können nach wie vor auch im Rahmen der Ausgleichsberechnung nach dem neuen Gesetzestext herangezogen werden.

Bereits oben (Ziff. 2. b. ff.) ist darauf hingewiesen worden, dass es dem Handelsvertreter grundsätzlich freisteht, **darzulegen**, dass die **Unternehmervorteile** die Provisionsverluste übersteigen. Dies wird ihm regelmäßig nur in Sonderfällen gelingen, so z. B. bei Erhalt einer Festvergütung, einer Einmalprovision, herabgesetzten Provisionen oder auch bei außergewöhnlich geringen Provisionsverlusten. Ist das der Fall, muss er selbiges regelmäßig **beweisen**, was, zumindest dann, wenn es um die Bestimmung des Wertes des Kundenstammes geht, ohne Sachverständigengutachten häufig nicht möglich sein wird. Es kommen aber auch andere Berechnungsansätze in Betracht, z. B. die Ermittlung der Deckungsbeiträge aus den zu erwartenden Kundengeschäften. Diesbezüglich kann dem Handelsvertreter, wenn er sich die notwendigen Informationen nicht anders beschaffen kann, gemäß § 242 BGB ein **Auskunftsanspruch** gegen das Unternehmen zustehen.

(1) Neukunden

Es muss sich auch hier um Provisionen aus Geschäften mit vom Handelsvertreter **geworbenen Neukunden** handeln. Insofern kann auf die obigen Ausführungen unter Ziffer 2. b. aa. und bb. verwiesen werden. Auch hier reicht demgemäß die **mitursächliche** Tätigkeit des Handelsvertreters aus. **Altkunden** bleiben außer Betracht, es sei denn, es handelt sich um wesentlich gesteigerte Kundenbeziehungen. Folglich kann auch der **Bezirksvertreter** einen Ausgleich für solche Provisionsverluste nicht verlangen, die lediglich auf Geschäften mit von ihm nicht erworbenen oder nicht intensivierten Bezirkskunden beruhen.

(2) Maßgebliche Geschäfte

Ausgleichspflichtig sind – wie in der Altfassung des Gesetzes auch – dem Handelsvertreter entgehende Provisionen sowohl aus abgeschlossenen als auch aus künftig zustande kommenden Geschäften.

- Verluste aus **abgeschlossenen Geschäften** können nur dann entstehen, wenn die Provisionspflicht für sog. Überhangprovisionen (also für Provisionen aus vor Vertragsende abgeschlossenen aber noch nicht ausgeführten Geschäften, vgl. hierzu Handelsvertreterrecht Teil 2 unter Ziff. 7. a.) ausgeschlossen ist. Ist dies nicht der Fall, steht dem Handelsvertreter der Provisionsanspruch zu. Daneben kommt ein Ausgleich nicht in Frage.
- Der „Normalfall“ der Entstehung von Provisionsverlusten resultiert jedoch aus **künftig zustande kommenden Geschäften**. Hiermit sind die zu erwartenden Folgegeschäfte mit vom Handelsvertreter während des Vertragsverhältnisses erworbenen Kunden gemeint, d. h., es ist die Fortsetzung des Vertrages mit dem Handelsvertreter zu fingieren und auf dieser Basis zu prüfen, inwieweit er weiterhin Provisionen erhalten hätte.

Daraus resultiert zum einen, dass **Folgeaufträge** dann nicht ausgleichspflichtig sind, wenn sie schon während des Vertrages von der Provisionspflicht **ausgeschlossen** waren (Abbedingung der Nachbestellungsprovisionen im Sinne des § 87 Abs. 1 Satz 1, 2. Fall HGB). Zum zweiten ist zu berücksichtigen, dass die Chance, **weitere Kunden** hätten bei Fortsetzung des Vertrages hinzugewonnen werden können, **außer Betracht** bleibt. Und letztlich wirkt sich die Fiktion der Vertragsfortsetzung auch dahingehend aus, dass es **unerheblich** ist, ob der Handelsvertreter bei oder nach Beendigung des Vertragsverhältnisses **stirbt, berufsunfähig** oder **insolvent** wird.

- Ausgleichspflichtig sind unter dem Gesichtspunkt der Verluste aus künftig zustande kommenden Geschäften auch die **Überhangprovisionen**, die ja (vgl. den ersten Unterpunkt vorstehend unter (2)) keinen auszugleichenden Provisionsverlust aus bereits abgeschlossenen Geschäften nach sich ziehen, wenn sie nicht ausgeschlossen worden sind. Zwar können hinsichtlich der Provisionen, die für die vor Vertragssende abgeschlossenen Geschäfte zu zahlen sind, keine „Verluste“ entstehen, es sind aber regelmäßig auch hier bei unterstellter Vertragsfortsetzung **Folgegeschäfte** zu erwarten. Sind die Überhangprovisionen vertraglich ausgeschlossen, steht dem Handelsvertreter **daneben** ein Ausgleich für die vor Vertragssende abgeschlossenen Geschäfte zu (vgl. oben den ersten Unterpunkt unter (2)).
- Im Grundsatz das gleiche (Ausgleich für die Folgegeschäfte) gilt dann, wenn der Handelsvertreter einen Provisionsanspruch aus erst **nach** Vertragssende **abgeschlossenen** Geschäften (§ 87 Abs. 3 HGB, vgl. hierzu Handelsvertreterrecht Teil 2 unter Ziff. 7. b.) hat. Ist ein solcher Anspruch hingegen ausgeschlossen, steht dem Handelsvertreter auch für diese Geschäfte ein Ausgleich aus dem Gesichtspunkt der künftig zustande kommenden Geschäfte zu.

(3) Berücksichtigungsfähige Provisionen

Ausgleichspflichtig sind indessen nur **Vermittlungs- und Abschlussprovisionen**, nicht hingegen sonstige Vergütungen, wie beispielsweise Inkasso- und Verwaltungsprovisionen (woran der BGH auch nach der Gesetzesneufassung ausdrücklich festhält und lediglich im Tankstellenbereich einige Ausnahmen zulässt). Die Provisionen für die bloß **verwaltende Tätigkeit** müssen, sofern nicht eine eindeutige Trennung im Vertrag erfolgt ist, aus einer vereinbarten Gesamtprovision **herausgerechnet** werden.

Dabei ist die Verteilung der **Darlegungs- und Beweislast** in Rechtsprechung und Literatur streitig. Richtigerweise wird in den Fällen, in denen das Unternehmen den Vertrag vorgegeben hat, der Handelsvertreter (nur) anzugeben haben, welcher Anteil der gezahlten Provision auf die werbende und welcher Anteil auf die verwaltende Tätigkeit entfällt. Das Unternehmen trägt grundsätzlich die Beweislast für die Unrichtigkeit dieses Vorbringens. Ist der Vertrag hingegen vom Handelsvertreter vorgegeben oder ist die Provisionsfrage zwischen den Parteien ausgehandelt worden, trifft den Handelsvertreter die Darlegungs- und Beweislast für die Aufteilung der Provision.

Empfehlenswert ist es deshalb, eine **Aufspaltung** bereits im Vertrag vorzunehmen. Deren Wirksamkeit setzt allerdings nach der neueren BGH-Rechtsprechung voraus, dass diese Aufteilung **konkret** aufgeführt, das heißt **gegenständlich umschrieben** wird, damit auf dieser Grundlage geprüft werden kann, ob es sich bei den übernommenen Tätigkeiten um werbende oder verwaltende handelt und ob – dementsprechend – die darauf nach dem Vertrag entfallenden Vergütungsanteile bei der Berechnung des Ausgleichsanspruches zu berücksichtigen sind oder nicht. Somit muss die Aufteilung **plausibel** sein, um die Absicht einer Ausgleichsschmälerung gemäß § 89 b Abs. 4 S. 1 HGB auszuschließen. Für die Plausibilität ist der derjenige, der die Klausel vorgegeben hat (regelmäßig also das Unternehmen) darlegungs- und beweisbelastet. Für die Behauptung, dass dennoch der Anteil der Verwaltungsprovisionen unzutreffend ist, trifft die Darlegungs- und Beweispflicht denjenigen, der sich hierauf beruft (regelmäßig also den Handelsvertreter).

Als typische **Verwaltungstätigkeiten** stuft die Rechtsprechung Lagerhaltung, Auslieferung der Ware, Regalpflegedienste, Inkasso- und Delkredere Tätigkeiten ein. Im Tankstellenbereich gelten allerdings insoweit Sonderregelungen als die genannten Tätigkeiten (bis auf das Delkredere) von der Rechtsprechung als grundlegend und damit „werbend“ für den Tankstellenvertreter angesehen werden.

Hingewiesen wurde bereits oben darauf, dass die reine **Bezirksvertreterprovision** ebenfalls nicht zu berücksichtigen ist, falls keine Neukundenwerbung vorliegt.

Ein **Fixum** ist hingegen ausgleichspflichtig soweit es für die werbende Tätigkeit gezahlt wurde.

(4) Verlustprognose

Sind die zu berücksichtigenden Provisionen festgestellt, erfolgt die Verlustberechnung auf der Grundlage des **letzten Vertragsjahres**. Das steht zwar nicht im Gesetz, hat sich jedoch in Rechtsprechung und Literatur seit Jahrzehnten so verfestigt. Ist die Geschäftsentwicklung in diesem Jahr **untypisch** verlaufen (was vom Handelsvertreter zu beweisen ist) hat regelmäßig eine **Durchschnittsberechnung mehrerer Jahre** stattzufinden. So kann das letzte Vertragsjahr insbesondere bei langlebigen Wirtschaftsgütern mit besonders großen Bestellintervallen unter Umständen eine unzutreffende Basis bilden, so dass ein Durchschnitt zu bilden ist.

Auf dieser Basis ist eine **Verlustprognose** vorzunehmen, die sich daran zu orientieren hat, wie lange das Unternehmen voraussichtlich noch mit dem Kundenstamm zum Zeitpunkt der Vertragsbeendigung Geschäfte gemacht und damit der Handelsvertreter seine Provisionen verdient hätte. Dabei kommt es maßgeblich auf die Umstände während des Vertrages an.

Im allgemeinen wird man von einem **Prognosezeitraum**, je nach den Gegebenheiten des Einzelfalles, von **2 bis 5 Jahren** auszugehen haben. Es kann aber in Ausnahmen auch ein solcher von erheblich längerer Dauer gerechtfertigt sein (bis zu 20 oder auch 25 Jahre).

Dabei ist die **tatsächliche Entwicklung** der Verhältnisse während des Prognosezeitraums (rückblickend) nur insoweit zu berücksichtigen, als dies bei Beendigung des Handelsvertretervertrages bereits **abzusehen** war.

Weiter ist in Rechnung zu stellen, dass die Geschäftsabschlüsse und damit der Umsatz mit diesem Kundenstamm in der Zukunft kaum gleichbleiben werden. Es ist also die **voraussichtliche Umsatzentwicklung** mit dem Kundenstamm zum Zeitpunkt der Vertragsbeendigung für den Prognosezeitraum zu **schätzen**.

Dies geschieht auf der Basis der Gegebenheiten – insbesondere unter Berücksichtigung der **Kundenfluktuation** -, wie sie sich während der Vertragslaufzeit darstellen (Beweislast beim Handelsvertreter).

Dabei kann es in **Ausnahmefällen** durchaus auch zu einer **Erhöhung** des Basisbetrages des letzten Jahres kommen, wenn Anhaltspunkte für eine besondere gesamtwirtschaftliche oder unternehmerische Steigerung vorhanden sind. Im allgemeinen wird es sich aber eher um eine **Verringerung** handeln.

(5) Abzinsung

Da die Provision dem Handelsvertreter bei Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nur jeweils in den Abrechnungsintervallen zugeflossen wäre, hat der errechnete Provisionsverlust eine **Abzinsung** zu erfahren. Der zugrunde zu legende Abzinsungssatz richtet sich nach der Prognosedauer. In bekanntgewordenen Gerichtsurteilen wird – je nach den Umständen des Einzelfalls – von einer Abzinsung (zum Teil unter Anwendung unterschiedlicher Abzinsungsmethoden) zwischen 20 % und 5 % ausgegangen. Unerheblich ist hingegen, wann dem Handelsvertreter der Ausgleichsbetrag tatsächlich zugeflossen ist. Es wäre zwar naheliegend, dass eine (eventuell jahrelange) Auseinandersetzung über die Zahlung des Ausgleichs auch Auswirkungen auf die Abzinsung haben müsste. Der BGH hat jedoch entschieden, dass es für die Abzinsung ohne Bedeutung ist, wann die Ausgleichszahlung bewirkt wird; eine nicht fristgerechte Leistung werde mit **Fälligkeits- und Verzugszinsen** belegt.

bb. Sonstige Billigkeitskriterien

Es ist zunächst zu beachten, dass Kriterien, die bereits bei den „Unternehmervorteilen“ und bei dem Unterpunkt der „Provisionsverluste“ berücksichtigt worden sind, bei der Prüfung der Billigkeit im übrigen **nicht noch einmal** in die Waagschale geworfen werden dürfen.

Ansonsten sind **alle Umstände des Einzelfalles** zu würdigen und gegeneinander abzuwägen, so dass es nicht zwangsläufig zu einer **Verringerung** des Ausgleichs kommen muss, sondern die positiven Aspekte die negativen **kompensieren** können und damit im Ergebnis der volle Ausgleich auf der Basis der „Untermervorteile“ und – soweit vom Handelsvertreter herangezogen – der diesen entsprechenden „Provisionsverluste“ zu zahlen ist. Ob allerdings die relevanten Billigkeitsgesichtspunkte neben einer Kürzung oder des Erhalts des errechneten Ausgleichs diesen sogar wegen ihrer überwiegend oder ausschließlich positiv zu Buche schlagenden Auswirkungen **erhöhen** können, wird in der juristischen Literatur aufgrund der Gesetzesneufassung aus dem Jahr 2009 diskutiert (und z. T. bejaht). Rechtsprechung hierüber existiert noch nicht.

Auf der anderen Seite muss indessen auch hier die neuere Rechtsprechung des BGH gelten, wonach hinsichtlich der Umstände, die bei Ende des Handelsvertretervertrages noch nicht feststehen, eine **Prognose** vorzunehmen ist, in welche spätere Gegebenheiten nur insoweit herangezogen werden dürfen, als sie **bei Vertragsende bereits abzusehen** waren (was aber abschließend noch nicht geklärt ist).

Aus der Fülle der möglichen berücksichtigungsfähigen Umstände können nachstehend nur einige **Beispiele** genannt werden:

- Es ist unschädlich, wenn der Handelsvertreter nach Vertragsbeendigung eine **neue Vertretung** annimmt, einen Großhandel aufbaut oder sonst sogar noch bessere Verdienstchancen erhält als bisher, soweit der von ihm geschaffene **Kundenstamm** hiervon **unberührt** bleibt. Allein die **Möglichkeit**, die früheren Kunden auch in seiner neuen Tätigkeit für sich zu gewinnen und eventuell sogar keine Verdiensteinbußen zu erleiden, **reicht nicht aus**, um einen Billigkeitsabschlag zu machen.
- Steht bereits bei Vertragsende fest, dass sich der Handelsvertreter für ein neues (oder bereits während des Vertrages zusätzlich) vertretenes Unternehmen oder im Rahmen einer Handelstätigkeit den ihm bekannten Kundenstamm weiterhin zunutze machen wird, muss im Rahmen einer **Prognose** positiv festgestellt werden, inwieweit es ihm voraussichtlich gelingen wird, einzelne **Kunden „herüberzuziehen“**. Soweit es sich hierbei um vom Handelsvertreter geworbene Neukunden oder intensivierete Altkunden handelt, scheidet der Ausgleichsanspruch dann aber bereits an den **fehlenden Untermervorteilen** (vgl. hierzu oben unter Ziff. 2. b. ff. und Ziff. 2. c. aa. (4)). Der **Altkundenanteil** kann hingegen im Rahmen der **Billigkeit** mit einem Abschlag belegt werden. Für beide Anteile (Neu- und Altkunden) ist eine tatrichterliche Schätzung (§ 287 Abs. 2 ZPO) für den Zeitpunkt des Vertragsendes vorzunehmen.

Verhält sich der Handelsvertreter indessen bei der Kundenabwerbung **unfair** oder **unlauter**, wird die Auffassung vertreten, dass solche Tatbestände auch dann im Rahmen der Billigkeit zu berücksichtigen sind, wenn sie bei Vertragsende **noch nicht abschbar** waren. Das gilt insbesondere, wenn der Handelsvertreter in unzulässiger Weise Kundendaten verwertet (vgl. hierzu Handelsvertreterrecht Teil 2, Ziff. 8. b.)

- Ein **vorwerfbares Verhalten** des Vertreters während des Laufes des Vertrages, das den Unternehmer berechtigt hätte, das Vertragsverhältnis aus wichtigem Grunde zu beenden, kann im Rahmen der Billigkeit ebenso berücksichtigt werden, wie eine weniger gravierende, jedoch schuldhafte Vertragsverletzung.
- Die **Dauer der Vertretertätigkeit** hat grundsätzlich keinen Einfluss auf den Ausgleichsanspruch unter Billigkeitsgesichtspunkten.
- Auch die eigene **Werbetätigkeit** des **Unternehmens** ist im allgemeinen ebenso ohne Bedeutung wie die **konjunkturelle Situation**.
- Die **Sogwirkung der Marke** kann sich ausgleichsmindernd auswirken. Dies dann, wenn aufgrund des Bekanntheitsgrades des zu vertreibenden Artikels geringere Vermittlungsbemühungen des Handelsvertreters erforderlich sind.
- Ähnliches gilt bei **Listungsvereinbarungen**, soweit sie sämtliche Festlegungen enthalten, wobei häufig auch die Bestückung der Filialen (einschließlich der Neueröffnungen) diesem „Automatismus“ unterliegt.
- Die Erweiterung einer bereits bestehenden Geschäftsbeziehung infolge der Einführung eines **neuen Produktes** der gleichen Branche, wird nicht selten leichter zu bewerkstelligen sein als die vollständige Neuwerbung eines Kunden und kann daher zu einem Billigkeitsabschlag führen.
- Ein **Fixum** kann im Einzelfall ausgleichsmindernd zu berücksichtigen sein, wenn dem Handelsvertreter auf Dauer (also nicht nur in der Aufbauphase) das **Unternehmerisiko abgenommen** wird, er also im Ergebnis ein vom Erfolg unabhängiges, garantiertes Mindesteinkommen erhält.
- **Mangelnde Vermittlungserfolge** bei Altkunden und ein damit verbundener Rückgang des Gesamtumsatzes sind nur dann von Einfluss, wenn sie nachweislich auf seinem Verschulden beruhen.
- Die vom Handelsvertreter nach Beendigung des Vertrages **ersparten Betriebskosten** fallen grundsätzlich nicht ausgleichsmindernd ins Gewicht. Eine Ausnahme kann allenfalls dann bestehen, wenn diese Betriebskosten – bezogen auf die jeweilige Vertretung – ganz außergewöhnlich hoch waren. Das ist jedenfalls bei einem bis zu 50 %- tigen Betriebskostenanteil an den verdienten Provisionen nicht der Fall.
- Sofern das Unternehmen eine **Alter-, Invaliditäts- und Hinterbliebenenversorgung** allein aus eigenen Mitteln finanziert hat, kann sie den Ausgleichsanspruch aus Billigkeitsgründen mindern.

Es hat eine Anrechnung auf den Ausgleich mit dem Kapitalwert stattzufinden. Erreicht dieser Kapitalwert nicht den „an sich“ geschuldeten Ausgleich, ist der überschüssende Betrag hinzuzuzahlen.

Eine Vereinbarung (auch im Formularvertrag, vgl. zum Begriff Handelsvertreterrecht Teil 1, Ziff. 1. c., S. 8 oben), wonach der Handelsvertreter auf den Versorgungsanspruch verzichtet, wenn er den Ausgleich geltend macht, ist wirksam.

- Entsteht der Ausgleichsanspruch beim **Tode des Handelsvertreters**, kann berücksichtigt werden, wer von dem Handelsvertreter beerbt wird. Unterhaltsberechtigten Personen, vor allem die Witwe und die Kinder, werden sicherlich in vollem Umfang den Ausgleichsanspruch erhalten. Hingegen dürfte es unbillig sein, wenn der Fiskus den Ausgleich ungeschmälert erhielte.

d. **Höchstbetrag**

Der so (a. bis c.) errechnete „Rohausgleich“ ist dahingehend zu überprüfen, ob er eine nach dem **Durchschnitt der letzten fünf Jahre** (bei kürzerer Zeit ist diese maßgebend) der Handelsvertretertätigkeit berechnete Jahresprovision oder sonstige Jahresvergütung überschreitet (§ 89 b Abs. 2 HGB). Ist dies der Fall, wird höchstens der Durchschnittsbetrag gewährt. Liegt der „Rohausgleich“ darunter, kommt nur dieser zur Auszahlung.

In die Berechnung des Höchstbetrages fließen **sämtliche Provisionen** oder sonstige **Jahresvergütungen** ein. Auszuscheiden sind lediglich **echte Kostenerstattungen** (nicht hingegen Pauschalen oder „Spesenzuschüsse“ des Unternehmens gegenüber dem Handelsvertreter, die also lediglich durchlaufende Posten darstellen (z. B. Telefon-, Fahrtkosten etc.).

3. **Berechnungsbeispiel für die Ermittlung des Ausgleichs**

Vorbemerkung:

Wie oben unter Ziff. 2. b. ff. und Ziff. 2. c. aa. dargestellt, wird es auch nach der Gesetzesneufassung aus dem Jahre 2009 in der **Praxis** häufig bei dem Grundsatz bleiben, dass **die Vorteile des Unternehmers** zumindest den **Provisionsverlusten des Handelsvertreters entsprechen**, und dass derjenige, der etwas anderes behauptet, die Umstände hierfür darzulegen hat. Gelingt ihm dies, werden häufig Auskunftsansprüche vorzuschalten und/oder Sachverständigen- Gutachten einzuholen sein. Daher wird in den meisten Fällen die bisherige Berechnungsmethode weiterhin Anwendung finden. D. h., es sind die Provisionsverluste des Handelsvertreters für die Zeit nach Vertragsende zu prognostizieren. Bemessungsgrundlage hierfür sind die Provisionen des letzten Vertragsjahres. Abweichungen gelten lediglich bei untypischem Verlauf (vgl. hierzu oben unter Ziff. 2. c. aa. (4)).

Erster Schritt: Rohausgleich

I. Vertragsbeendigung: 31.12.2018

II. Erhebliche Vorteile des vertretenen Unternehmens: nutzt Kundenstamm weiter

III. Provisionsverluste des Handelsvertreters:

1. Provisionseinnahmen der letzten 12 Monate:	EUR 100.000,--
./.. Provisionen für Altkundengeschäfte	EUR 40.000,--
./.. Provisionen für insolvente oder abgewanderte Kunden	EUR 5.000,--
./.. Provisionen für Einmalkunden	EUR 3.000,--
./.. Warenauslieferungsprovisionen (verwaltende Tätigkeit)	<u>EUR 5.000,--</u>
	EUR 47.000,--
zzgl. Provisionen für gesteigerte Altkundengeschäfte	<u>EUR 3.000,--</u>
	EUR 50.000,--

2. Prognosezeitraum 5 Jahre (ermittelte Fluktuationsquote 20 % pro Jahr)

2019:	EUR 50.000,--	
./.. 20 %	(EUR 10.000,--)	EUR 40.000,--
2020:	EUR 40.000,--	
./.. 20 %	(EUR 8.000,--)	EUR 32.000,--
2021:	EUR 32.000,--	
./.. 20 %	(EUR 6.400,--)	EUR 25.600,-
2022:	EUR 25.600,--	
./.. 20 %	(EUR 5.120,--)	EUR 20.480,--
2023:	EUR 20.480,--	
./.. 20 %	(EUR 4.096,--)	<u>EUR 16.384,--</u>
		EUR 134.464,--

3. Abzinsung: pauschal 10 % **EUR 121.018,--**

4. Billigkeit

Abzuziehen ist der Kapitalwert einer vom Unternehmen an den Handelsvertreter zu zahlenden Altersversorgung in Höhe von

EUR 48.000,--
EUR 73.018,--

Zweiter Schritt: Höchstbetrag

Durchschnittsprovision der letzten 5 Jahre

2014:	EUR	120.000,--
2015:	EUR	110.000,--
2016:	EUR	115.000,--
2017:	EUR	110.000,--
2018:	<u>EUR</u>	<u>100.000,--</u>
	EUR	555.000,--
dividiert durch 5 =	EUR	111.000,--

Ergebnis:

Der Höchstbetrag liegt höher als der „Rohausgleich“, mithin schuldet das Unternehmen eine Ausgleichszahlung in Höhe von

EUR 73.018,--

4. Ausschluss des Ausgleichsanspruches

Der Ausgleichsanspruch **besteht nicht**, wenn

- der **Handelsvertreter** das Vertragsverhältnis gekündigt hat, es sei denn, dass ein Verhalten des Unternehmens hierzu begründeten Anlass gegeben hat oder dem Handelsvertreter eine Fortsetzung seiner Tätigkeit wegen seines Alters oder wegen Krankheit nicht zugemutet werden kann, **oder**
- das **Unternehmen** das Vertragsverhältnis gekündigt hat und für die Kündigung ein wichtiger Grund wegen schuldhaften Verhaltens des Handelsvertreters vorlag, **oder**
- aufgrund einer **Vereinbarung** zwischen dem Unternehmen und dem Handelsvertreter ein Dritter anstelle des Handelsvertreters in das Vertragsverhältnis eintritt, wobei diese Vereinbarung nicht vor Beendigung des Vertragsverhältnisses getroffen werden kann.

a. Kündigung durch den Handelsvertreter

Grundsätzlich verhindert die **Eigenkündigung** des Handelsvertreters die Entstehung des Ausgleichsanspruchs (§ 89 b Abs. 3 Nr. 1 HGB). Die gesetzliche Regelung ist eng auszulegen.

Auf **eine einvernehmliche** Auflösung des Vertrages ist die Vorschrift daher selbst dann **nicht** entsprechend anwendbar, wenn die Initiative hierzu vom Handelsvertreter ausgegangen ist. Hat jedoch der Handelsvertreter ohne begründeten Anlass gekündigt, bleibt es im allgemeinen beim Ausschluss des Ausgleichs, auch wenn danach der Vertrag einvernehmlich sofort beendet, die Kündigungsfrist also aufgehoben wird.

aa. Kündigung aus begründetem Anlass

Trotz Eigenkündigung behält der Handelsvertreter seinen Ausgleichsanspruch, wenn ein **Verhalten des Unternehmens** hierzu begründeten Anlass gegeben hat.

Der Handelsvertreter muss weder seinen Grund bei Ausspruch der Kündigung **nennen** noch ist es ihm verwehrt, Kündigungsgründe **nachzuschieben**, sofern dieselben nur im Zeitpunkt der Kündigungserklärung bereits vorlagen (unabhängig davon, ob er sie überhaupt kannte).

In der juristischen Literatur wird sogar die Auffassung vertreten, dass selbst dann, wenn das Unternehmen erst **nach Ausspruch** der Kündigung durch den Handelsvertreter den begründeten Anlass geschaffen hat, dies zum Erhalt des Ausgleichs führt. Der bloße Lauf der Kündigungsfrist gebe dem Unternehmen keinen „Freibrief“, sich nicht vertragsgerecht zu verhalten.

Das Verhalten des Unternehmens kann in einem **Tun oder Unterlassen** bestehen. Dabei müssen indessen die Anforderungen, die an einen wichtigen Grund i. S. des § 89 a HGB gestellt werden (vgl. hierzu Handelsvertreterrecht Teil 2 Ziff. 3. a.) nicht erfüllt sein. Selbst ein rechtmäßiges Verhalten kann einen begründeten Anlass geben, wenn dem Handelsvertreter eine Fortsetzung nach Treu und Glauben **nicht** mehr **zumutbar** ist. Hierbei ist das eigene Verhalten des kündigenden Handelsvertreters mit zu berücksichtigen.

Bei der Frage, ob ein Verhalten des Unternehmens begründeten Anlass zur Kündigung gegeben hat, kann im Einzelfall auch zu prüfen sein, welche **Bedeutung** der Handelsvertreter diesem selber **beigemessen** hat. Hat er daraus während des Bestehens des Vertrages keine Folgerungen gezogen und auch die Kündigung darauf nicht gestützt, beruft sich vielmehr auf dieses Verhalten erst Jahre später im Rechtsstreit um den Ausgleichsanspruch, kann im allgemeinen nicht davon ausgegangen werden, dass das Unternehmen begründeten Anlass zur Kündigung gegeben hat.

Allerdings ist der Ausgleichsanspruch nicht von vornherein dadurch ausgeschlossen, dass der Handelsvertreter **fristlos** (§ 89 a HGB) kündigt, obgleich ihm das Abwarten der Kündigungsfrist zuzumuten gewesen wäre. Entscheidend ist nur, dass er einen begründeten Anlass hatte. Das Unternehmen hat jedoch in diesen Fällen das Recht, selbst fristlos – und damit ausgleichsausschließend – zu kündigen, was dann aber auch tatsächlich geschehen muss. Der spätere Einwand, dass die Möglichkeit hierzu bestanden hätte, reicht nicht aus.

Nachstehend seien beispielhaft einige **Gründe** für eine ausgleichserhaltende Kündigung des Handelsvertreters aufgeführt:

- **Abwerbung** eines Angestellten, eines Untervertreeters oder von Kunden des Handelsvertreters.
- **Beleidigende Äußerungen** gegenüber dem Handelsvertreter, wobei es auf die Schwere und die Umstände ankommen wird. Eine **Abmahnung** kann erforderlich sein.
- Einsatz eines anderen Handelsvertreters im Bezirk des **Alleinvertreters** ohne dessen Zustimmung.
- Einseitige **Bezirksverkleinerung** oder Herausnahme von Kunden ohne wirksamen vertraglichen Vorbehalt (vgl. hierzu Handelsvertreterrecht Teil 2 Ziff. 2. b.))
- Einbehalt oder Kürzung von **Provisionen**. Gleiches gilt für die Verletzung der Provisionsabrechnungspflicht. Es ist stets zu prüfen, ob eine Abmahnung erforderlich ist.
- Nachträglicher Eintritt einer **Konkurrenzsituation** bei einer Sortimentserweiterung, auch wenn der Handelsvertreter das Unternehmen in dessen Einverständnis in dem erweiterten Bereich nicht vertreten soll, er aber dort bereits für ein Konkurrenzunternehmen tätig ist.
- Unwirksame **Freistellung** des Handelsvertreters.
- Fristlose **Kündigung** des Unternehmens, ohne hierzu berechtigt zu sein.
- **Betriebs- und Unternehmensveräußerung** durch sogenannten **asset deal** (vgl. hierzu Handelsvertreterrecht Teil 2 Ziffer 5. e.). Das gilt grundsätzlich auch bei einem „Übernahmeangebot“ des Erwerbers, wobei eine Ablehnung eventuell im Rahmen der Billigkeit anspruchsmindernd berücksichtigt werden kann.
- **Umstrukturierung** in Produktion oder Vertrieb, soweit das Vertragsverhältnis hierdurch unzumutbar beeinträchtigt wird.
- Verstoß gegen **Unterrichtungspflichten**. Schwere und/oder Häufigkeit ist entscheidend. Zumeist wird eine Abmahnung erforderlich sein.
- Das Unternehmen verlangt für die Fortsetzung eines „**Kettenvertrages**“, neue und nicht hinnehmbare Änderungen; die einer Kündigung gleichkommende Ablehnung des Handelsvertreters hindert die Entstehung eines Ausgleichsanspruches nicht (vgl. hierzu – sowie zu einem Vertrag mit **Verlängerungsklausel** – Handelsvertreterrecht Teil 2, Ziff. 4.).

- Liegen die Voraussetzungen für einen **wichtigen Grund** i. S. des § 89 a HGB vor, ist damit auch ein „begründeter Anlass“ zu bejahen; im umgekehrten Fall gilt dies indessen nicht.

bb. Kündigung wegen Alter und Krankheit

Der Handelsvertreter kann ferner ausgleichserhaltend aus Alters- oder Krankheitsgründen kündigen, wenn diese zur Unzumutbarkeit einer Fortsetzung des Handelsvertretervertrages führen.

Von der Rechtsprechung noch nicht entschieden ist die Frage, ob sich der Handelsvertreter auf die einschlägigen **Gründe** bei Ausspruch der Kündigung **berufen** muss. Die h. M. verneint dies und hält es für ausreichend, dass die Gründe bei der Kündigungserklärung objektiv vorlagen. Es dürfte jedoch nichts dagegen sprechen, die Gründe anzugeben.

(1) Alter

Eine absolute **Altersgrenze** ist weder im Gesetz festgelegt noch von der Rechtsprechung geschaffen worden. Als unproblematisch wurden indessen immer die Fälle einer Kündigung mit Erreichen des allgemeinen Rentenalters angesehen. Schematisierungen verbieten sich jedoch, so dass durchaus auch Fälle denkbar sind, in denen dem Handelsvertreter die weitere Tätigkeit auch schon zu einem früheren Zeitpunkt **„wegen Alters unzumutbar“** ist. Vertragliche Festlegungen einer Altersgrenze dürften im allgemeinen – im Gegensatz zum Arbeitsrecht – auch für die Zeit vor Erreichung des allgemeinen Rentenalters verbindlich sein.

(2) Krankheit

Eine Krankheit im Sinne des Gesetzes liegt dann vor, wenn eine Störung des gesundheitlichen Zustands schwerwiegend und von nicht absehbarer Dauer ist und dadurch zu einer auch mit Ersatzkräften nicht behebbaren **nachhaltigen Verhinderung** in der Absatztätigkeit für den Unternehmer führt. Das ist notfalls durch ein Sachverständigengutachten zu belegen.

Maßgebend hierbei ist das Kriterium der **„Unzumutbarkeit“**. Das gilt zwar auch bei einer Kündigung aus Altersgründen, führt aber bei einer krankheitsbedingten Kündigung ungleich häufiger zu Streit zwischen Handelsvertreter und Unternehmen. Es ist keineswegs eine generelle Erwerbsunfähigkeit erforderlich. Auch muss der Mehrfirmenvertreter nicht sämtliche Vertretungen aufgeben, wenn er nachvollziehbar darstellen kann, dass ihm gerade eine einzelne Vertretung im Hinblick auf seinen Alters- oder Gesundheitszustand zu viel Arbeit macht.

Andererseits reicht ein hoher Grad der Schwerbehinderung allein zur Begründung der Unzumutbarkeit nicht aus, liefert jedoch ein Indiz für die Erheblichkeit der Gesundheitsbeeinträchtigung. Im übrigen sind alle **Umstände des Einzelfalles** zu berücksichtigen (z. B. eigene Reisetätigkeit, Größe des Gebietes, Häufigkeit der Kundenbesuche, Mitarbeiter im Betrieb des Handelsvertreters, technische Ausstattung seines Büros etc., aber auch die angemessene Möglichkeit von Anpassungen, um die Behinderungen durch die Krankheit eventuell zu kompensieren).

Die tatsächliche **Aufgabe** der Tätigkeit bzw. deren erhebliche Reduzierung ist nach dem Gesetzeswortlaut **nicht** Voraussetzung für das Bestehenbleiben des Ausgleichsanspruches dem Grunde nach. Das Gesetz stellt auf den (objektiven) Begriff der Unzumutbarkeit ab.

Liegen die Voraussetzungen vor, die eine Fortsetzung des Vertragsverhältnisses krankheitsbedingt unzumutbar machen, wird dem Handelsvertreter ermöglicht, zu kündigen, ohne seinen Ausgleichsanspruch deswegen zu verlieren. Entschließt er sich dennoch, seine berufliche Tätigkeit **nicht einzustellen**, kann dem im Rahmen der **Billigkeitsprüfung** hinreichend Rechnung getragen werden.

(3) Besonderheiten bei Vertretergesellschaften

Zu bedenken ist, dass aus der Natur der Sache heraus eine Vertretergesellschaft **nicht „alt“** oder **„krank“** werden kann. Dies gilt gleichermaßen für eine Kapitalgesellschaft (GmbH oder AG) wie für eine Personengesellschaft (OHG, KG).

Dieser Grundsatz dürfte sich nunmehr auch auf eine **GbR** erstrecken, nachdem der BGH dieser eine Rechtsfähigkeit zuerkannt hat. Abschließend geklärt ist dies bislang von der Rechtsprechung allerdings noch nicht (wobei stets zu berücksichtigen ist, dass die ein Handelsgewerbe betreibende GbR rechtlich eine OHG ist bzw. zu dieser wird).

Ausnahmen von diesem Grundsatz werden indessen in der juristischen Literatur für die Fälle anerkannt, in denen es sich bei der Gesellschaft **„wirtschaftlich faktisch“** um eine **Ein- Personen- Gesellschaft** handelt, weil die Tätigkeit einer anderen Person als des „maßgebenden Handelsvertreters“ vertragswidrig oder für das Unternehmen nicht zumutbar wäre.

Die Instanzenrechtsprechung erkennt ebenfalls die Möglichkeit von Abweichungen vom genannten Grundsatz an, verlangt hierfür aber, dass der Handelsvertretervertrag mit einer bestimmten Person (zumeist Geschäftsführer und/oder Gesellschafter) **„steht und fällt“**, wobei dies zumindest konkludent im Vertrag seinen Niederschlag gefunden haben muss. Soweit diese Voraussetzungen im Einzelfall bejaht werden können, ist es unerheblich, ob es sich um eine Personen- oder um eine Kapitalgesellschaft handelt. Um diesbezügliche Unklarheiten und damit bei Vertragsende entstehende Streitigkeiten zu vermeiden, ist es empfehlenswert, ausdrücklich im

Vertrag zu **vereinbaren**, dass dann, wenn in der Person eines bestimmten Gesellschafters/Geschäftsführers/Mitarbeiters die Voraussetzung des § 89 Abs. 3 HGB im Hinblick auf „Alter oder Krankheit“ eintreten (oder wenn er stirbt), der Vertrag außerordentlich (eventuell fristlos) gekündigt werden kann und der Ausgleichsanspruch zugunsten der Gesellschaft entsteht.

b. Kündigung durch das Unternehmen

aa. Wichtiger Grund

Für den **Begriff** des wichtigen Grundes gelten die gleichen Grundsätze **wie bei § 89 a HGB** (fristlose Kündigung); hierauf sei verwiesen (vgl. Handelsvertreterrecht Teil 2 Ziffer 3. a. bb.).

Beispielhaft seien an dieser Stelle folgende Tatbestände erwähnt:

- **Beleidigende** Äußerungen des Handelsvertreters, wobei alle Umstände des Einzelfalles zu bewerten und abzuwägen sind. Die Erforderlichkeit einer Abmahnung ist stets zu prüfen.
- Verletzung der **Berichtspflicht**. Dies jedenfalls dann, wenn überhaupt keine Informationen gegeben werden. Abwägung im Einzelfall. Es wird grundsätzlich eine Abmahnung erforderlich sein.
- Ausübung einer **Konkurrenztätigkeit** ohne Genehmigung.
- Ein **Umsatzrückgang** kann einen wichtigen Kündigungsgrund darstellen, wenn er auf einer schuldhaften (siehe nachfolgend unter bb.) Pflichtverletzung des Handelsvertreters beruht; man wird jedoch Art und Umfang dieser Pflichtvernachlässigung ebenso berücksichtigen müssen, wie eine Abmahnung erforderlich sein dürfte.
- Die Erklärung des Handelsvertreters, dass er nicht weiter für das Unternehmen tätig sein, aber andererseits an dem Vertrag festhalten will, weil sie eine **Erfüllungsverweigerung** der wesentlichen Vertragspflicht, Geschäfte zu vermitteln, darstellt.
- Übernahme einer **Zusatzvertretung** ohne Zustimmung des Unternehmens, obgleich im Vertrag ausdrücklich deren Erforderlichkeit vereinbart worden ist.

bb. Schuldhaftes Verhalten

Zum wichtigen Grund hinzutreten muss allerdings stets ein „**schuldhaftes Verhalten**“ des **Handelsvertreters**. Ein solches von dessen Erfüllungsgehilfen (also z. B. von Angestellten, Reisenden oder Untervertretern) reicht nicht aus; in diesen Fällen kommt aber eventuell ein Auswahl- oder Überwachungsverschulden des Handelsvertreters in Betracht.

Die **Darlegungs- und Beweislast** für das Vorliegen eines schuldhaften Verhaltens des Handelsvertreters (ebenso für den wichtigen Grund) trifft den **Unternehmer**.

Die Frage, ob ein wichtiger Grund wegen schuldhaften Verhaltens zur Versagung des Ausgleiches führt, hat unter **Billigkeitsgesichtspunkten** beantwortet zu werden. Dabei ist die Schwere eines etwaigen **Verstoßes** in ein Verhältnis zum **früheren Verhalten** des Handelsvertreters zu setzen. War er viele Jahre vertragstreu und hat mit beträchtlichem Erfolg gearbeitet, sind an die Kündigung höhere Anforderungen zu stellen.

cc. Kündigung

Sofern das **Unternehmen** aus wichtigem Grunde wegen schuldhaften Verhaltens des Handelsvertreters **hätte kündigen** können, jedoch der **Tod** des Handelsvertreters der Erklärung zuvorgekommen ist, ist der Ausgleichsanspruch zugunsten des Handelsvertreters entstanden. Eine Korrektur kann allenfalls im Wege der Billigkeit erfolgen.

Umgekehrt bleibt es bei der Versagung des Ausgleichsanspruches, wenn das Unternehmen aus wichtigem, vom **Handelsvertreter** verschuldetem Grund, gekündigt hat, aber der Handelsvertreter seinerseits zuvor ausgleichserhaltend wegen eines Verhaltens des Unternehmers **hätte kündigen** können. Auch hier gilt (wie im umgekehrten Fall, vgl. oben unter Ziff. 4. a. aa.), dass die – unterstellte – Kündigung des Handelsvertreters ihm keinen „Freibrief“ für ein vertragswidriges Verhalten während der Kündigungsfrist gegeben hätte.

Die Kündigung kann **fristlos oder ordentlich** ausgesprochen werden. Die Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB gilt nicht, regelmäßig wird jedoch ein Kündigungsausspruch ab zwei Monaten nach Bekanntwerden der maßgeblichen Umstände nur noch eine fristgemäße Kündigung rechtfertigen (siehe hierzu auch Handelsvertreterrecht Teil 2 Ziff. 3. a.).

Auf ein Urteil des EuGH aus dem Jahre 2010 zurückgehend wird nunmehr einhellig in Rechtsprechung und Literatur gefordert, dass die **Kündigung** und der **wichtige Grund** in einem unmittelbaren **Kausalitätsverhältnis** zueinander stehen. D. h., der Unternehmer muss beweisen, dass er wegen der Umstände, die den wichtigen Grund seiner Auffassung nach rechtfertigen, gekündigt hat, was deren Nennung in der Kündigungserklärung empfehlenswert macht. Das **spätere Entstehen** eines solchen wichtigen

Grundes oder dessen **Bekanntwerden** nach Ausspruch kann also nur zum Anlass für eine neue Kündigungserklärung gemacht werden (insbesondere führt ein Nachschieben der Gründe nicht mehr zu einem Ausgleichsverlust). Wird nicht erneut gekündigt, können diese Umstände nur noch im Rahmen der **Billigkeit** Berücksichtigung finden.

c. Eintritt eines neuen Handelsvertreters aufgrund Vereinbarung

Gemäß § 89 b Abs. 3 Nr. 3 HGB entsteht ein Ausgleichsanspruch dann nicht, wenn aufgrund einer Vereinbarung zwischen dem Unternehmen und dem Handelsvertreter ein **Dritter** anstelle des Handelsvertreters in **das Vertragsverhältnis eintritt**.

Dabei geht der Gesetzgeber von der Überlegung aus, dass der Handelsvertreter seine Rechte und Pflichten aus dem Vertragsverhältnis im Einverständnis mit dem Unternehmen nur dann auf einen Dritten übertragen wird, wenn er von diesem mit einer entsprechenden Gegenleistung für die Übertragung der Vertretung abgefunden worden ist. Gleichwohl ist ein solches Entgelt für die Anwendbarkeit der Bestimmung nicht erforderlich.

Die gesetzliche Regelung gibt Anlass, auf die Problematik der **Vertretungsverkäufe, Ausgleichsabwägungsvereinbarungen und Einstandszahlungen** einzugehen. Dabei sind folgende Unterscheidungen zu beachten:

aa. Übertragung einer einzelnen Vertretung

Der Handelsvertreter kann die **einzelne Vertretung** durch einen Vertrag mit dem Nachfolger auf diesen übertragen; zumeist wird es sich um einen Verkauf handeln, aber auch unentgeltliche Regelungen (z. B. bei Nachfolge innerhalb der Familie) sind denkbar. Sinn macht dies für den Erwerber aber nur dann, wenn das **Unternehmen zustimmt**, also damit einverstanden ist, dass der Nachfolger das Vertragsverhältnis fortführt (mit gleichen oder auch geänderten Konditionen).

Dieser Fall ist **gesetzlich** im Verhältnis ausscheidender Handelsvertreter / Unternehmen insoweit **geregelt**, als der **Ausgleichsanspruch nicht** zur **Entstehung** gelangt. (Zwar ist nach dem Wortlaut des Gesetzes die Übertragungsvereinbarung zwischen Unternehmen und Handelsvertreter entscheidend, aber die Rechte und Pflichten aus dem Vertragsverhältnis können nicht ohne Mitwirkung des Nachfolgers übergehen.)

Auf der anderen Seite „holt“ sich regelmäßig der Vorgänger durch die Veräußerungsvereinbarung mit dem Nachfolger seinen verloren gehenden **Ausgleich „wieder“** (freilich kann vom Erwerber ein Entgelt auch gezahlt werden, wenn ein Ausgleichsanspruch des Veräußerers nicht oder nicht in entsprechender Höhe besteht).

Zu beachten ist indessen, dass nach dem **Gesetz** eine Vereinbarung des Vorgängers mit dem Nachfolger nicht gefordert wird, so dass der Ausgleichsanspruch auch bei ihrem Fehlen ausgeschlossen ist.

Deshalb ist es umso wichtiger für den Vorgänger, stets **Regelungen** über das Schicksal des **Ausgleichsanspruches** (bzw. dessen wirtschaftliche Kompensation, also den Kaufpreis) zu treffen. Das gilt insbesondere dann, wenn der Vorgänger sich nicht selbst um einen Erwerber kümmert (dann wird er wohl kaum die Entgeltabrede vergessen), sondern sich lediglich mit dem Unternehmen über die Nachfolge einigt und hierbei schlechterdings übersieht, dass er ohne entsprechende Regelung seinen Ausgleich verliert. Aber auch in den Fällen der unentgeltlichen Vertragsnachfolge sind dies Überlegungen von hoher Bedeutung.

Was die **Rechte** des **Nachfolgers** anbelangt, so fehlt noch eine höchstrichterliche Entscheidung darüber, ob die vom **Vorgänger** erworbenen Kunden dem Nachfolger bei Ende des übernommenen Vertrages mit dem Unternehmen automatisch als „**seine**“ **Neukunden** zurechnen sind (so eine in der Literatur vertretene Auffassung) oder ob dies nur dann der Fall ist, wenn hierüber eine **ausdrückliche Vereinbarung** getroffen wurde (so die herrschende Meinung). Folgt man der herrschenden Meinung, so kann es dazu kommen, dass der Unternehmer schlussendlich keinerlei Ausgleich zu zahlen hat – an den Vorgänger nicht wegen der Vertragsübernahme, an den Nachfolger nicht, weil dieser weder Neukunden erworben noch Altkunden intensiviert hat. Das wäre bei einer ausreichenden Dauer des übernommenen Vertrags hinzunehmen. **Endet** der Vertrag hingegen **früher** als dies vom Unternehmen und Nachfolger im Hinblick auf eine Amortisation angenommen worden ist, kann dem Nachfolger ein Anspruch auf teilweise **Erstattung** des von ihm an den Vorgänger gezahlten Betrages gegen das Unternehmen zustehen. Ob die Voraussetzungen hierfür vorliegen, wird aber zumeist streitig sein, weshalb man in die Nachfolgevereinbarung eine **Klausel aufnehmen** sollte, dass eine **kürzere Vertragsdauer** als die, welche von den Parteien zugrunde gelegt wird, entweder gar nicht zu kompensieren ist (alleiniges Risiko beim Nachfolger) oder zu einer Anpassung des Kaufpreises (ggf. mit teilweiser Rückzahlungsverpflichtung) zu führen hat.

Selbstverständlich ist es auch möglich, zu regeln, dass das **Unternehmen** die geänderten Umstände finanziell **ausgleicht**. Das dürfte jedoch in der Praxis vom Unternehmer nur dann akzeptiert werden, wenn die vertraglichen Regelungen, insbesondere die Beendigung des Vertrages mit dem Vorgänger, maßgeblich (auch) in seinem Interesse und/oder auf seine Initiative hin erfolgt sind.

Bei Annahme der **automatischen Zurechnung** aller Ausgleichsanswartschaften des Vorgängers zugunsten des Nachfolgers (so ein Teil der juristischen Literatur, siehe oben) oder bei Vereinbarung einer solchen Rechtsfolge zwischen Nachfolger und Unternehmer (**„Neukundenklausel“**) bedarf es hingegen der vorstehend aufgeführten **„Kompensationsregelungen“** regelmäßig **nicht**.

Die **Zahlungsmodalitäten** sollten die Parteien ebenfalls sorgfältig durchdenken Die für den Vorgänger günstigste Lösung ist natürlich die Zahlung im Wege eines Einmalbetrages, für den Nachfolger sind häufig Ratenzahlungen oder auch Zahlungen gegen Rente/dauernde Last weniger einschneidend. Auch gibt es die Möglichkeit einer prozentualen Beteiligung am Betriebsergebnis. Der Vorgänger muss sich allerdings darüber im Klaren sein, dass alle Lösungen, die von dem Grundsatz der sofortigen vollen Kaufpreiszahlung abweichen, für ihn mit Ausfallrisiken behaftet sind.

Sämtliche Vereinbarungen zum Eintritt eines Nachfolgers in den Vertrag eines Vorgängers sind **unwirksam**, wenn sie **vor Ende** des Handelsvertreterverhältnisses getroffen werden.

bb. Verkauf des gesamten Handelsvertretungsunternehmens

Des Weiteren gibt es die Möglichkeit, das **gesamte Handelsvertretungsunternehmen**, also nicht nur eine einzelne Vertretung, an einen Nachfolger **zu veräußern**. Das kann durch einen sogenannten asset- deal oder durch einen sogenannten share- deal vonstattengehen. Bei einem **asset- deal** wird das gesamte Unternehmen durch Übertragung einzelner Gegenstände veräußert. Das heißt, es ist beispielsweise zu regeln, was mit dem Anlage- und Umlaufvermögen zu geschehen hat, wem offene Forderungen zustehen, wer in welchem Umfang für Verbindlichkeiten haftet und wie es sich mit dem Eintritt in die (sonstigen) laufenden Verträge verhalten soll. Vereinbarungen zu weiteren Rechten und Pflichten werden häufig – auch in Abhängigkeit zu Größe und Struktur des Unternehmens – hinzukommen. Die Übertragung eines Einzelunternehmens ist nur durch einen asset- deal möglich (sieht man von dem Sondertatbestand der Ausgliederung nach dem Umwandlungsgesetz ab). Auch hier muss allerdings sichergestellt werden, dass der Erwerber die Vertretung weiterführen kann. Es bedarf also der **Zustimmung** der Unternehmen, für die damit ebenfalls keine Ausgleichsverpflichtung entsteht; insoweit kann auf die Ausführungen zum vorangegangenen Punkt (Ziff. 4. c. aa.) verwiesen werden.

Demgegenüber können Personen- (GbR, OHG, KG) und Kapitalgesellschaften (GmbH und AG) sowohl im Wege des asset- als auch im Wege des **share- deals** veräußert werden. Bei letzterem handelt es sich um die Übertragung / Abtretung der Gesellschafts- bzw. Geschäftsanteile. Hierbei bedarf es insbesondere – statt der Einzelregelungen beim asset- deal – dezidiert Vereinbarungen über das Schicksal der einzelnen Gesellschafterkonten sowie der nicht entnommenen Gewinne. Einzelheiten sind in jedem speziellen Fall – unter Einschluss einer umfassenden Haftungs- und Mängelanspruchsregelung nebst weiterer Aspekte – sorgfältig zu durchdenken und zu Papier zu bringen. Das sollte nicht ohne qualifizierte Rechtsberatung vonstattengehen, wobei die Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen ohnehin der notariellen Beurkundung bedarf.

Infolge des Umstandes, dass der Vertragspartner des Unternehmens (die Handelsvertretergesellschaft) bei einem share- deal der gleiche bleibt und lediglich die Anteilseigner (Gesellschafter) wechseln, bleibt der **Handelsvertretervertrag** hiervon unberührt. Der **Zustimmung** des Unternehmens bedarf es nur, wenn das im Handelsvertretervertrag vereinbart ist.

cc. Übernahme der Ausgleichsverpflichtung durch den Nachfolger

Von den vorstehenden Konstellationen ist die Variante zu unterscheiden, dass der Vertreternachfolger gegenüber dem Unternehmen dessen **Ausgleichsverpflichtung übernimmt**. Stimmt der Vorgänger dem ausdrücklich dergestalt zu, dass der Ausgleich nur noch vom Nachfolger zu zahlen ist, handelt es sich um eine **befreiende Schuldübernahme**. Natürlich wird der Nachfolger dies nur dann tun, wenn er die Vertretung „übernehmen“ kann.

Das geschieht dann aber ohne Vereinbarung des Vorgängers mit dem Unternehmen allein durch Abschluss eines neuen Handelsvertretervertrages mit dem Nachfolger, so dass die gesetzliche Regelung des § 89 b Abs. 3 Nr. 3 HGB nicht anwendbar ist und der Ausgleichsanspruch des Vorgängers gegen das Unternehmen entsteht. Der **Nachfolger** muss für die Sicherstellung seiner Rechte gegenüber dem Unternehmen („Neukundenklausel“, „Amortisationsregelung“, vgl. oben unter Ziff. 4. c. aa.) Sorge tragen.

Der **ausscheidende** Handelsvertreter kann einer solchen befreienden Schuldübernahme **nicht im Voraus** zustimmen (§ 89 b Abs. 4 S. 1 HGB).

Er sollte sich dessen ungeachtet auch unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten sehr wohl überlegen, ob er nicht sein Einverständnis zur Entlassung des Unternehmens aus der Schuldhafteit verweigert, so dass nur die Möglichkeit bliebe, dass neben dem Unternehmen auch der Nachfolger **der Ausgleichspflicht beitrifft** oder die Zahlungsvereinbarung zwischen Unternehmen und Nachfolger nur Rechtswirkungen zwischen diesen entfaltet (**Erfüllungsübernahme**).

dd. Ausgleichsabwälzungsvereinbarung / Einstandszahlung

Bei den sogenannten **Ausgleichsabwälzungsvereinbarungen** zahlt das Unternehmen dem ausscheidenden Handelsvertreter zwar seinen Ausgleich, holt sich diesen aber durch entsprechende Vereinbarung vom Nachfolger (vollständig oder zum Teil) wieder. Dieser erhält hierfür (sollte jedenfalls hierfür erhalten) - wie bei den anderen Varianten auch - praktisch „als Gegenleistung“ einen mehr oder weniger „eingeführten Kundenbezirk“, einen festen „Kundenstamm“ und/oder sonstige Vorteile. Die Vereinbarungen werden ausschließlich zwischen Unternehmen und Nachfolger getroffen, der Vorgänger wirkt nicht mit.

In der Praxis nicht selten sind auch sogenannte **Einstandszahlungen**, wonach ein Handelsvertreter, **ohne** dass dies im Zusammenhang mit einem Ausgleich, den das Unternehmen an einen Vorgänger gezahlt hat, stünde, allein für die Übernahme der Vertretung an das Unternehmen einen Betrag entrichtet. Die in letzter Zeit ergangene Rechtsprechung zu diesem Problembereich betrifft sowohl Ausgleichsabwälzungsvereinbarungen als auch Einstandszahlungen. Wenngleich ursprünglich der Bundesgerichtshof nur zu ersteren Stellung genommen hat, zeichnet sich doch ab, dass **beide** Komplexe in ihrer rechtlichen Beurteilung **gleich** zu behandeln sind. Das leuchtet auch ohne Weiteres ein, denn aus Sicht des – schutzwürdigen – Nachfolgers ist allein entscheidend, unter welchen Konditionen, insbesondere gegen welche Gegenleistung, er die Vertretung übernehmen kann. Vernachlässigenswert für ihn ist hingegen der Umstand, ob und in welcher Höhe das Unternehmen an den Vorgänger einen Ausgleich gezahlt hat. Insofern sollen die Rechtsprechungsgrundsätze für **beide** Tatbestände wie folgt zusammengefasst werden:

(1) Zahlungsmodalitäten

Die Zahlungen können bereits zu Beginn des Vertragsverhältnisses **in einer Summe** erbracht werden, in der Praxis ist dies allerdings **nicht die Regel**. Vielmehr haben sich zwei Zahlungsvarianten als **üblich** herausgebildet:

- Einmal kann der **gesamte** Übernahmebetrag bis zum Vertragsende **gestundet** und dann – sofern existent - mit eigenen Ansprüchen des Handelsvertreters **verrechnet** werden. Die in diesem Zusammenhang häufig gebrauchte ausdrückliche Bezugnahme auf eine Aufrechnungsmöglichkeit mit dem Ausgleich des Handelsvertreters kann nach der Rechtsprechung ein Indiz für die Absicht sein, die Unabdingbarkeit des Ausgleichsanspruches (§ 89 b Abs. 4 S. 1 HGB) zu umgehen, weshalb den Kriterien für die Wirksamkeit derartiger Klauseln (vgl. dazu den nachstehenden Unterabschnitt unter (2)) hier besondere Aufmerksamkeit zu schenken ist (wenngleich – von Ausnahmefällen abgesehen – an sich nichts anderes gelten kann als bei sofortiger Zahlung oder bei Verrechnung mit den künftigen Provisionen).
- Die **zweite** in der Praxis vorkommende Variante besteht darin, dass der für die Übernahme der Vertretung zu zahlende Betrag **nach und nach** von den laufenden **Provisionen einbehalten** wird. Dies geschieht dergestalt, dass die Provisionszahlungen (zumeist) monatlich um einen bestimmten Betrag gekürzt werden, der dann entsprechend ausgewiesen und verrechnet wird.

(2) Wirksamkeit

Rechtsprechung und Literatur zur Frage der Wirksamkeit von Ausgleichsabwälzungs- und Einstandsvereinbarungen sind vielfältig. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass als Prüfungskriterien vorrangig § 89 b Abs. 4 S. 1 HGB (**Unabdingbarkeit des Ausgleiches** im Voraus) und § 138 BGB (**Sittenwidrigkeit**) herangezogen werden.

Danach gilt, dass derartigen Klauseln grundsätzlich dann die Wirksamkeit nicht versagt werden kann, wenn der Handelsvertreter für seine Zahlung eine **angemessene Gegenleistung** erhält. Das ist stets eine Frage des **Einzelfalls**, so dass in der einen Konstellation allein die (begründete) Aussicht, einen neuen Bezirk mit einem vielversprechenden Artikel aufbauen zu können, in einer anderen der Erhalt des von Vorgängern gut eingeführten Gebietes unter Übertragung der Allein- (zumindest der Gebiets-) vertretung ausreichend sein kann und in einer dritten Variante eine sogenannte Neukundenklausel (bei der die übernommenen Kunden dem Nachfolger bei Beendigung seines Vertrages als selbst geworbene Neukunden zugutekommen) erforderlich ist (wobei auch die Auffassung vertreten wird, dass ohne einen ausdrücklichen Ausschluss eine solche Zurechnung von den Parteien in der Regel gewünscht wird, also „automatisch“ als vereinbart gilt). In wiederum anderen Fällen könnte zu fordern sein, dass die dem Handelsvertreter versprochenen Provisionen über der Marktüblichkeit liegen oder dass es, z. B. aufgrund einer bekannten Marke, besonders leicht ist, Geschäfte zu vermitteln. Solche Vorteile des Handelsvertreters sind dann stets mit der Höhe der hierfür erbrachten Zahlung zu vergleichen.

Die obigen Grundsätze gelten entsprechend für sogenannte **formulärmäßige** (vgl. zum Begriff Handelsvertreterrecht Teil 1 unter Ziff. 1. c., S. 8 oben) Einstands- oder Ausgleichsabwägungsvereinbarungen. Der BGH hat diesbezüglich entschieden, dass diese Regelungen einer Wirksamkeitskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB nicht zu unterziehen sind, weil es nur um die Bewertung der Höhe des von einer Seite zu zahlenden Preises gehe, was der gerichtlichen Nachprüfung entzogen sei. Selbst wenn man jedoch anderer Ansicht sein sollte (wie z. T. die Instanzen- Rechtsprechung und die juristische Literatur) wird das Ergebnis das Gleiche sein.

Bei einer Stundung der Einstands-/Abwägungszahlung kann die Klausel, dass der jeweils noch ausstehende Restbetrag mit Vertragsende zu zahlen ist, auch deshalb unwirksam sein, weil eine Kündigung aus wichtigem Grund durch den Handelsvertreter nicht ausgenommen ist (**unzulässige Kündigungsbeschränkung** gemäß § 89 a Abs. 1 S. 2 HGB).

Andere Unwirksamkeitsgründe, wie z. B. die **Anfechtung** der Einstands-/Abwägungsabrede wegen arglistiger Täuschung (z. B. über die Umsätze, die Kunden oder ähnliches) bleiben unberührt.

Darlegungs- und **beweispflichtig** für die Behauptungen zur Unwirksamkeit einer solchen Klausel ist grundsätzlich der **Handelsvertreter**. Ihm können im Hinblick auf eine Umgehung des § 89 b Abs. 4 S. 1 HGB (Unabdingbarkeit) **Beweiserleichterungen** bis hin zu einer Beweislastumkehr zugute kommen, wenn seine Einstands-/ Abwägungszahlung erst bei Vertragsende erfolgen und mit dem Ausgleich verrechnet werden soll; insbesondere wenn dies nur in dessen tatsächlich entstandener Höhe stattfinden, also bei einem geringeren oder gar fehlenden Ausgleich die Zahlungsverpflichtung (ganz oder teilweise) entfallen soll.

(3) Vertragsbeendigung vor „Amortisation“ der Zahlung

Zumeist werden die Vertragspartner einer Ausgleichsabwägungs- bzw. Einstandsvereinbarung von einer **bestimmten Laufzeit des Vertrages** ausgehen, um dem Handelsvertreter die Möglichkeit einzuräumen, die **gezahlte Summe hereinzuholen**. **Endet** das Vertragsverhältnis früher als beabsichtigt, kann – je nach den Umständen des Einzelfalles – im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung dem Handelsvertreter entweder ein **Rückzahlungsanspruch** zugestanden werden (wenn er bereits in einem Betrag gezahlt oder über den Amortisationsbetrag hinaus Beträge entrichtet hat), oder das Unternehmen wird verpflichtet von der Einforderung **weiterer Beträge** (bei Ratenzahlung oder bei Zahlung durch Provisionsbehalt) **abzusehen** oder der Handelsvertreter hat nur einen der **Laufzeit angemessenen Teil** zu zahlen (bei vollständiger Stundung auf das Vertragsende).

Es ist daher zu empfehlen, in die Einstands-/Ausgleichsabwägungsvereinbarung eine **Klausel** hineinzunehmen, welche das Schicksal von gezahlten und ausstehenden Beträgen bei vorzeitiger Vertragsbeendigung regelt. Auch diese Klausel unterliegt freilich einer Wirksamkeitskontrolle unter Berücksichtigung der obigen Kriterien, d. h. sie muss die beiderseitigen Interessen ausgewogen berücksichtigen.

5. Unabdingbarkeitsgrundsatz und Geltendmachung

a. Keine Einschränkung im Voraus

Der Ausgleichsanspruch kann im Voraus weder vertraglich **ausgeschlossen** noch in irgendeiner Weise zum Nachteil des Handelsvertreters **eingeschränkt** werden. Gleichwohl getroffene Abreden entfalten keine Wirksamkeit.

Zulässig sind derartige Vereinbarungen frühestens zum Zeitpunkt der **Vertragsbeendigung**, da der Ausgleichsanspruch mit dem rechtlichen Ende des Vertragsverhältnisses entsteht (nicht im „voraus“). Die früher vom BGH zugelassene Ausnahme, dass eine Vereinbarung zwar vor dem Ablauf der Kündigungsfrist und nach Ausspruch der Kündigung getroffen worden ist, aber nachdem der Handelsvertreter seine Tätigkeit für das Unternehmen im gegenseitigen Einvernehmen bereits endgültig eingestellt hatte, gilt nach der neuen höchstgerichtlichen Rechtsprechung nicht mehr. Das Vertragsverhältnis muss also entweder zum Zeitpunkt der Vereinbarung bereits (rechtlich) beendet sein oder gleichzeitig mit dieser beendet werden.

Auf der anderen Seite sind die Parteien noch vor Vertragsende nicht gehindert, Abreden über den Ausgleichsanspruch **zu Gunsten** des Handelsvertreters (z. B. aus Vereinfachungsgründen die Durchschnittsvergütung der letzten 5 Vertragsjahre) zu treffen. Hierzu gehört auch der Tatbestand der – an sich – unwirksamen Ausgleichsbegrenzung, beispielsweise auf einen bestimmten Anteil der durchschnittlichen Jahresprovision. Die Rechtsprechung hat derartige Abreden im Sinne der Zubilligung eines **Mindestbetrages** zu Gunsten des Handelsvertreters ausgelegt; der Handelsvertreter ist berechtigt, die Differenz zum ordnungsgemäß berechneten Ausgleich nachzufordern.

Der Handelsvertreter kann auch selbst Vorausverfügungen über seinen Ausgleichsanspruch treffen. Er kann ihn **abtreten** oder **verpfänden**, falls dies nicht im Vertrag ausgeschlossen ist.

b. Geltendmachung

Der Ausgleichsanspruch muss innerhalb eines **Jahres** nach Beendigung des Vertragsverhältnisses **geltend gemacht** werden. Es handelt sich um eine gesetzliche Ausschlussfrist, die grundsätzlich weder gehemmt noch unterbrochen werden kann und auf die sich das Unternehmen auch nicht berufen muss, weil sie das Gericht von Amts wegen zu beachten hat.

Die Frist beginnt am Tag nach dem **rechtlichen Ende des Vertrages** und nicht bereits mit dem Einstellen der Tätigkeit des Handelsvertreters.

Eine Ausnahme gilt nur bei **Tod des Handelsvertreters**. Hier können seine Erben den Ausgleichsanspruch noch mindestens 6 Monate nach Annahme der Erbschaft geltend machen (§ 211 BGB analog). Das gleiche gilt, wenn der **Unternehmer selbst dazu beiträgt und Anlass gibt**, dass die in seinem Interesse liegende Frist für die Geltendmachung des Ausgleichsanspruches nicht eingehalten wird.

Die Geltendmachung kann sowohl **mündlich** als auch **schriftlich** geschehen, wobei sich aus Beweisgründen allerdings die Schriftform empfiehlt. Eine **Bezifferung** des Ausgleichsanspruches ist **nicht** erforderlich.

6. Vorauserfüllung des Ausgleichs

Der Grundsatz der Unabdingbarkeit verbietet es jedoch nicht von vornherein, den Ausgleichsanspruch schon während des Vertragsverhältnisses „**vorauszu erfüllen**“. Gemeint sind hier die Fälle, in denen das Unternehmen dem Handelsvertreter bestimmte Zahlungen während des laufenden Vertragsverhältnisses gewährt mit der Abrede, dass diese auf einen später entstehenden Ausgleichsanspruch anzurechnen sind.

Eine „Vorauserfüllung“ ist aber lediglich dann **zulässig**, wenn diese eindeutig als solche, also als Vorauszahlung auf den Ausgleich gekennzeichnet ist. Ferner muss sich feststellen lassen, dass auch ohne die Verrechnungsabrede die Parteien im konkreten Fall keine höhere Provision vereinbart haben würden, als dem Teil der vereinbarten Gesamtvergütung entspricht, der nach Abzug des zu verrechnenden Teiles verbleibt. Das Unternehmen hat dies zu beweisen. Dieser Beweis wird in aller Regel nur dann gelingen, wenn die vereinbarte **Gesamtvergütung deutlich über dem Üblichen** liegt und im konkreten Einzelfall auch keine besonderen Umstände vorliegen, die eine Überschreitung des üblichen Provisionssatzes erklären können. Darüber hinaus ist erforderlich, dass der Handelsvertreter zur **Rückzahlung** der zusätzlichen Vergütung verpflichtet ist, falls und soweit ein Ausgleichsanspruch am Ende des Vertragsverhältnisses nicht zur Entstehung gelangt. Genügt eine Vereinbarung diesen Kriterien nicht, ist sie **unwirksam**, die hierauf erbrachten Zahlungen können vom Unternehmen **nicht zurückgefordert** werden.

7. Verjährung

Der Ausgleich verjährt innerhalb der **gesetzlichen Regelfrist** von drei Jahren (§ 195 BGB), beginnend mit dem Schluss des Kalenderjahres, in welcher der Anspruch entstanden ist (§ 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Hierzu wiederum ist die **Fälligkeit** des Anspruches Voraussetzung. Nach herrschender Meinung tritt diese einen Tag nach Vertragsende (nach anderer Ansicht gleichzeitig mit diesem) ein.

Die Verjährungsfrist kann vertraglich **abgekürzt** werden. Hier gelten die gleichen Grundsätze wie sie bezüglich des Provisionsanspruches bereits erläutert worden sind (vgl. Handelsvertreterrecht Teil 1 Ziff. 7.).