

12

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

HGB § 89 b

Eine entsprechende Anwendung des § 89 b HGB auf Vertragshändler ist nicht davon abhängig, ob und in welchem Umfang diese in ihrem Geschäftsbetrieb eigenes Kapital eingesetzt haben (Abweichung von BGHZ 34, 282).

BGH, Urt. v. 11. Februar 1977 - I ZR 185/75 - OLG Düsseldorf

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 185/75

URTEIL

Verkündet am
11. Februar 1977
Zug,
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Gottlob H. KG, Z. straße 12,
S., vertreten durch ihren persönlich
haftenden Gesellschafter Wolfgang H., ebenda,

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dres. -
und -

gegen

die Firma B.-P. Kraftfutterwerke GmbH, gesetzlich
vertreten durch ihren Geschäftsführer, O. 171 - 175,
K.,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Februar 1977 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Krüger-Nieland und die Richter Dr. Merkel, Dr. Schönberg, Schwerdtfeger und Rebitzki

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird unter Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen das Urteil des 23. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 30. September 1975 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als es die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der 2. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Krefeld vom 5. Juni 1974 hinsichtlich des Ausgleichsanspruchs in Höhe von 439.246,27 DM nebst 11 % Zinsen seit dem 13. April 1973 zurückgewiesen hat.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand

Die Klägerin, die einen Großhandel mit Getreide und Futtermitteln betreibt, übernahm durch Vertrag vom Januar 1961 den Alleinvertrieb sämtlicher von der Beklagten hergestellter Mischfuttermittel im Regierungsbezirk Nord-Württemberg. Durch Vertrag vom 21. Januar/7. Februar 1966 wurden die Geschäftsbeziehungen der Parteien neu geregelt. Die Beklagte gewährte der Klägerin nunmehr Gebietsschutz für den Regierungsbezirk Nord-Württemberg außer dem Kreisgebiet Ulm südlich der Autobahn Stuttgart-Augsburg (§ 1). Gebietschutz sollten auch die von der Klägerin belieferten Händler erhalten, sofern sie sich verpflichteten, ausschließlich Erzeugnisse der Beklagten zu führen. Dieser Gebietschutz sollte den Händlern (Treuerabatt-Händlern) auf Vorschlag der Beklagten durch die Klägerin erteilt und von beiden Parteien gemeinsam garantiert werden; Händler, die auf die Dauer keinen Gebietsschutz verdienten, sollten von der Belieferung ausgeschlossen werden, wenn dies im Interesse einer einheitlichen Verkaufspolitik zweckmäßig erschien (§ 2). Die Klägerin verpflichtete sich, außer dem von der Beklagten hergestellten B-P-Mischfutter für landwirtschaftliche Nutztiere keine anderen Mischfutterfabrikate zu vertreiben; ihr blieb jedoch gestattet, ihr Handelsgeschäft in Mühlennachprodukten, Ölschroten, Ölkuchen bzw. Ölkuchenmehlen und Wilhelms-Erzeugnissen unverändert fortzuführen, Geflügelkörnerfutter und Kükengrütze herzustellen oder im Rahmen ihres Handelsgeschäfts zu vertreiben sowie auch Schweinefutter im Rahmen des B-P-Check-R-Mix-Programms zu produzieren (§ 3). Der Verkauf der B-P-Mischfutterfabrikate an die Klägerin sollte zu den in den jeweils gültigen Preislisten der Beklagten niedergelegten Preisen erfolgen; die Klägerin sollte das Mischfutter nicht unter diesen Listenpreisen abzüglich eines den Händlern

zu gewährenden Rabatts - bis zur Höhe des Treuerabatts - verkaufen (§ 4). Die Beklagte vergütete der Klägerin bestimmte Handelsspannen, deren Höhe bei den einzelnen Erzeugnissen verschieden war (§ 5). Die Klägerin verkaufte alle Erzeugnisse der Beklagten im eigenen Namen und auf eigene Rechnung; die Beklagte war nur in bestimmten Fällen berechtigt, in die Geschäftsverbindung der Klägerin zu ihren Kunden einzutreten; in diesen Fällen sollte sie der Klägerin die vorgesehenen Handelsspannen abzüglich der für Händler mit geschütztem Verkaufsgebiet vorgesehenen Treuerabatte vergüten (§ 6). Die Höhe der von der Klägerin den Händlern zu gewährenden Treuerabatte wurde im einzelnen festgelegt; Zweckmäßigkeit und Zeitpunkt der Treuerabattregelung sollten zwischen der Klägerin und dem zuständigen Verkaufsabteilungsleiter der Beklagten abgestimmt werden (§ 7). Die Klägerin sollte den "aktiven Verkauf und Vertrieb" von B- P- Fabrikaten in den vereinbarten Verkaufsgebieten mit eigener Verkaufsorganisation durchführen (§ 8). Die Beklagte übernahm das "Training" der Händler und deren Angestellten in eigener Verantwortung und nach eigenem Ermessen; ihr wurde gestattet, alle B- P- Kunden im Gebiet der Klägerin jederzeit aufzusuchen und die Kontakte zu pflegen; die Klägerin sollte hiervon unterrichtet werden und die Möglichkeit erhalten, zugegen zu sein; andererseits sollte sie den zuständigen Mitarbeiter der Beklagten von ihren Kundenkontakten unterrichten, damit dieser die Möglichkeit hatte, hierbei zugegen zu sein (§ 9).

Die Klägerin unterhielt kein eigenes Lager. Ihre Abnehmer riefen die Ware unmittelbar bei einem Werk oder Lager der Beklagten ab und holten sie dort ab.

Der Vertrag der Parteien wurde auf unbestimmte Zeit abgeschlossen und konnte von beiden Seiten unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von 12 Monaten gekündigt werden (§ 11). Die Beklagte kündigte ihn fristgemäß zum 31. Dezember 1972.

Die Klägerin verlangt die Zahlung eines Ausgleichs in entsprechender Anwendung des § 89 b HGB. Sie sei, so hat sie behauptet, wie ein Handelsvertreter in die Vertriebsorganisation der Beklagten eingegliedert gewesen und habe durch die Auflösung des Vertragsverhältnisses den von ihr aufgebauten Kundenstamm, der den wesentlichen Wert ihres Unternehmens dargestellt habe, an die Beklagte verloren. Die Beklagte, die aufgrund der getroffenen Vereinbarungen und der praktischen Handhabung des Vertrages jederzeit Zugang zu allen Kunden gehabt, insbesondere alle Händlerkunden gekannt, diese in ihren Rechnungen genannt und in einer von ihr geführten Umsatzstatistik erfaßt habe, habe die Kunden nach der Beendigung des Vertrages weiter beliefert und daraus noch erhebliche Vorteile gezogen, während ihr - der Klägerin - hierdurch entsprechende Verluste entstanden seien. Ihre Schutzbedürftigkeit ergebe sich schon daraus, daß sie zuletzt 90,06 % ihres Umsatzes mit der Beklagten abgewickelt und ihr früheres Eigengeschäft fast völlig aufgegeben habe. Die von ihr im Durchschnitt der letzten fünf Jahre jährlich erzielten "Provisionseinnahmen" hat die Klägerin mit 439.246,27 DM angegeben. Diesen Betrag hat sie als Ausgleich verlangt. Darüber hinaus hat sie für Lieferaufträge, die bei Beendigung des Vertrages noch nicht vollständig abgewickelt waren und von der Beklagten durch unmittelbare Belieferung der Abnehmer abgewickelt worden sein sollen, die ihr entgangene Handelsspanne als Schadensersatz in Höhe von 3.539,76 DM (Schweinefutter) und 2.873,-- DM (Milchviehfutter) sowie weitere 7.443,-- DM

als vereinbarte Handelsspanne mit der Begründung gefordert, die Beklagte habe während der Vertragszeit einen Landwirt Kress unmittelbar beliefert.

Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an sie 453.802,03 DM nebst 11 % Zinsen seit dem 13. April 1973 zu zahlen.

Die Beklagte hat geltend gemacht, die Voraussetzungen, unter denen ein Eigenhändler ausnahmsweise einen Ausgleich nach § 89 b HGB verlangen könne, seien nicht gegeben. Es treffe schon nicht zu, daß die Klägerin wie ein Handelsvertreter in ihre Vertriebsorganisation eingegliedert gewesen sei. Insbesondere sei die Klägerin nicht verpflichtet gewesen, ihr den Kundenstamm bei Vertragsende zu überlassen. Daß die Kunden der Klägerin weiterhin B- und P-Futter bezogen hätten, beruhe auf der Sogwirkung der Marke. Zudem sei die Klägerin nicht schutzbedürftig. Sie sei nicht mehr und nicht weniger abhängig gewesen, als dies sonst bei Eigenhändlern der Fall sei, und habe in erheblichem Umfang eigens Kapital eingesetzt; sie habe einer Vielzahl von Kunden Darlehen gewährt und Wechselkredite eingeräumt sowie Zahlungsziele bewilligt, die erheblich über den ihr eingeräumten Fristen gelegen hätten. Schließlich seien auch die Voraussetzungen des § 89 b HGB nicht gegeben. Die Kunden seien überwiegend von ihr - der Beklagten - selbst geworben worden. Die Klägerin habe es an einem organisierten Außendienst fehlen lassen. Ziehe man in Betracht, daß die Klägerin die Erzielung großer Umsätze und erheblicher Gewinne allein dem Einsatz der Beklagten verdanke, dann entspreche es jedenfalls nicht der Billigkeit, daß sie einen Ausgleich erhalte. Hinsichtlich der von der Klägerin außerdem geltend gemachten Ansprüche hat die Beklagte vorgetragen, es sei im Hinblick auf die Kündigung des Vertrages vereinbart worden, daß die

bestellten Futtermittelmengen bis zum 31. Dezember 1972 abgenommen werden mußten. Soweit dies nicht geschehen sei, habe sie die Kunden der Klägerin unmittelbar beliefert. Es sei dies nicht in Erfüllung der von der Klägerin mit den Kunden abgeschlossenen Verträge, sondern aufgrund eigener Vereinbarungen mit den Kunden geschehen. Die Lieferungen an den Landwirt K. seien zur Durchführung einer Demonstrationsmast und aufgrund eines mit K. abgeschlossenen Lohnmastvertrages erfolgt. Sie - die Beklagte - sei insoweit selbst Unternehmer und Vermarkter gewesen, woraus folge, daß die Klägerin für diese Lieferungen keine Vergütung beanspruchen könne.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin ist zurückgewiesen worden.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin den Klageantrag weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht verneint, daß § 89 b HGB auf die Klägerin entsprechend anwendbar sei. Zwar treffe es zu, daß die Klägerin in die Verkaufsorganisation der Beklagten eingegliedert gewesen sei und wirtschaftlich in weitem Umfang Aufgaben und Pflichten zu erfüllen gehabt habe, die sonst einem Handelsvertreter zukämen. Die Klägerin sei auch bei ihrem Ausscheiden aus der Absatzorganisation der Beklagten wie ein Handelsvertreter verpflichtet gewesen, ihren Kundenstamm der Beklagten zu überlassen, und habe die Beklagte tatsächlich in die Lage versetzt, die Kundenbeziehungen weiter für sich zu nutzen. Es sei jedoch nicht dargetan, daß die Klägerin ihr Geschäft wie ein typischer Handelsvertreter ohne wesentlichen

eigenen Kapitaleinsatz geführt habe. Sie bestreite selbst nicht, daß sie zumindest einem Teil ihrer Kunden Zahlungsziele eingeräumt habe, die länger gewesen seien als das ihr selbst von der Beklagte gewährte Zahlungsziel von 14 Tagen. Außerdem habe sie Wechsel von ihren Abnehmern entgegengenommen und diesen auch Darlehen gewährt, so einer Firma M. in Höhe von 25.000,-- DM, einer Firma Mo. in Höhe von 220.000,-- DM und einer Firma Hasselberger in Höhe von 102.683,-- DM. Bilanzen, die eine Gesamtbeurteilung ihrer damaligen finanziellen Lage hätten ermöglichen können, habe sie trotz gerichtlicher Auflage nicht vorgelegt. Ihre Angaben zum Bilanzwert des Anlagevermögens in den Jahren 1970 bis 1972 seien kein ausreichender Ersatz. Somit fehle es an der für eine entsprechende Anwendung des § 89 b HGB erforderlichen Schutzbedürftigkeit.

II. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision haben Erfolg.

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist eine entsprechende Anwendung des § 89 b HGB auf Eigenhändler (Vertragshändler) unter bestimmten Voraussetzungen zulässig (BGHZ 29, 83, 85 ff = LM Nr. 6 zu § 89 b HGB m. Anm. Haager = NJW 1959, 144 ff; BGHZ 34, 282, 284 ff = LM Nr. 14 zu § 89 b HGB m. Anm. Rietschel = NJW 1961, 662 ff). Erforderlich ist dafür, daß zwischen dem Vertragshändler und einem Hersteller oder Lieferanten ein Rechtsverhältnis besteht, das über bloße Käufer-Verkäufer-Beziehungen hinausgeht. Der Vertragshändler muß aufgrund besonderer vertraglicher Abmachungen (Rahmenvertrag, Vertragshändlervertrag) so in die Absatzorganisation des Herstellers eingegliedert sein, daß er wirtschaftlich in weitem Umfang Aufgaben zu erfüllen hat, die sonst einem Handelsvertreter zukommen. Dazu gehört in der Regel, daß ihm, wie häufig bei Markenerzeugnissen, der Alleinvertrieb für

ein bestimmtes Gebiet übertragen wird, er sich für den Vertrieb dieser Erzeugnisse besonders einzusetzen und auch sonst Pflichten zu erfüllen hat, die für einen Handelsvertreter kraft Gesetzes gelten (BGH aaO). Der Vertragshändler muß ferner dem Hersteller gegenüber vertraglich verpflichtet sein, diesem beim Ausscheiden aus der Absatzorganisation seinen Kundenstamm zu überlassen, so daß der Hersteller sich den Kundenstamm des Händlers dann sofort und ohne weiteres nutzbar machen kann, wobei es nicht darauf ankommt, ob die Verpflichtung zur Überlassung des Kundenstamms erst im Zeitpunkt der Vertragsbeendigung oder schon während der Vertragszeit durch laufende Unterrichtung des Herstellers über Geschäftsabschlüsse und Kundenbeziehungen zu erfüllen ist, vorausgesetzt nur, daß der Hersteller hierdurch tatsächlich in die Lage versetzt wird, den Kundenstamm nach Beendigung des Vertragsverhältnisses weiter zu nutzen (BGH LM Nr. 21 zu § 89 b HGB = NJW 1964, 1952, 1953).

2. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist als weitere Voraussetzung einer entsprechenden Anwendung des § 89 b HGB auf Vertragshändler angesehen worden, daß der Vertragshändler im konkreten Fall schutzbedürftig sein müsse (BGHZ 29, 83, 88, 89; 34, 282, 287; BGH LM Nr. 34 a zu § 89 b HGB = MDR 1972, 132). Während aber der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs (BGHZ 29, 83, 89) gemeint hat, hierfür genüge, daß der Vertragshändler als der wirtschaftlich schwächere Teil keinen Einfluß auf die Vertragsgestaltung gehabt habe und sich deshalb auch der Verpflichtung zur Überlassung des Kundenstammes habe unterwerfen müssen, hat der später für Handelsvertretersachen zuständige VII. Zivilsenat die Auffassung vertreten, es komme insoweit darauf an, ob der Vertragshändler dem normalen typischen Erscheinungs-

bild eines Handelsvertreters entspreche und in gleicher Weise schutzbedürftig sei wie dieser (BGHZ 34, 282, 291 ff). Da aber, so hat der VII. Zivilsenat weiter ausgeführt, der Handelsvertreter seinen Beruf in der Regel ohne eigenen Kapitaleinsatz ausübe, sei ein Vertragshändler, der in seinem Geschäftsbetrieb mit einem erheblichen Einsatz von Eigenkapital arbeite und demgemäß bei Vertragsende aus seinem Betrieb ein entsprechend hohes Kapital wieder herausziehen könne, nicht schutzbedürftig; er entspreche nicht dem Typ des schutzbedürftigen Handelsvertreters, der dem Gesetzgeber bei Schaffung des § 89 b HGB im Jahre 1953 vorgeschwebt habe (aaO S. 293).

3. Nach Auffassung des nunmehr für Handelsvertetersachen zuständigen erkennenden Senats entspricht es nicht dem gesetzgeberischen Grundgedanken des § 89 b HGB, die entsprechende Anwendung dieser Vorschrift auf einen wie ein Handelsvertreter in die Vertriebsorganisation eines Unternehmens eingegliederten Vertragshändler auch noch davon abhängig zu machen, ob und in welchem Umfang er im konkreten Fall schutzbedürftig ist. Es erscheint auch von der Interessenlage her nicht geboten, die Anwendbarkeit des § 89 b HGB auf Vertragshändler in dieser Weise einzuschränken.

a) Wie der Bundesgerichtshof wiederholt ausgesprochen hat, soll der Handelsvertreter mit dem Ausgleich nach § 89 b HGB eine zusätzliche Vergütung für während der Vertragsdauer geleistete, bisher nicht abgegoltene Dienste erhalten (BGHZ 45, 385, 386 m.w.N.; Urteil vom 26. 11. 1976 - I ZR 154/74). Voraussetzung hierfür ist, daß der Unternehmer aus der Geschäftsverbindung mit vom Handelsvertreter geworbenen Kunden nach Beendigung des Vertragsverhältnisses noch erhebliche Vorteile hat (§ 89 b Abs. 1 Nr. 1 HGB) und der Handelsvertreter infolge der Beendigung des Vertrags-

verhältnisses Ansprüche auf Provision verliert, die er bei dessen Fortsetzung aus Geschäften mit von ihm gewonnenen Kunden gehabt hätte (§ 89 b Abs. 1 Nr. 2 HGB). Auf die Schutzbedürftigkeit des Handelsvertreters kommt es dabei grundsätzlich nicht an. Sie ist allenfalls bei den Billigkeitserwägungen nach § 89 b Abs. 1 Nr. 3 HGB zu berücksichtigen. Gehört aber die Schutzbedürftigkeit des Handelsvertreters nicht zu den tragenden Grundgedanken des Ausgleichsanspruchs nach § 89 b HGB, dann besteht auch kein einleuchtender Grund, bei der Prüfung der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Vorschrift auf Vertragshändler entsprechend anwendbar ist, auf den Gesichtspunkt der Schutzbedürftigkeit besonders abzustellen. Entscheidendes Gewicht ist vielmehr auf die Ausgestaltung der rechtlichen Beziehungen des Vertragshändlers zu dem die Absatzorganisation unterhaltenden Unternehmen zu legen. Sind diese einem Handelsvertreterverhältnis vergleichbar und erscheint es deshalb im Hinblick auf den Sinn und Zweck des § 89 b HGB geboten, auch dem Vertragshändler einen zusätzlichen auf Vorteilsausgleich gerichteten Vergütungsanspruch zu gewähren, dann sind Bedenken gegen eine entsprechende Anwendung des § 89 b HGB grundsätzlich nicht zu erheben (vgl. Schröder, BB 1961, 809 ff; ders. Recht der Handelsvertreter, 5. Aufl., § 89 b HGB Anm. 3 c; Brüggemann in Großkomm. HGB, 3. Aufl., § 89 b Anm. 6; Kreifels/Lang NJW 1970, 1769 ff).

b) Mit der Erwägung, der Gesetzgeber des Jahres 1953 sei bei Änderung des Handelsgesetzbuches (Recht der Handelsvertreter) vom Typ des wirtschaftlich abhängigen und schutzbedürftigen Handelsvertreters ausgegangen, läßt sich eine andere Beurteilung nicht rechtfertigen. Abgesehen davon, daß ein typisches Erscheinungsbild des Handelsvertreters kaum festzustellen sein wird, hat der Gesetzgeber die neuen Bestimmungen für alle Handelsvertreter eingeführt und bewußt

nicht auf die Schutzbedürftigkeit im Einzelfall abgestellt. Wenn damit auch nicht bezweifelt werden kann, daß der Gesetzgeber die Handelsvertreter überwiegend als wirtschaftlich abhängig und schutzbedürftig angesehen hat, so hat er dem doch in erster Linie dadurch Rechnung getragen, daß er einen Teil der neuen Vorschriften, wie auch den § 89 b HGB, für unabdingbar erklärt hat (vgl. BT Drucks. 1. Wahlperiode Nr. 3856 S. 10 - 11). Über den Sinn und Zweck des Ausgleichsanspruchs ist damit noch nichts ausgesagt. Vielmehr muß zwischen Inhalt und Unabdingbarkeit unterschieden werden; die Unabdingbarkeit ändert nichts daran, daß der Handelsvertreter mit dem Ausgleich eine zusätzliche Vergütung für bereits erbrachte Leistungen erhalten soll.

c) Der Senat hält es auch für bedenklich, bei der Prüfung der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen § 89 b HGB auf Vertragshändler anwendbar ist, auf die Verhältnisse des Jahres 1953 abzustellen. Er meint vielmehr, daß der Weiterentwicklung der wirtschaftlichen Verhältnisse Rechnung zu tragen und zu berücksichtigen ist, daß es heute zahlreiche Handelsvertreter gibt, die in erheblichem Umfang eigenes Kapital gebildet haben und dieses auch bei ihrer Geschäftstätigkeit einsetzen. Zudem wirkt sich der Einsatz eigenen Kapitals - beim Vertragshändler wie beim Handelsvertreter - gerade auch zum Vorteil des Unternehmens aus, dessen Erzeugnisse vertrieben werden. Es liegt darin eine zusätzliche Leistung. Jedenfalls ist nicht einzusehen, weshalb der Unternehmer die Vorteile, die er aus einer handelsvertreterähnlichen Tätigkeit des Vertragshändlers nach Beendigung des Vertragsverhältnisses zieht, lediglich deshalb soll uneingeschränkt behalten dürfen, weil der Vertragshändler bei seiner Tätigkeit für ihn in erheblichem Umfang eigenes Kapital eingesetzt hat. Das gilt umso mehr, als die Ein-

schaltung eines Vertragshändlers an Stelle eines Handelsvertreters für den die Absatzorganisation unterhaltenden Unternehmer auch noch den Vorteil hat, daß er das Risiko des Eingangs der Kundenzahlungen nicht zu tragen braucht. Schließlich wird die Gefahr einer Umgehung der zwingenden Vorschrift des § 89 b HGB nicht unerheblich begünstigt, wenn ihre entsprechende Anwendung auf Vertragshändler davon abhängig gemacht wird, ob und in welchem Umfang diese eigenes Kapital in ihrem Geschäftsbetrieb einsetzen.

d) Der erkennende Senat hat es in einem Falle hohen Kapitaleinsatzes (Betriebsgrundstücke und -einrichtungen) durch einen Handelsvertreter als einen begründeten Anlaß zur Kündigung des Handelsvertretervertrages durch den Handelsvertreter im Sinne von § 89 b Abs. 3 Satz 1 HGB angesehen, daß dieser infolge Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage des Unternehmers keine angemessene Rendite mehr erzielte (LM Nr. 50 zu § 89 b HGB = NJW 1976, 671). Ist der Kapitaleinsatz des Handelsvertreters aber bereits bei der Prüfung der für den Ausgleichsanspruch maßgebenden Kündigungsgründe zu berücksichtigen, dann kann umgekehrt nicht die entsprechende Anwendung des § 89 b HGB auf einen Vertragshändler mit der Begründung verneint werden, er habe in erheblichem Umfang eigenes Kapital eingesetzt. Vielmehr kann es auf den Kapitaleinsatz und die vom VII. Zivilsenat in Betracht gezogene Möglichkeit, die eingesetzten Mittel nach Beendigung des Vertragsverhältnisses aus dem Geschäftsbetrieb herauszuziehen, regelmäßig nur im Rahmen der Billigkeitserwägungen nach § 89 b Abs. 1 Nr. 3 HGB ankommen.

e) Schließlich erscheint nicht zwingend, daß ein mit erheblichem eigenen Kapitaleinsatz arbeitender Vertragshändler stets weniger schutzwürdig sei als ein anderer Vertragshändler oder ein Handelsvertreter. Denn der Einsatz eigenen Kapitals durch den Vertragshändler sagt noch

nichts über seine wirtschaftliche Lage im Verhältnis zu dem Unternehmen aus, in dessen Absatzorganisation er eingegliedert war. Außerdem läuft ein solcher Vertragshändler im Falle einer Kündigung des Vertragsverhältnisses nicht nur Gefahr, seinen Kundenstamm nicht mehr nutzen zu können, er trägt auch das Risiko, das an den Geschäftsbetrieb gebundene Kapital ganz oder teilweise zu verlieren. Die Möglichkeit, das Kapital bei Vertragsende aus dem Geschäftsbetrieb wieder herauszu ziehen, wird aus betriebswirtschaftlichen Gründen, insbesondere wegen des Risikos beträchtlicher Umstellungsverluste, häufig nicht mehr oder doch nicht mehr voll bestehen (vgl. Ulmer, Der Vertragshändler, 1969, S. 400 f).

f) Der Frage, ob der Vertragshändler die Vertragsbedingungen mit dem Hersteller oder Lieferanten hat frei aushandeln können oder ob er sich als der wirtschaftlich Schwächere den allgemein oder im Einzelfall verwendeten Bedingungen hat unterwerfen müssen, mißt der Senat - entgegen der Auffassung des II. Zivilsenats - in diesem Zusammenhang keine wesentliche Bedeutung bei, weil, wie ausgeführt, die Schutzbedürftigkeit des Handelsvertreters nicht zu den tragenden Grundgedanken des § 89 b HGB gehört und daher nicht als Analogievoraussetzung angesehen werden kann. Insoweit ist den Ausführungen des VII. Zivilsenats (BGHZ 34, 282, 289) im Ergebnis zuzustimmen.

g) In einem Teil des Schrifttums ist die Befürchtung geäußert worden, die entsprechende Anwendung des § 89 b HGB auf Vertragshändler und auch schon eine erweiterte Zulassung dieser Gesetzesanalogie werde zu einer nicht mehr tragbaren Belastung der Wirtschaft mit Ausgleichsansprüchen führen (vgl. Schuler, NJW 1961, 758, 760; v. Brunn, DB 1961, 429, 431, 84; Nies, MDR 1961, 556). Diese Befürchtung erscheint nicht begründet. Wie bereits der II. Zivilsenat zum Ausdruck gebracht hat (BGHZ 29, 83, 91 ff), kommt im Falle einer entsprechenden Anwendung des § 89 b HGB auf Vertragshändler

als Provisionsverlust im Sinne von § 89 b Abs. 1 Nr. 2 HGB nur der Teil des Händlerrabattes in Betracht, der einer sonst üblichen Provision entspricht. Welche Bedeutung es hat, daß der Vertragshändler - gegebenenfalls - über beträchtliches Eigenkapital verfügt und es ihm auch möglich ist, dieses bei Vertragsende wieder aus dem Geschäft herauszuziehen, kann nur im Rahmen der Billigkeitserwägungen nach § 89 b Abs. 1 Nr. 3 HGB beurteilt werden. Der Billigkeitsgrundsatz ermöglicht eine sachgerechte Behandlung auch solcher Fälle (vgl. Schröder, BB 1961, 812; Brüggemann aaO).

4. Soweit mit dieser Beurteilung von Entscheidungen des II. und VII. Zivilsenats abgewichen wird, bedarf es einer Anrufung des Großen Senats für Zivilsachen nach § 136 GVG deswegen nicht, weil infolge Änderung der Geschäftsverteilung des Bundesgerichtshofs der erkennende Senat jetzt für Rechtsstreitigkeiten aus Verhältnissen der Handelsvertreter allein zuständig ist (BGHZ 28, 16, 28; 34, 282, 293).

III. Das Berufungsgericht hat die unter II 1 erörterten Voraussetzungen, von denen die entsprechende Anwendung des § 89 b HGB abhängt, als gegeben erachtet. Diese Ausführungen werden von der Revision als ihr günstig nicht angegriffen. Sie lassen auch keinen Rechtsfehler erkennen.

1. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts in Verbindung mit dem unstreitigen Sachvortrag muß davon ausgegangen werden, daß der Klägerin ein bestimmter Bezirk mit Gebietsschutz zugewiesen war. Sie sollte sich hier "aktiv" für den Vertrieb der Markenerzeugnisse der Beklagten einsetzen und Gebietsschutzverträge auch mit den von ihr belieferten Händlern abschließen, sofern diese sich verpflichteten, ausschließlich Erzeugnisse der Beklagten zu vertreiben. Sie selbst durfte andere Erzeugnisse nur noch in beschränktem Umfang vertreiben. Daß es sich dabei um Konkurrenzzeugnisse gehandelt habe, ist nicht ersichtlich. Die Klägerin

war außerdem nach dem Vertragswortlaut an die Listenpreise der Beklagten gebunden, die sie, von vereinbarten Rabatten abgesehen, jedenfalls nicht sollte unterschreiten dürfen. Außerdem mußte sie bei der Bearbeitung und Unterrichtung der Kunden mit den Außendienstmitarbeitern der Beklagten zusammenarbeiten. Damit war sie, einem Handelsvertreter vergleichbar, in die Absatzorganisation der Beklagten eingegliedert und hatte weitgehend Aufgaben zu erfüllen, die sonst einem Handelsvertreter zukommen.

2. Die Verpflichtung der Klägerin, der Beklagten den Kundenstamm nach Beendigung des Vertragsverhältnisses zur weiteren Nutzung zu überlassen, konnte das Berufungsgericht daraus entnehmen, daß die Klägerin verpflichtet war, ihre Kunden der Beklagten zugänglich zu machen und diese auch über Kundenkontakte zu unterrichten. Außerdem holten die Kunden vereinbarungsgemäß die Ware unmittelbar bei der Beklagten ab. Dieser wurden die einzelnen Abnehmer unstreitig in jeder Bestellung der Klägerin genannt. Darüber hinaus erhielt die Beklagte Abschriften der Rechnungen, welche die Klägerin ihren Abnehmern erteilte. Die Beklagte selbst führte, wie sie nicht bestritten hat, die Abnehmer der Klägerin unter bestimmten Kundennummern und erfaßte sie in ihrer EDV-Anlage. Daß sie die zur Weiterbelieferung der Kunden erforderlichen Unterlagen schon während der Vertragszeit erhielt, steht der entsprechenden Anwendung des § 89 b HGB nicht entgegen (BGH LM Nr. 21 zu § 89 b HGB). Auszuscheiden hat nach den Feststellungen des Berufungsgerichts schließlich auch, daß ihr die behauptete Weiterbelieferung der Kunden lediglich aufgrund der Sogwirkung ihrer Marke möglich gewesen sei (vgl. BGHZ 29, 83, 90; 34, 282, 286).

3. Die Abweisung des Ausgleichsanspruchs kann daher mit der Begründung, es fehle an den Voraussetzungen einer

entsprechenden Anwendbarkeit des § 89 b HGB auf die Klägerin, nicht aufrechterhalten bleiben. Ob und in welcher Höhe der Anspruch begründet ist, hängt von weiteren tatsächlichen Feststellungen ab, die der Tatrichter zu treffen hat.

IV. Ansprüche der Klägerin wegen der bei Beendigung des Vertragsverhältnisses noch nicht vollständig abgewickelten Lieferaufträge hat das Berufungsgericht mit der Begründung verneint, die Beklagte habe hinsichtlich der hier in Frage kommenden Bestellungen in ihren Schlußscheinen vom 20. September 1972 und 25. September 1972 hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht, daß sie mit Ablauf des 31. Dezember 1972 zu weiteren Lieferungen an die Klägerin nicht mehr verpflichtet sein wolle. Die Klägerin habe den Schlußscheinen nicht widersprochen. Sie habe nicht dargetan, welchen Sinn die Klauseln "Lieferung: 18.9. - 31.12. 1972 ohne Nachfrist" und "Lieferung: 22.9. - 31.12.1972 ohne Nachfrist" sonst hätten haben sollen. Deshalb liege in der behaupteten unmittelbaren Belieferung der in den Bestellungen genannten Kunden der Klägerin durch die Beklagte nach dem 31. Dezember 1972 keine Vertragsverletzung.

Diese Beurteilung läßt entgegen der Auffassung der Revision keinen Rechtsfehler erkennen. Wenn die Beklagte, wie das Berufungsgericht festgestellt hat, nur bis zum 31. Dezember 1972 an die ihr von der Klägerin erteilten Lieferaufträge gebunden war, dann konnte sie, ohne ein Leistungsverweigerungsrecht ausüben zu müssen, diejenigen Mengen, die bis zum 31. Dezember 1972 noch nicht abgerufen waren, den Bestellern selbst liefern und in Rechnung stellen. Sie handelte dann nicht mehr in Erfüllung der ihr von der Klägerin erteilten Aufträge und verletzte auch nicht ihre Verpflichtungen gegenüber der Klägerin. Ein Fall des § 6 des Vertrages von 1966, der u. a. voraussetzt, daß die Klägerin die Belieferung eines Kunden ablehnt oder

ein Kunde aus wichtigem Grunde auf Direktbelieferung durch die Beklagte besteht, liegt schon nach dem Inhalt der Vorschrift nicht vor.

V. Die Lieferungen der Beklagten an den Landwirt Kress zum Zwecke einer Demonstrationsmast sind nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ohne Bezahlung erfolgt. Unstreitig wurde Kress insoweit aufgrund eines mit der Beklagten abgeschlossenen Lohnmastvertrages tätig. Verbrauchte die Beklagte dieses Futter aber für eigene Zwecke, dann ist es nicht rechtsfehlerhaft, daß das Berufungsgericht angenommen hat, § 5 des Vertrages von 1966, der die der Klägerin zu vergütenden "Handelsspannen" regelt, sei insoweit nicht anwendbar. Daß die Beklagte, wie behauptet worden ist, dem Landhändler Jesser für diese Lieferungen in das für ihn geschützte Gebiet eine Vergütung gezahlt hat, zwingt allein nicht zu einer anderen Beurteilung. Die Revision kann daher auch insoweit keinen Erfolg haben.

VI. Aufzuheben war somit auf die Revision der Klägerin die vom Berufungsgericht ausgesprochene Zurückweisung der Berufung der Klägerin, soweit sie den Ausgleichsanspruch nach § 89 b HGB in Höhe von 439.246,27 DM nebst 11 % Zinsen seit dem 13. April 1973 betrifft. Hinsichtlich der von der Klägerin außerdem noch geltend gemachten Ansprüche hat die Zurückweisung der Berufung Bestand. Im Umfang der Aufhebung mußte die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Da über die Kosten des Rechtsstreits in der Regel einheitlich zu entscheiden ist, war dem Berufungsgericht auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens zu übertragen.

Krüger-Nieland

Richter am Bundesgerichtshof
Dr. Merkel ist infolge Urlaubs
an der Unterschriftsleistung
verhindert.

Krüger-Nieland

Schönberg

Schwerdtfeger

Rebitzki