

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: ja

HGB § 89 b

- a) Ein Eigenhändler (Vertragshändler) kann eine Ausgleichszahlung beanspruchen, wenn er bei Eingehung des Vertragsverhältnisses sich verpflichten mußte, dem Hersteller der von ihm vertretenen Erzeugnisse den geworbenen Kundenstamm in einer Weise zugänglich zu machen, daß sich der Hersteller beim Erlöschen des Eigenhändlerverhältnisses ohne weiteres selbst den von diesem geschaffenen Kundenstamm nutzbar machen kann.
den
- b) Unter/Provisionen, deren Verlust nach § 89 Abs. 1 Nr. 2 HGB eine Bemessungsgrundlage für den Ausgleichsanspruch bildet, sind ebenso wie unter den Provisionen im Sinne des Abs. 2 Bruttoprovisionen zu verstehen.

BGH, Urt. v. 11. Dezember 1958 - II ZR 73/57 - Kammergericht
LG Berlin

Verkündet

am 11. Dezember 1958

Pfauz, Justizangestellter

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der A [REDACTED] - W e r k e GmbH in Be [REDACTED],
G [REDACTED] str. [REDACTED], vertreten durch ihren Geschäfts-
führer August D [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED]-

gegen

die Carl B [REDACTED] AG in H [REDACTED], M [REDACTED]
[REDACTED], vertreten durch ihren Vorstand Hans B [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt
[REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]-

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 23. Oktober 1958 unter Mitwirkung der
Bundesrichter Dr. Haidinger, Dr. Fischer, Dr. Haager,
Liesecke und Dr. Reinicke
für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil
des 10. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom
20. Februar 1957 aufgehoben. Die Sache wird zur ander-
weiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die
Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurück-
verwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte ist Herstellerin von Adressier- und Prägemaschinen einer eingeführten Marke nebst dem erforderlichen Zubehör. Die Klägerin befaßt sich mit dem Verkauf von Büromaschinen und -möbeln. Die Beklagte hatte ihr vor mehr als 40 Jahren die "Alleinvertretung" d. h. den Alleinverkauf ihrer Erzeugnisse in eigenem Namen und auf eigene Rechnung für ein bestimmtes Gebiet übertragen. Der zuletzt für das Vertragsverhältnis maßgebliche Vertrag vom 1. Januar 1949 enthielt eine äußerst eingehende Regelung der Beziehungen zwischen den Parteien in der Art, wie sie zwischen Vertragshändlern und Herstellern von Markenartikeln üblich geworden ist. Neben der allgemeinen Pflicht zur nachdrücklichen Wahrung der Interessen des Herstellers enthielt der Vertrag insbesondere die Festlegung eines Mindestumsatzes durch den Händler, eine Benennung der Endpreise unter Einräumung eines Rabatts auf diesen Preis als Gewinnspanne des Händlers, das Verbot der Ausübung eines Konkurrenzbetriebes, eine eingehende Regelung von Werbung und Verkauf, darunter den grundsätzlichen Ausschluß des Verkaufs an bezirksfremde Kunden und die für gewisse Fälle mögliche unmittelbare Belieferung von Endverbrauchern durch die Beklagte und endlich eine ins einzelne gehende Berichtspflicht der Klägerin, die insbesondere nach jedem Verkauf die unverzügliche Benennung u. a. des Käufers, die periodische zusammenfassende Unterrichtung auch über die Käufer und die Art des gekauften Fabrikats umfaßte. Nach Erlöschen des Vertrages mußte die Klägerin alle zur Verfügung gestellten Rechnungs- und Auftragskopien, ferner Karteien, Kundenverzeichnisse usw. der Beklagten aushändigen. Die Beklagte hat das Vertragsverhältnis zum 31. Dezember 1955 gekündigt. Sie übertrug am 1. Januar 1956 den bisher der Klägerin überlassenen Alleinverkauf in demselben Umfange an eine andere Firma. Diese



Firma sollte der Klägerin als Abstandssumme während dreier Jahre einen Ausgleichsbetrag von 4 % ihres Warenumsatzes an Erzeugnissen der Beklagten, höchstens 50.000 DM jährlich, bezahlen. Die Klägerin lehnte diese Abfindung ab, da sie u. a. mit ihrer Verpflichtung verbunden sein sollte, sich in dieser Zeit jeglicher Geschäfte mit Adressiermaschinen und deren Zubehör zu enthalten. Sie hat seit 1. Januar 1956 die "Generalvertretung" der Firma "C. [REDACTED]", einer ausländischen Fabrik für Adressiermaschinen, inne.

Die Klägerin verlangt in entsprechender Anwendung der für Handelsvertreter geltenden Regelung eine Ausgleichszahlung, da ihre vertraglichen Beziehungen zu der Beklagten denen eines Handelsvertreters zu seinem Unternehmer entsprochen hätten. Sie hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an sie einen vom Gericht festzusetzenden angemessenen Ausgleich zu zahlen. Die Beklagte hat Klagabweisung beantragt, da sie aus Rechtsgründen eine Anwendung der für Handelsvertreter geltenden Regelung auf Eigenhändler für unzulässig hält, und da außerdem die tatsächlichen Voraussetzungen für einen Ausgleichsanspruch nicht gegeben seien. Außerdem bemängelt sie die Ausführungen der Klägerin zur Höhe des Ausgleichsanspruchs in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht.

Das Landgericht hat der Klägerin eine Ausgleichszahlung in Höhe von 150.000 DM, das Oberlandesgericht von 120.000 DM zugesprochen. Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage, während die Klägerin die Zurückweisung der Revision beantragt.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht geht zutreffend davon aus, daß

die Klägerin keine Handelsvertreterin gewesen sei, da sie nicht im Namen der Beklagten Geschäfte abgeschlossen, sondern von der Beklagten Waren bezogen und im eigenen Namen auf eigene Rechnung verkauft habe, also als Eigenhändler (Vertragshändler) tätig gewesen sei. Trotzdem wendet es die Regelung des § 89 b HGB, der dem Handelsvertreter unter gewissen Voraussetzungen nach Beendigung des Vertragsverhältnisses einen Ausgleichsanspruch gegen den Unternehmer zubilligt, auf die Beziehungen zwischen den Parteien an. Nach seiner Auffassung kommt der zwischen den Parteien abgeschlossene Eigenhändlervertrag nach Inhalt und wirtschaftlichem Zweck einem Handelsvertretervertrag gleich, so daß eine entsprechende Anwendung möglich und geboten sei. Es handle sich nicht um eine Sondervorschrift, die nicht entsprechend angewendet werden könne. Es führt dazu aus, § 89 b HGB bezwecke nicht den sozialen Schutz des Handelsvertreters, sondern diene dem Ausgleich der Bereicherung, die dem Unternehmer dadurch zugute komme, daß ihm nach Ausscheiden des Handelsvertreters die Ergebnisse von dessen Tätigkeit verblieben und nützten. In § 89 b HGB komme, wie in §§ 812 ff BGB, ein allgemeiner Rechtsgedanke zum Ausdruck, der entsprechender Anwendung zugänglich sei.

Gegen diese Auffassung des Berufungsgerichts wendet sich zunächst die Revision, indem sie unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte und die Rechtsprechung des Senats (BGHZ 24, 30 u. 214, 223) darzulegen sucht, daß § 89 b HGB analoger Anwendung nicht fähig sei, weil er eine Einzelregelung, nicht aber Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens darstelle. Diese Revisionsrüge ist unbegründet. Dem Richter wäre eine ergänzende Rechtsfindung im Wege der Gesetzes- oder Rechtsanalogie verwehrt, wenn der Gesetzgeber die enge Fassung, durch die nur einem eng umrissenen Personenkreis bestimmte Rechte zugebilligt werden, mit der Absicht gewählt hat, ihre Anwendung auf an-

dere Fälle auszuschließen (BAG 1, 328, 329; Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil 11. Bearb. § 58 II 4; G. und D. Reinicke NJW 1952, 1153). Der Gesetzestext enthält eine derartige Beschränkung nicht. Die Materialien ergeben ebenfalls keinen Anhaltspunkt für eine derartige Absicht des Gesetzgebers. Wenn auch das Gesetz zur Änderung des Handelsgesetzbuches vom 6. August 1953, durch das § 89 b eingefügt wurde, der Absicht entsprungen ist, dem durch die sozialen Umwälzungen seit 1918 in eine wirtschaftlich mehr abhängige Stellung zum Unternehmer geratenen Handelsvertreter allgemein einen weitergehenden Schutz als bisher zukommen zu lassen, und wenn daneben auch eine klarere Abgrenzung der Handelsvertreter von den Handlungsgehilfen erstrebt wurde (vgl. Amtl. Begr., Allgem. II), so ist doch weder in der Amtlichen Begründung des Regierungsentwurfs noch in den Beratungen und Beschlüssen des Bundesrates und Bundestages oder ihrer Ausschüsse zum Ausdruck gekommen, der Ausgleichsanspruch solle mit Bedacht ausschließlich dem Handelsvertreter zugebilligt werden. Wenn der Gesetzgeber die Anwendung hätte ausschließen wollen, dann hätte dies schon deshalb deutlich zum Ausdruck kommen müssen, weil eine gefestigte Rechtsprechung einzelne gesetzliche Bestimmungen aus dem Handelsvertreterrecht zum Teil auf Kommissionsagenten, zum Teil auch auf Eigenhändler angewendet hat (RGZ 65, 37; 92, 158; RG Recht 1907, 1066; RG WarnRspr 1908 Nr. 405; RG JW 1911, 158; 1917, 156 Nr. 6; 1929, 1291 Nr. 1; RG LZ 1920 Sp. 827; RG HRR 1934 Nr. 1298; RG DR 1942, 1226). Der Bundesgerichtshof hat auch nach dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Änderung des HGB vom 6. August 1953 Vorschriften des Handelsvertreterrechts auf Eigenhändler entsprechend angewendet (BGH NJW 1957, 1026; Betrieb 1958, 597). Dieser Rechtsprechung ist allerdings kein allgemeiner Rechtssatz des Inhalts zu entnehmen, daß auf Eigenhändlerverhältnisse generell die Bestimmungen des Handelsvertreterrechts

anzuwenden sind, wenn das Eigenhändlerverhältnis wirtschaftlich und tatsächlich im Innenverhältnis einem Handelsvertreterverhältnis entspricht (so Schröder, BB 1958, 252). Für die Entscheidung über die analoge Anwendung des § 89 b kommt es nicht so sehr darauf an, ob dieser Typ des Eigen(Vertrags)-Händlers, wie er sich im Wirtschaftsleben herausgebildet hat, in der praktischen Ausgestaltung der Beziehungen zum Fabrikanten im großen und ganzen die Stellung eines Handelsvertreters einnimmt. Deshalb ist es z.B. nicht ausschlaggebend, ob er als Generalvertreter bezeichnet wird, ob er mehr oder weniger Weisungen des Fabrikanten zu befolgen hat, ob er Preisbindungen unterworfen ist, ob er das Absatzrisiko und das damit verbundene Preisrisiko trägt und ob er unter einem Konkurrenzverbot steht (so Nipperdey, Sonderdruck aus der Festschrift für Hedemann, Handelsvertreter und Eigen(Vertrags)-Händler, und Schröder, BB 1958, 252).

Es ist vielmehr zu prüfen, ob der hinter den jeweiligen Einzelbestimmungen des Handelsvertreterrechts, z. B. auch in § 90 a HGB stehende gesetzgeberische Grundgedanke, den das Gesetz nur in seiner Anwendung auf eine bestimmte Fallgestaltung ausgesprochen hat, darüber hinaus im vollen Umfang auf einen Fall anzuwenden ist, der von dem Gesetzeswortlaut nicht umfaßt ist, von dem geregelten jedoch nur unwesentlich abweicht (Enneccerus-Nipperdey, Lehrb. d. Bürgerlichen Rechts § 58 II, 1). Dabei kommt es vor allem auf die Gleichheit der Interessenlage an. Es sind daher, um die Zulässigkeit einer kraft Gesetzesanalogie möglichen Anwendung des § 89 b HGB auf Eigenhändler festzustellen, zunächst die wesentlichen Voraussetzungen für die Zubilligung eines Ausgleichsanspruchs nach § 89 b HGB zu erforschen. Danach ist zu prüfen, ob im wesentlichen Übereinstimmung mit dem zu beurteilenden Sachverhalt besteht. Dabei scheiden von vornherein die

Fälle aus, in denen es sich bei dem Innenverhältnis zwischen Fabrikant und Eigenhändler um ein Rechtsverhältnis handelt, das über bloße Käufer-Verkäufer-Beziehungen nicht hinausgeht. Für eine Gesetzesanalogie kommen in erster Linie nur die typischen Eigenhändlerverträge in Frage, wie sie sich insbesondere mit den Herstellern von Markenartikeln herausgebildet haben. Es handelt sich dabei um einen Vertrag eigener Art, einen Rahmenvertrag, durch den ein Unternehmer einem Händler für ein bestimmtes Gebiet den Alleinvertrieb seiner Erzeugnisse überträgt und in der Regel sich verpflichtet, selbst keine Verkäufe vorzunehmen. Die Entwicklung hat es mit sich gebracht, daß der Eigenhändler durch den Rahmenvertrag in die Verkaufsorganisation des Herstellers eingegliedert wird,

daß er somit wirtschaftlich in weitem Umfang Aufgaben erfüllt, die sonst einem Handelsvertreter zukommen. Der Unternehmer kann sich nicht damit begnügen, lediglich seine Ware durch Verkauf an den Eigenhändler abzusetzen, ohne das weitere Schicksal seiner Fabrikate, insbesondere ihre Aufnahme auf dem Markt, zu verfolgen. Es kann ihm nicht gleichgültig sein, wie ein Eigenhändler arbeitet, da von dessen Wirken über den Bezirk des Einzelhändlers hinaus Rückwirkungen auf das Unternehmen selbst entstehen. In diesem Bestreben haben die Fabrikanten den Eigenhändlern eine Reihe von Verpflichtungen auferlegt, wie sie zum Teil auch gegenüber einem Handelsvertreter kraft Gesetzes gelten, wie z. B. Berichtspflichten, Pflicht zur Befolgung von Weisungen des Fabrikanten, Konkurrenzverbot, Preisbindungen und dergleichen.

Zu den wesentlichen Voraussetzungen des § 89 b HGB gehört zunächst das Gegenübertreten zweier selbständiger Gewerbetreibender. Der Ausgleichsgedanke des § 89 b HGB beruht, wie : sich aus der Amtlichen Begründung zu dem

Regierungsentwurf für das Gesetz vom 8. August 1953 ergibt (Bundestagsdrucksache Nr. 3856, 1. Wahlperiode zu § 89 b I, 1), gerade auf der Tatsache, daß der Handelsvertreter selbständiger Gewerbetreibender ist (BAG NJW 1958, 1365). Diese Voraussetzungen sind bei dem Eigenhändler ohne weiteres gegeben, während sie z. B. bei dem Handlungsgehilfen, der auf Provision angestellt ist und bei seiner Tätigkeit einen Kundenstamm schafft, fehlen, so daß, wie das Bundesarbeitsgericht ausgesprochen hat, der Letztere keinen Ausgleichsanspruch erheben kann (BAG aaO).

Wie auch die amtliche Begründung zeigt, beruht der zwingende Charakter des § 89 b HGB (§ 89 b Abs. 4) auf der Erwägung, daß der Handelsvertreter, wenn er auch rechtlich selbständiger Kaufmann ist, dem im allgemeinen wirtschaftlich überlegenen Unternehmer nicht gleichberechtigt gegenüberzutreten kann, so daß sich der Grundsatz der Vertragsfreiheit vielfach zu seinen Ungunsten auswirkt. Deshalb wird er durch die zwingende Vorschrift vor Vereinbarungen geschützt, die ihn benachteiligen. Für eine entsprechende Anwendung auf Eigenhändlerverträge ist es daher erforderlich, daß der Eigenhändler im konkreten Fall schutzbedürftig ist, daß er z. B. nicht als ein wirtschaftlich gleichwertiger Vertragspartner Einfluß auf die Vertragsgestaltung über die hier in Rede stehende Frage hat. Der Fabrikant muß es vielmehr durchsetzen können, den Eigenhändler dazu zu bringen, ihm den Kundenstamm, den der Eigenhändler geworben hat, unmittelbar zur weiteren Nutzung auch nach Beendigung des Vertragsverhältnisses zugänglich zu machen. Diese Voraussetzung ist in dem zu entscheidenden Fall ebenfalls zu bejahen. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts war der Vertrag "nicht frei ausgehandelt", die Beklagte hat ihn vielmehr in ih-

rem Interesse entworfen, um ihre Verkaufsorganisation einheitlich zu gestalten. Die Klägerin hatte keine Möglichkeit, in der hier in Rede stehenden Frage eine andere Vertragsgestaltung durchzusetzen.

Wie der Senat bereits mehrfach entschieden hat, geht die Zubilligung eines Ausgleichsanspruchs des Handelsvertreters davon aus, daß der Handelsvertreter für einen auf seiner Tätigkeit beruhenden, ihm aber infolge der Beendigung des Vertragsverhältnisses nicht mehr vergüteten Vorteil, wie er in der Schaffung des Kundenstammes liegt, eine Gegenleistung erhält (BGHZ 24, 214, 222; VersR 1957, 294; LM HGB § 89 b Nr. 4). Der Handelsvertreter bekommt eine durch Billigkeit Gesichtspunkte beeinflusste Vergütung dafür, daß er dem Unternehmer einen Kundenstamm geworben hat. Bei der Übertragung auf das Verhältnis zum Fabrikanten und Eigenhändler ist zu beachten, daß dieser Kundenstamm bei einem Handelsvertreter von vornherein dem Unternehmer zugänglich ist, da der Handelsvertreter in seinem Namen auftritt und die Kunden daher Vertragspartner des Unternehmers sind. Demnach liegt es schon im Wesen des Handelsvertreters und gehört zu seinen Pflichten, daß er den Kundenstamm dem Unternehmer verschafft, ohne daß er zusätzlich zu der gesetzlichen Regelung eine Pflicht hierzu übernehmen müßte. Um eine analoge Anwendung auf solche Fälle zu ermöglichen, in denen der den Absatz vermittelnde Vertragspartner im eigenen Namen handelt, muß der sich aus dem Wesen des Handelsvertreterverhältnisses ohne weiteres ergebende Umstand, daß der Handelsvertreter schon mit einer vertragsgemäßen Erfüllung seiner Pflichten den von ihm geworbenen Kundenstamm dem Unternehmer zur weiteren Nutzung zugänglich macht, gegeben sein. Voraussetzung ist demnach, daß der Eigenhändler diesen von ihm geworbenen Kundenstamm dem Fabrikanten zur

weiteren Nutzung überläßt und ihm dadurch einen Vermögenswert verschafft, den er sonst nicht hätte. Für eine entsprechende Anwendung ist es demnach erforderlich, daß der Fabrikant auf Grund besonderer Vereinbarungen mit dem Eigenhändler bei dessen Ausscheiden aus seiner Absatzorganisation in die Lage versetzt wird, sich ohne weiteres selbst oder durch einen anderen Eigenhändler an Stelle des früheren Eigenhändlers den von diesem geworbenen Kundenstamm weiter nutzbar zu machen. Nicht genügen würde es dagegen, wenn der Fabrikant, allein durch die Sogwirkung seiner Marke in der Lage ist, die Kunden weiter zu beliefern, ohne daß ihm der vom Eigenhändler geworbene konkrete Kundenstamm von diesem überlassen wird. Im vorliegenden Fall mußte die Klägerin der Beklagten nach § 6 des Vertrages für alle abgeschlossenen Geschäfte unverzüglich lückenlose Angaben über die Firma und die Branche des betreffenden Kunden und die Art der Verwendung des gekauften Fabrikats machen. Außerdem mußte sie der Beklagten in regelmäßigen Zeitabständen, mindestens am Ende eines jeden Vierteljahres, über Werbung und Verkaufstätigkeit einen kurzen Übersichtsbericht geben. Endlich war sie nach § 27 Abs. 4 des Vertrages verpflichtet, der Beklagten nach Erlöschen des Vertrages alle zur Verfügung gestellten Rechnungs- und Auftragskopien, ferner Karteien, Kundenverzeichnisse usw. auszuhändigen. Auf Grund dieser besonderen Vereinbarungen wurde die Beklagte in die Lage versetzt, wie ein Unternehmer beim Ausscheiden eines Handelsvertreters den von der Klägerin geworbenen Kundenstamm sofort nach Beendigung des Vertrages ohne Unterbrechung weiter für sich nutzbar zu machen. Tatsächlich ist dann auch der Kundenstamm der Klägerin für Adressier- und Prägemaschinen unstreitig nahezu geschlossen auf den von der Beklagten eingesetzten Nachfolger der Klägerin übergegangen.

Die wesentlichen Voraussetzungen, von denen der Gesetzgeber die Gewährung eines Ausgleichsanspruchs an den Handelsvertreter abhängig macht, sind demnach in den Vertragsbeziehungen zwischen den Parteien enthalten. Daher steht die Tatsache, daß die Klägerin als Eigenhändlerin tätig war, der Gewährung des Ausgleichsanspruchs nicht entgegen.

II.

Bedenken begegnen jedoch die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Höhe dieses Anspruchs. Die Klägerin erhielt als Vergütung keine prozentuale Provision von dem Verkaufserlös, vielmehr gewährte ihr die Beklagte einen Rabatt. Wirtschaftlich betrachtet nimmt dieser sog. Rabatt allerdings zum Teil die Stelle einer Provision ein, wie sie einem Handelsvertreter in der Regel gewährt wird. Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß bei einer entsprechenden Anwendung des § 89 b HGB für die Berechnung der Höhe nur der Teil des Rabatts zugrunde gelegt werden kann, der für Leistungen gewährt wird, wie sie vom Handelsvertreter üblicherweise erbracht werden, und daß deshalb Gegenleistungen, die sich aus der vom Handelsvertreter abweichenden Stellung des Eigenhändlers ergeben, nicht zu berücksichtigen sind, wie z. B. die Vergütung für die Tragung des Absatzrisikos mit Lagerrisiko, des Risikos der Preisschwankungen und des Kreditrisikos sowie der Gegenwert für die Tragung der sonstigen Kosten des Absatzes (Nipperdey aaO S. 15). Es muß der Eigenhändler insoweit auf das Niveau des Handelsvertreters zurückgeführt werden. Das Berufungsgericht hat unter ausdrücklicher Heranziehung des § 89 b Abs. 2 HGB der Höhe des Ausgleichsanspruchs die Rabattgewährung zugrunde gelegt, wie sie sich aus dem gesamten jährlichen Rabatt ergibt und hat hierzu einen Abschlag in Höhe eines Drittels gemacht,

das auf ersparte Aufwendungen der Klägerin falle. Bei dieser Berechnung hat das Berufungsgericht nicht den richtigen Weg eingeschlagen. Der Ausgleichsanspruch hat drei einander gleichwertige Voraussetzungen (BGH LM HGB § 89 b Nr.4). Einmal muß der Unternehmer aus dem Abschluß von Geschäften mit neu geworbenen Kunden erhebliche Vorteile haben (Ziff. 1). Um sich über diese Vorteile ein Bild machen zu können, hätte das Berufungsgericht darauf eingehen müssen, welchen Kundenstamm die Klägerin geworben hat, welche Geschäfte diese Kunden in einem bestimmten Zeitraum der letzten Zeit getätigt haben und mit welchen Geschäften dieser Kunden der Wahrscheinlichkeit nach im Laufe der nächsten Zeit gerechnet werden mußte (Geßler, Der Ausgleichsanspruch der Handels- und Versicherungsvertreter, Manuskript Hamburg 1953 S. 69; Schröder, Betrieb 1958, 43). Dem ist der den Provisionsverlusten entsprechende Teil der Rabattverluste der Klägerin gegenüberzustellen (Ziff. 2). Soweit bei der Ermittlung der Vorteile des Unternehmers und der Feststellung der Verluste des Vertreters und dementsprechend des Eigenhändlers der Gesamtumsatz als Anhaltspunkt verwendet wird, ist zu beachten, daß in diesem Gesamtumsatz jeweils Abschlüsse mit neuen Kunden enthalten sind, so daß nicht ohne weiteres angenommen werden kann, daß auch nach Beendigung des Vertragsverhältnisses derselbe Gesamtumsatz weiter erzielt wird. In Frage kommt hierfür nur der Umsatz mit solchen Kunden, die im Augenblick der Aufhebung des Vertrages bereits geworben waren. Die Chance allein, bei Fortsetzung des Vertrages neue Kunden zu werben und daraus Provision oder Rabatt zu erhalten, spielt für den Ausgleichsanspruch keine Rolle. Andererseits sind auch solche Geschäfte mit neuen Kunden zu berücksichtigen, die nur durch eine weitere Tätigkeit des aus der Absatzorganisation ausgeschiedenen Handelsvertreters oder Eigenhändlers zustande gekommen wären, wenn für das Zustan-

dekommen außerdem die durch den Handelsvertreter oder Eigenhändler geschaffenen Geschäftsbeziehungen ursächlich waren (BGHZ 24, 223). Unter den Provisionen, deren Verlust nach Abs. 1 Ziff. 2 eine Bemessungsgrundlage für den Ausgleichsanspruch bildet, sind ebenso wie unter den Provisionen im Sinne des Abs. 2, die die Höchstgrenze bilden, Bruttoprovisionen zu verstehen. Hierfür spricht zunächst der Wortlaut des Gesetzes. Dem Handelsrecht ist die Unterscheidung zwischen Brutto- und Nettoprovision fremd. Von der Provision, die der Handelsvertreter zu beanspruchen hat, werden keine Abzüge gemacht, wie z. B. beim Arbeitslohn, so daß ein Vergleich mit Brutto- und Nettolohn entfällt. Wenn der Handelsvertreter aus seiner Gesamtprovision auch seine Unkosten zu tragen hat und sich daraus nach deren Abzug seine Nettoeinnahme ergibt, so kann doch im Verhältnis zwischen Handelsvertreter und Unternehmer, auf das es in § 89 b HGB ankommt, nicht von einer Brutto- oder Nettoprovision gesprochen werden (Geßler, BB 1957, 1164). Nach dem Wortlaut des Gesetzes muß daher unter Provision im Sinne des § 89 b Abs. 1 Ziff. 2 und des Abs. 2 die Bruttoprovision verstanden werden. Eine andere Auslegung ergibt sich auch nicht, wie Geßler (aaO) zutreffend darlegt, aus dem Zweck der Vorschrift und der Entstehungsgeschichte. Sie kann auch entgegen der Auffassung von Eberstein (BB 1957, 663) dem Urteil des erkennenden Senats vom 13. Mai 1957 (VersR 1957, 360, in BGHZ 24, 223 insoweit nicht abgedruckt) nicht entnommen werden. In dieser Entscheidung brauchte der Senat zu dieser Frage, die dort von der Revision angeschnitten wurde, nicht abschließend Stellung zu nehmen, da der dort eingeklagte Betrag auf jeden Fall gerechtfertigt war, selbst wenn von der sog. Nettoprovision auszugehen wäre (vgl. Günther, BB 1957, 1058). Allerdings muß, wie bereits ausgeführt, bei entsprechender Anwendung auf den Eigenhändler von dem Teil der Rabatte ausgegangen werden, der eine Gegenlei-

stung für die Tätigkeit des Eigenhändlers darstellt, die der eines Handelsvertreters entspricht.

Wieweit ersparte Betriebsunkosten den Verlust des Handelsvertreters mildern, ist im Rahmen der Billigkeit nach § 89 b Abs. 1 Ziff. 3 HGB zu berücksichtigen. Dafür spricht einmal der Wortlaut des Gesetzes. Es wird auch im allgemeinen schwer möglich sein, Unkosten, wie Aufwendungen für Geschäftsräume, Schriftverkehr, Lohn usw., genau auf die einzelnen "Vertretungen" eines Eigenhändlers zu verteilen. Auch dieser Gesichtspunkt spricht dafür, ihre Ermittlung und Berücksichtigung nach den Gesichtspunkten der Angemessenheit und Billigkeit nach § 89 b Abs. 1 Ziff. 3 HGB vorzunehmen (Schuler, NJW 1958, 1113). Der aus Billigkeit Gesichtspunkten eingeführten Begrenzung des nach Ziff. 1 und 2 ermittelten Betrages gemäß Ziff. 3 kommt selbständige Bedeutung zu. Sie ist übernommen worden, um allen Umständen, die bei der abstrakten Berechnung der Höhe des dem Unternehmer entstandenen Verlustes nicht verwertet werden können, Rechnung zu tragen. Wie der Senat bereits ausgesprochen hat (LM HGB § 89 b Nr. 4), kann der Anspruch niemals höher sein als die Vorteile des Unternehmers oder die Verluste des Handelsvertreters oder höher, als eine Zahlung der Billigkeit entspricht. Zu den verschiedenen Umständen, die bei der Bemessung des Ausgleichsanspruchs unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit eine Rolle spielen, gehört, wie bereits ausgeführt, der Umstand, daß die Geschäftsunkosten eines Handelsvertreters oder eines Eigenhändlers infolge des Unterbleibens einer Geschäftstätigkeit mit den von ihm geworbenen, nunmehr dem Unternehmer oder Fabrikanten selbst zugänglichen Kunden entfallen (Schlegelborger-Schröder, HGB-Komm. § 89 b Anm. 19, 23 letzter Absatz; OLG Schleswig, BB 1958, 247; Schuler, NJW 1958, 1113). Allerdings kann im Rahmen

dieser Billigkeitserwägungen nicht, wie es die Beklagte meint, streng nur auf den Reinverdienst der Klägerin aus ihrer Tätigkeit für die Beklagte abgestellt werden, so daß sämtliche Löhne und Gehälter der in dem abgegebenen Geschäftszweig tätigen Mitarbeiter und auch sämtliche sonstigen Betriebsunkosten abzusetzen wären, soweit sie durch diese Tätigkeit bedingt waren. Es wird, da es sich um Billigkeitserwägungen handelt, u. a. zu beachten sein, daß sich bei einer die Erzeugnisse mehrerer Fabrikate umfassenden "Vertretung" die Betriebskosten im allgemeinen schwer bis ins Einzelne auf die jeweiligen Geschäfte verteilen lassen und daß es außerdem u. a. dem Vertreter oder Eigenhändler nach Aufgabe des Vertriebes eines bestimmten Fabrikats überlassen sein muß, sein eingearbeitetes Personal mindestens für eine gewisse Übergangszeit im vollen Umfang zu behalten, um sich einen Ersatz für seinen Ausfall zu verschaffen. Allerdings wird sich der Tatrichter - insoweit ist der Revision zu folgen - auch im Rahmen dieser Billigkeitserwägungen zunächst, gegebenenfalls durch Einholung eines betriebswirtschaftlichen Gutachtens, tatsächliche Unterlagen darüber verschaffen müssen, welche Aufwendungen mit der aufgegebenen Vertretung zusammenhängen, um, ausgehend von diesen Anhaltspunkten, im Rahmen der Billigkeitserwägungen zu entscheiden, wieweit durch ihren Wegfall der nach § 89 b Abs. 1 Ziff. 1 und 2 berechnete Ausgleichsanspruch noch zu ermäßigen ist. Es geht nicht an, wie es das Berufungsgericht getan hat, ohne jede tatsächliche Unterlagen eine Schätzung vorzunehmen.

Erst wenn auf diese Weise der Ausgleichsanspruch ermittelt ist, ist noch zu vergleichen, ob er sich innerhalb der durch § 89 b Abs. 2 HGB vorgesehenen Höchstgrenze bewegt. Bei der Ermittlung des Ausgleichsanspruchs kann daher nicht, wie es das Berufungsgericht getan hat, der Ausgleichsanspruch nach dem durchschnittlichen Jahresum-

satz festgesetzt werden, zumal darin, wie oben dargelegt, Geschäfte mit jeweils in diesem Zeitabschnitt neu gewonnenen Kunden enthalten sind, die nicht als Berechnungsgrundlage für die Vorteile des Unternehmers und insbesondere nicht für die Verluste des Vertreters oder Eigenhändlers mit verwertet werden können.

Da das Berufungsgericht diese Grundsätze bei der Berechnung der Höhe des Ausgleichsanspruchs nicht beachtet hat, war das Urteil auf die Revision der Beklagten aufzuheben und die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Dr. Haidinger

Dr. Fischer

Dr. Haager

Liesecke

Dr. Reinicke