

52
Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

HGB § 89 b Abs. 4 Satz 1

Eine Vertragsbestimmung im Handelsvertretervertrag, wonach ein Teil der dem Handelsvertreter laufend zu zahlenden Vergütung auf den künftigen Ausgleichsanspruch angerechnet werden soll, verstößt im Zweifel gegen die zwingende Vorschrift des § 89 b Abs. 4 Satz 1 HGB und ist daher in der Regel nichtig.

Das hat dann zur Folge, daß die zu zahlende Gesamtvergütung als die dem Handelsvertreter zu zahlende Provision anzusehen und auch für die Berechnung des Ausgleichsanspruchs zugrunde zu legen ist.

Eine solche Vertragsbestimmung ist nur dann rechtswirksam, wenn sich feststellen läßt, daß auch ohne die Verrechnungsabrede die Parteien keine höhere Provision vereinbart hätten, als dem nach Abzug des zu verrechnenden Teils verbleibenden Teil der Gesamtvergütung entspricht. Die Beweislast dafür, daß diese Voraussetzung vorliegt, trifft den Unternehmer.

BGH, Urt. v. 13. Januar 1972 - VII ZR 81/70 - OLG Frankfurt/Main
LG Kassel

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 81/70

URTEIL

Verkündet am

13. Januar 1972

Horn,

Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Fritz T [REDACTED], F [REDACTED],
A [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägers, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Firma W [REDACTED] - D r u c k Artur und
Wilhelm K [REDACTED] GmbH, gesetzlich vertreten durch ihre
Geschäftsführer Peter K [REDACTED] und Helmut K [REDACTED]
Wanfried a.d. We [REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. Dezember 1971 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Dr. Vogt, Dr. Finke, Dr. Girisch und Meise

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Oberlandesgerichts Frankfurt (Main) - 14. Zivilsenat in Kassel - vom 10. März 1970 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte stellt Kartonagen und Verpackungspapiere, vorwiegend für die Süßwarenindustrie, her. Der Kläger war seit 1958 im Angestelltenverhältnis und seit dem Vertrag vom 1. Juni 1961 als Handelsvertreter mit dem Vertrieb dieser Erzeugnisse betraut. Als Provision für jedes in seinem Bezirk ausgeführte Geschäft wurde in Abschnitt IV des Vertrages ein Satz von 3 3/4 % und für Aufträge der Firma Wal[REDACTED] ein



Satz von 1 1/4 % der Rechnungsbeträge vereinbart. In Abschnitt V des Vertrages heißt es:

"Im Zusammenhang mit einem Ausgleichsanspruch, der etwa Herrn T. auf Grund des § 89 b HGB zustehen könnte, erhält Herr T. zusätzlich zu der in Abschnitt IV vereinbarten Provision eine Sondervergütung. Diese beträgt bei allen provisionspflichtigen Aufträgen aus seinem Bezirk außer denen der Firma Wal. 3/4 % und bei den Aufträgen der Firma Wal. 1/4 %. Die Errechnung und die Auszahlung der Sondervergütung des Herrn T. erfolgt nach denselben Grundsätzen, die für seine Provision gelten. Die Firma W.-Druck ist berechtigt, die Zahlung der Sondervergütung zu einem Zeitpunkt einzustellen, der ihr angemessen erscheint. Die Beträge, die Herr T. vom 1. Juli 1961 an bis zu seinem etwaigen Ausscheiden als Handelsvertreter von der Firma W.-Druck erhalten hat, sowie zusätzlich 5 % Zinsen auf die geleisteten Zahlungen werden auf den Herrn T. etwa zustehenden Ausgleichsanspruch angerechnet. Sollte Herr T. bei Beendigung seines Vertragsverhältnisses kein Ausgleichsanspruch zustehen oder nur ein solcher, der unter der Summe der von der Firma geleisteten Sondervergütungszahlungen liegt, so braucht Herr T. von der gezahlten Sondervergütung nichts zurückzuzahlen."

In der Folgezeit zahlte die Beklagte dem Kläger für alle in seinem Bezirk ausgeführten Geschäfte eine Vergütung von 4 1/2 %, für Geschäfte mit Wal. 1 1/2 %. Provision und Sondervergütung rechnete sie nicht getrennt ab. Mit Schreiben vom 27. Mai 1968 kündigte die Beklagte das Vertragsverhältnis zum 31. Dezember 1968. Mit Wirkung vom 1. Juni 1968 stellte sie die Zahlung der Sondervergütung ein.

- 4 -

Der Kläger hat zuletzt einen Ausgleichsanspruch nach § 89 b HGB in Höhe von 230.252,93 DM nebst Zinsen (eine Jahresdurchschnittsprovision zuzüglich 11 % Mehrwertsteuer) und ferner eine Restprovision von 23.827,59 DM nebst Zinsen, abzüglich während des Rechtsstreits gezahlter 2.017,19 und 208,39 DM, geltend gemacht.

Er ist der Auffassung, die Vorausabgeltung des Ausgleichsanspruchs durch die Zahlung der Sondervergütung sei nach dem Gesetz unzulässig. Die branchenübliche Provision liege bei 4,5 %, nicht bei 3,75 %. Die Sondervergütung sei also in Wirklichkeit Teil der Vermittlungsprovision und könne deshalb nicht auf den Ausgleichsanspruch angerechnet werden. Die Beklagte habe daher auch seit dem 1. Juni 1968 zu Unrecht ihm nur eine Provision von 3 3/4 % bzw. bei Wal[REDACTED] 1 1/4 % gezahlt.

Die Beklagte hält die Vereinbarung der Sondervergütung zur Vorwegbefriedigung des Ausgleichsanspruchs für zulässig und diesen durch die von ihr demgemäß geleisteten Zahlungen für abgegolten. Ferner ist sie der Auffassung, es komme nicht auf die branchenübliche, sondern auf die zwischen den Parteien vereinbarte Provision an, ein Provisionssatz von 3 3/4 % sei aber auch keineswegs unangemessen.

Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Kläger seine Ansprüche weiter. Die Beklagte bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hat dahingestellt gelassen, ob dem Kläger ein Ausgleichsanspruch überhaupt zugestanden habe. Es ist der Auffassung, die Beklagte habe einen solchen jedenfalls durch die von ihr geleisteten Zahlungen auf die Sondervergütung gemäß Abschnitt V des Handelsvertretervertrages erfüllt. Nach dem klar und eindeutig zum Ausdruck gekommenen Willen der Parteien sei die Sondervergütung kein Teil der Vermittlungsprovision gewesen, sondern zwecks Anrechnung auf einen dem Kläger etwa zustehenden Ausgleichsanspruch geleistet worden.

Das Berufungsgericht erachtet die Vereinbarung der Sondervergütung als Vorauszahlung auf einen späteren Ausgleichsanspruch als rechtswirksam. Ihr stehe der § 89 b Abs. 4 Satz 1 HGB, wonach der Ausgleichsanspruch nicht im voraus ausgeschlossen werden kann, nicht entgegen. Es seien keine Anhaltspunkte dafür erkennbar, daß die Beklagte diese Vorschrift habe umgehen wollen. Die Sondervergütung könne schon deshalb kein Teil der eigentlichen Provision sein, weil die Beklagte nach dem Vertrag berechtigt gewesen sei, deren Zahlung zu einem ihr angemessen erscheinenden Zeitpunkt einzustellen. Es komme nicht auf die branchenübliche Provision an, vielmehr sei allein die zwischen den Parteien vereinbarte Provision maßgeblich.

Diese Ausführungen des Berufungsgerichts sind nicht frei von Rechtsirrtum, wie die Revision zutreffend rügt.

1. Der Senat hatte bisher noch keinen Anlaß, grundsätzlich zu der Frage Stellung zu nehmen, ob und inwieweit eine "Vorwegerfüllung" des Ausgleichsanspruchs im Hinblick auf dessen Unabdingbarkeit (§ 89 b Abs. 4 HGB) zulässig ist. Er hat aber schon in seinem Urteil vom 1. Oktober 1970 VII ZR 171/68 geäußert, bei der Annahme einer "Vorwegerfüllung" sei im Hinblick auf die Unabdingbarkeit des Anspruchs Zurückhaltung geboten.

2. Im Schrifttum wird durchweg die Auffassung vertreten, auf die sich auch die Revision stützt, als Vorwegerfüllung des Ausgleichsanspruchs könnten, um eine Umgehung der zwingenden gesetzlichen Regelung des § 89 b Abs. 4 Satz 1 HGB auszuschließen, nur solche Leistungen des Unternehmers an den Handelsvertreter anerkannt werden, welche die branchenübliche Provision übersteigen (vgl. Schröder, Recht der Handelsvertreter 3. Aufl. § 89 b Anm. 34 e; ders. Betrieb 1962, 895, 898; ders. Betrieb 1967, 1303, 1305; Brüggemann in Großkomm. HGB § 89 b Anm. 25; Küstner, Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters 3. Aufl. Rdn. 325; Nefflin, Betrieb 1965, 765; Ahle, Betrieb 1962, 1329; Schnitzler MDR 1958, 556; Eberstein BB 1971, 200; vgl. auch OLG München NJW 1961, 1072 = HVEG Nr. 275; OLG Koblenz HVEG Nr. 76).

Die Beklagte macht in ihrer Revisionsantwort, dem Berufungsgericht folgend, gegen diese Auffassung geltend, daß, was zutrifft, der Handelsvertreter keinen unabdingbaren Anspruch auf die branchenübliche Provision, soweit eine solche überhaupt feststellbar ist, hat, die Höhe

der Provision zwischen Unternehmer und Handelsvertreter vielmehr frei ausgehandelt werden kann. (Vgl. Schröder, Recht der Handelsvertreter, § 87 b Anm. 2, 3, 4a; Brügge-
mann aaO § 87 b Anm. 1).

Damit ist die grundsätzliche Schwierigkeit berührt, die der vorliegende Fall in seiner rechtlichen Beurteilung aufwirft. Sie besteht darin, daß der Grundsatz der Vertragsfreiheit, der für die Vereinbarung der Provision des Handelsvertreters gilt, in angemessener Weise mit dem in § 89 b Abs. 4 HGB niedergelegten Grundsatz der Unabdingbarkeit des Ausgleichsanspruchs in Einklang zu bringen ist, wobei abzuwägen ist, welchem der beiden genannten Grundsätze im konkreten Fall das größere Gewicht beizumessen ist. (Vgl. zu diesen beiden Grundsätzen aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes: Gessler, Der Ausgleichsanspruch der Handels- und Versicherungsvertreter, S. 85).

3. Der Grundsatz der Unabdingbarkeit des Ausgleichsanspruchs geht nicht so weit, daß jegliche Abrede über eine "Voraus erfüllung" dieses Anspruchs unzulässig und nichtig wäre (über die Zulässigkeit von Vorauszahlungen auf künftige Ansprüche im allgemeinen: vgl. RG JW 1912, 684, 685; RGZ 133, 249, 252 f; Soergel/Siebert/Schmidt BGB 10. Aufl. § 362 Rdn. 2; BGH LM Nr. 1 zu § 362 BGB; RGRK BGB 11. Aufl. § 362 Anm. 10). Die Vorschrift des § 89 b HGB will nämlich nicht etwa gewährleisten, daß der Handelsvertreter bei Vertragsende unbedingt "Geld in die Hand bekommt". Wäre das der Zweck der Bestimmung, so hätte sie z.B. auch die Aufrechnung des Unternehmers

gegen den Ausgleichsanspruch verbieten müssen, was nicht geschehen ist. Die Auffassung, daß eine Voraus-
erfüllung des Ausgleichsanspruchs schlechthin verboten
sei, ist auch, soweit ersichtlich, bisher nicht vertre-
ten worden.

4. Der vorliegende Fall nötigt den Senat nicht zur
Stellungnahme für alle denkbaren Fälle einer Abrede über
eine "Voraus-erfüllung" des Ausgleichsanspruchs. Zu ent-
scheiden ist nur über die Fallgestaltung, daß ein abge-
spaltener Teil (hier 1/6) der dem Handelsvertreter ver-
tragsgemäß zu zahlenden laufenden Gesamtvergütung auf
Grund vertraglicher Vereinbarung auf den späteren Aus-
gleichsanspruch angerechnet werden soll.

a) Eine derartige Abrede, nämlich die Aufspaltung
der dem Handelsvertreter zu zahlenden Gesamtvergütung
in der Weise, daß ein Teil davon auf den künftigen Aus-
gleichsanspruch verrechnet werden soll, erweckt, wie
die Revision mit Recht rügt, den Verdacht, damit solle
die zwingende Vorschrift des § 89 b Abs. 4 Satz 1 HGB
umgangen werden. (Zum "Umgehungsgeschäft" vgl. BGH LM
Nr. 19 zu § 134 BGB; BGH Betrieb 1957, 554; BGH NJW
1959, 332, 334; Soergel/Siebert/Hefermehl BGB 10. Aufl.
§ 134 Rdn. 38, 39, 40).

Angesichts einer solchen Vertragsgestaltung, wie
sie hier getroffen wurde, liegt es in der Tat nahe,
daß die Abspaltung und Verrechnung eines Teils der
Gesamtvergütung auf den Ausgleichsanspruch lediglich

eine Umgehung der zwingenden Vorschrift des § 89 b Abs. 4 HGB bezweckt und daher nichtig und unbeachtlich ist. Dann aber ist die an den Handelsvertreter zu zahlende Gesamtvergütung als die ihm geschuldete Provision im Sinn des § 87 HGB anzusehen. Wollte man nämlich eine derartige Vertragsgestaltung uneingeschränkt hinnehmen, so würde § 89 b Abs. 4 HGB seiner zwingenden Natur praktisch weitgehend entkleidet. Die Parteien brauchten dann nur eine derartige Vertragsklausel zu vereinbaren, um genau das zu erreichen, was § 89 b Abs. 4 HGB gerade verhindern will, nämlich den Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters praktisch im voraus auszuschließen oder, was ebenfalls verboten ist (vgl. BGHZ 55, 124; BGH NJW 1967, 248), einzuschränken.

b) Der Anschein, daß eine solche Abrede der Gesetzesumgehung dienen solle, verdichtet sich noch, falls (ebenso Küstner aaO), wie das hier geschehen ist, zugleich vereinbart wird, daß der Handelsvertreter die empfangenen Vorauszahlungen auf den Ausgleichsanspruch auch dann behalten darf und nicht an den Unternehmer zurückzuzahlen braucht, wenn ihm bei Vertragsende gar kein oder nur ein geringerer Ausgleichsanspruch zusteht. Eine solche Vertragsklausel ist zwar für ihn günstig, zeigt aber zugleich, daß die Parteien die Verrechnungsklausel nicht folgerichtig durchgeführt, damit gar nicht für alle Fallgestaltungen "Ernst gemacht" haben. Das muß den Verdacht bestärken, daß die Verrechnungsabrede in solchen Fällen in Wahrheit der Umgehung des § 89 b Abs. 4 HGB dient, deswegen nichtig ist und infolgedessen die Gesamtver-

gütung (ohne Abzug des zu verrechnenden Teils) als die dem Handelsvertreter geschuldete Provision anzusehen ist.

Es kommt hinzu, daß die "Sondervergütung" prozentual auf alle von dem Kläger beigebrachten Abschlüsse gewährt wird; der Ausgleich knüpft jedoch nach dem Gesetz nur an Geschäfte mit neuen Kunden an (§ 89 b Abs. 1 HGB).

c) Der Eindruck der Umgehungsabsicht wird nicht etwa ausgeräumt durch eine Vertragsklausel, wie sie hier getroffen wurde, daß der Unternehmer berechtigt ist, die Vorauszahlungen auf den Ausgleichsanspruch zu einer ihm angemessen erscheinenden Zeit einzustellen.

Gerade der vorliegende Fall zeigt das anschaulich. Praktisch hat die Beklagte hier nämlich die Gesamtvergütung bis zu ihrer Vertragskündigung gezahlt. Sie hat auf das Schreiben des Klägers vom 30. November 1961, worin er darum bat, von der Vertragsklausel, nach welcher sie die Zahlung der Sondervergütung einstellen durfte, in absehbarer Zeit keinen Gebrauch zu machen, unter dem 1. Dezember 1961 nur geantwortet, sie werde sich "zur gegebenen Zeit erneut mit ihm in Verbindung setzen". Sie hat dann aber fast 7 Jahre lang insgesamt 4 1/2 % und (bei Waldbaur-Geschäften) 1 1/2 % gezahlt. Dabei hat sie, wie im Verträge bestimmt, die "Vorauszahlungen" auf den Ausgleichsanspruch "nach denselben

Grundsätzen errechnet und ausgezahlt", wie die Provision im übrigen. Auch das spricht als Indiz gegen sie, weil sie bei der praktischen Handhabung der Abrechnung und Zahlung zwischen den zu verrechnenden und nicht zu verrechnenden Vergütungsteilen keinerlei Unterschied gemacht, vielmehr die Gesamtvergütung stets in einer Summe ohne Aufgliederung gezahlt hat.

d) Wo, wie hier, eine nach einheitlichen Grundsätzen berechnete und ausgezahlte Gesamtvergütung in der oben beschriebenen Weise vertraglich aufgespalten ist, muß im Zweifel der Grundsatz der Unabdingbarkeit des § 89 b Abs. 4 HGB den Vorrang haben vor dem Grundsatz der Vertragsfreiheit, der in Bezug auf die Vereinbarung der Provision nach § 87 HGB gilt. Anders ist ein wirksamer Schutz vor einer Aushöhlung der zwingenden Vorschrift des § 89 b Abs. 4 HGB nicht möglich. Wollte man der Auffassung des Berufungsgerichts folgen, so wäre der Umgehung dieser Vorschrift Tür und Tor geöffnet.

Das ergibt sich aus dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung, nach welcher den Vertragsparteien des Handelsvertretervertrages zwar einerseits Vertragsfreiheit in Bezug auf die Bemessung der Provision des § 87 HGB gewährt wird, sie aber beim Ausgleichsanspruch durch die zwingende Vorschrift des § 89 b Abs. 4 HGB gebunden und in ihrer Vertragsfreiheit beschränkt sind. Diese - auf den ersten Blick zwiespältig und widerspruchsvoll erscheinende - Regelung rechtfertigt sich aus folgendem Grund:

aa) Es kann darauf vertraut werden, daß der Handelsvertreter, soweit es um die Höhe der ihm laufend zu zahlenden Vergütung geht, seine Interessen bei Vertragsschluß selbst in genügender Weise wahren wird. Denn wenn er das unterläßt, bekommt er die ihm daraus erwachsenden Nachteile alsbald in Gestalt geringerer laufender Provisionszahlungen zu spüren. Er wird also in der Regel dafür sorgen, daß er bei Vertragsschluß im Rahmen des Möglichen mit dem Unternehmer das aushandelt, was er an laufender Provision braucht.

Anders ist es beim Ausgleichsanspruch, der erst beim Ende des Vertragsverhältnisses entsteht, bei Vertragsschluß also nach Grund und Höhe noch in der Ferne und weitgehend im Ungewissen liegt, für den Handelsvertreter daher im Augenblick noch keinen sofort greifbaren Vorteil darstellt. Der Handelsvertreter wird daher vielfach sehr viel eher geneigt sein, sich im voraus auf nachteilige, seinen künftigen Ausgleichsanspruch ausschließende oder beeinträchtigende Vereinbarungen einzulassen, als das beim laufenden Provisionsanspruch zu befürchten ist. Deshalb bedurfte es beim Ausgleichsanspruch einer zwingenden Vorschrift, um den Handelsvertreter wirksam vor eigener schädlicher Nachgiebigkeit in Bezug auf den Bestand des künftigen Ausgleichsanspruchs zu schützen.

bb) Diese Schutzbedürftigkeit besteht in der Regel gerade auch bei Vereinbarungen der im vorliegenden Fall getroffenen Art, bei denen eine Vereinbarung über die Höhe der dem Handelsvertreter geschuldeten Provision

mit einer den Ausgleichsanspruch berührenden Abrede verquickt ist. Der Handelsvertreter wird bei Vertragsschluß in erster Linie darauf schauen, was ihm tatsächlich insgesamt laufend zufließt. Wenn ihm dieser Satz angemessen und auskömmlich erscheint, wird er geneigt sein, sich damit zufrieden zu geben und die Klausel der Anrechnung eines Teils davon auf den späteren Ausgleichsanspruch, die ihn zunächst praktisch nicht bedrückt, hinzunehmen. Das ist genau die Gefahr, vor der ihn § 89 b Abs. 4 HGB schützen soll. Deshalb muß diese Vorschrift in solchem Fall vor dem Grundsatz der Vertragsfreiheit bei Bemessung der Provision in der Regel den Vorrang haben.

cc) Der vorliegende Fall zeigt, daß der Kläger hier möglicherweise bei Vertragsschluß solchen Vorstellungen, wie den soeben unter bb) geschilderten erlegen ist. Denn in seinem bereits erwähnten Brief an die Beklagte vom 30. November 1961 weist er darauf hin, daß er auch die auf den Ausgleichsanspruch anzurechnende "Sondervergütung" zur Abgeltung seiner erheblichen Unkosten brauche. Das legt die Annahme nahe, er würde sich auf einen Vertrag mit einer Provision von lediglich $3 \frac{3}{4} \%$ bzw. $1 \frac{1}{4} \%$ (also ohne die zusätzlichen auf den Ausgleich zu verrechnenden $\frac{3}{4} \%$ bzw. $\frac{1}{4} \%$) nicht eingelassen haben, habe aber die Abrede über eine Teilverrechnung im Hinblick auf die ihm tatsächlich zufließenden höheren Gesamtbeträge dann doch hingenommen.

e) Es sind allerdings Fälle denkbar, in denen die Abrede über eine Abspaltung eines Teils der laufend zu zahlenden Gesamtvergütung und über die Anrechnung dieses

abgespaltenen Teils auf den künftigen Ausgleichsanspruch unbedenklich ist.

aa) Das ist dann der Fall, wenn sich feststellen läßt, daß auch ohne die bedenkliche Verrechnungsabrede die Parteien im konkreten Fall keine höhere Provision vereinbart haben würden, als dem Teil der vereinbarten Gesamtvergütung entspricht, der nach Abzug des abredegemäß auf den Ausgleichsanspruch zu verrechnenden Teils verbleibt.

Im vorliegenden Fall würde also Voraussetzung für die Unbedenklichkeit und Wirksamkeit der getroffenen Verrechnungsabrede sein, daß festgestellt werden könnte, die Parteien würden auch ohne die Verrechnungsabrede den Vertrag zu keiner höheren Provision als $3 \frac{3}{4} \%$ bzw. $1 \frac{1}{4} \%$ (bei Waldbaur-Geschäften) abgeschlossen haben.

bb) Die Beweislast dafür, daß diese Voraussetzungen vorliegen, trifft den Unternehmer (hier die Beklagte). Denn eine Verrechnungsabrede, wie sie hier getroffen worden ist, drängt die Annahme geradezu auf, daß sie der Umgehung der zwingenden Vorschrift des § 89 b Abs. 4 HGB dienen soll. Deshalb muß der Unternehmer die dafür sprechende Vermutung im Einzelfall widerlegen.

Der Unternehmer kann nicht einwenden, diese Beweislast sei für ihn unzumutbar. Denn er braucht eine so bedenkliche und verdächtige Abrede, wie sie die Vereinbarung über die Anrechnung eines Teils der vertraglichen Gesamtvergütung auf den Ausgleichsanspruch darstellt,

nicht zu treffen. Nimmt er sie aber in den Vertrag mit dem Handelsvertreter auf, so muß er auch die sich daraus ergebenden Folgen tragen.

cc) Der dem Unternehmer danach obliegende Beweis mag bisweilen schwierig sein, ist aber nicht unmöglich. Wenn er beweist, daß die vereinbarte Gesamtvergütung deutlich über dem Üblichen liegt und im konkreten Einzelfall auch keine besonderen Umstände vorliegen, die eine Überschreitung des üblichen Provisionssatzes erklären könnten, so wird davon ausgegangen werden können, daß der das Übliche einwandfrei übersteigende Teil der Vergütung eine zusätzliche Leistung des Unternehmers über die dem Handelsvertreter geschuldete Provision hinaus darstellt, gegen deren Verrechnung mit dem künftigen Ausgleichsanspruch dann keine Bedenken bestehen.

Insoweit hat die (wie oben zu 2 dargelegt) vom Schrifttum herausgestellte "Branchenüblichkeit" also eine gewisse Bedeutung als Indiz. Sie kann jedoch nicht schematisch als Maßstab dafür dienen, inwieweit die im konkreten Fall vereinbarte Vergütung auf den Ausgleich angerechnet werden kann und inwieweit nicht. Es ist nicht so, daß die Zahlungen, soweit sie im Rahmen der Branchenüblichkeit liegen, auf den Ausgleichsanspruch niemals anrechenbar, soweit sie die Branchenüblichkeit übersteigen, stets anrechenbar sein müßten.

Abgesehen davon, daß eine "Branchenüblichkeit" in manchen Fällen gar nicht feststellbar sein wird, muß immer auf die Besonderheiten des konkreten Einzel-

falles abgestellt werden; die "Branchenüblichkeit" der Provision kann immer nur einen Anhalt, ein Beweisanzeichen (Indiz) für die Wertung des konkreten Falles abgeben. Denn es besteht kein zwingender Rechtssatz, daß dem Handelsvertreter auf jeden Fall die branchenübliche Vergütung verbleiben müßte; vielmehr herrscht für die Vereinbarung der Höhe der dem Handelsvertreter zu zahlenden Provision grundsätzlich Vertragsfreiheit.

dd) Es muß daher stets darauf abgestellt werden, ob sich im Einzelfall feststellen läßt, daß bei Berücksichtigung aller Umstände der Handelsvertreter sich auch ohne die Verrechnungsabrede mit einer Provision begnügt haben würde, wie sie dem Teil der vereinbarten Gesamtvergütung entspricht, der nach Abzug des vereinbarungsgemäß auf den Ausgleichsanspruch zu verrechnenden Teils verbleibt. Ist das zu bejahen, so ist die Verrechnungsabrede unbedenklich und wirksam. Ist das zu verneinen oder kann eine Feststellung darüber nicht getroffen werden, so verbleibt es dabei, daß die Verrechnungsabrede als Umgehung der zwingenden Vorschrift des § 89 b Abs. 4 HGB anzusehen und daher nichtig ist (§ 134 BGB). Dann ist die vertragliche Gesamtvergütung in vollem Umfang als die Provision des Handelsvertreters anzusehen. Im vorliegenden Fall wären das die Provisionssätze von 4 1/2 % und 1 1/2 % (für Waldbaur-Geschäfte).

ee) Nach diesen Sätzen errechnet sich dann auch der Jahreshöchstbetrag des Ausgleichs gemäß § 89 b Abs. 2 HGB.

5. Wendet man die zu 4 dargelegten Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so zeigt sich, daß das Berufungsurteil keinen Bestand haben kann, weil das Berufungsgericht nicht die oben dargelegten Rechtsgrundsätze zu Grunde gelegt hat und bisher einen Sachverhalt, bei welchem nach dem oben Gesagten die Verrechnungsabrede als unbedenklich angesehen werden könnte, nicht festgestellt hat. Die Beklagte hat zwar behauptet, die von ihr gezahlte Gesamtvergütung habe das "Branchenübliche" überstiegen. Festgestellt ist darüber aber bisher nichts. Abgesehen davon würde eine solche Feststellung, wie oben dargelegt, für sich allein auch noch nicht genügen, um die erforderliche weitere Feststellung zu ermöglichen, die Parteien würden auch ohne die Verrechnungsabrede im konkreten Fall keine höheren Provisionssätze als $3 \frac{3}{4} \%$ bzw. $1 \frac{1}{4} \%$ vereinbart haben. Nur wenn sich das feststellen läßt, kann aber die von den Parteien im Handelsvertretervertrag getroffene Verrechnungsabrede rechtlichen Bestand haben; andernfalls ist (auch für die Bemessung des Ausgleichs) davon auszugehen, daß als die vereinbarte vertragliche Provision $4 \frac{1}{2} \%$ bzw. $1 \frac{1}{2} \%$ anzusehen sind; denn infolge der zwingenden Natur des § 89 b Abs. 4 Satz 1 HGB ist dann die gegenteilige Abrede der Parteien, daß ein Teil auf den Ausgleich zu verrechnen sei, unbeachtlich.

Da es somit weiterer tatrichterlicher Feststellungen bedarf, ist die Sache an das Berufungsgericht

- 18 -

zurückzuverweisen, dem auch die Entscheidung über die
Kosten der Revision übertragen wird.

Glanzmann

Vogt

Finke

Girisch

Meise